

REVISTA CRITICA  
DE  
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

**D. Jerónimo González Martínez**

---

Año LXVI • Enero-Febrero 1990 • Núm. 596

---



## CONSEJO DE REDACCION

### PRESIDENTE.

D. Luis Díez-Picazo y Ponce de León.

### CONSEJEROS:

D. Carlos M. Hernández Crespo.  
D. Pío Cabanillas Gallas.  
D. Antonio de Leyva y Andía.  
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. José Luis Laso Martínez.  
D. Alfonso Barcala Trillo Figueroa.  
D. José Poveda Díaz.  
D. Juan Pablo Ruano Borrella.

### COMISIÓN EJECUTIVA:

D. José Poveda Díaz.  
D. Juan Pablo Ruano Borrella.  
D. Manuel Amorós Guardiola.

### 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>Págs</i>
In Memoriam .....	7
<b>ESTUDIOS:</b>	
«El empresario individual de responsabilidad limitada. ventajas, problemas y soluciones», por GUILLERMO HERRERO MORO, LUIS FERNANDEZ DEL POZO y FRANCISCO JAVIER GONZÁLEZ DEL VALLE GARCÍA .....	15
«Inversiones extranjeras», por JOSÉ ANTONIO MIQUEL CALATAYUD .....	37
«La vivienda familiar en el régimen del Código Civil reformado», por ANGEL LUCINI CASALES .....	87
<b>DICTAMENES Y NOTAS:</b>	
«XV Congreso y Coloquio Europeos de Derecho Rural»:	
A) El Estatuto Jurídico del Patrimonio Inmobiliario y Mobiliario de la Explotación Agrícola en España, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS .....	120
B) El Estatuto Jurídico del Patrimonio Mobiliario e Inmobiliario de la Empresa Agrícola en Europa, por ROGER DE MEYER .....	132
C) Problemas jurídicos de la retirada de tierras de la producción, por CARLOS ALONSO GARCÍA .....	157
D) Estatuto jurídico de la mujer en la empresa agrícola española, por DESAMPARADOS LIOMBART BOSCH .....	167
<b>ACTUALIDAD JURIDICA:</b>	
«Información del Consejo de Redacción, legislativa y de actividades, por LA REDACCIÓN .....	201
<b>JURISPRUDENCIA:</b>	
I Sentencias del Tribunal Constitucional, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS .....	219
II Resoluciones de la Dirección General, por LUIS MARÍA CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA .....	237
III Sentencias del Tribunal Supremo	
I Derecho Civil	
b) Obligaciones y Contratos, por JOSÉ QUESADA SEGURA .....	339
3 Jurisprudencia Fiscal, por CARLOS MARIN ALBORNOZ .....	353

**INFORMACION BIBLIOGRAFICA:**

«Legítima del cónyuge supérstite», de JOSÉ ENRIQUE MASIDE MIRANDA, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS .....	359
«Causas de divorcio Derecho español y francés comparado», de ISABEL HERNANDO COLLAZOS, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS .....	361
«Sistema de Compensación y Terceros Adquirentes de Suelo», de JESÚS GONZÁLEZ SALINAS, por FRANCISCO DÍAZ FRAILE .....	364
«Derecho Inmobiliario Registral», de C. MORENO LUQUE y otros, por JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ .....	368
<b>REVISTA DE REVISTAS</b> , por LA REDACCIÓN .....	375

## IN MEMORIAM

### «Mi homenaje póstumo a José Luis Lacruz Berdejo»

Días antes del fallecimiento de LACRUZ BERDEJO le había preguntado a su sobrino José Luis, Registrador de la Propiedad de Vera, por su situación y ya me anunció que había entrado en coma. A los dos o tres días, con palabras entrecortadas y llenas de dolor, me dio la fatal noticia. En la clausura de los actos que esa tarde se realizaban en honor del Profesor CASTÁN, la noticia pesó sobre todos nosotros y se hizo una especial mención de ella.

Tardé bastante tiempo en conocer personalmente al Profesor LACRUZ BERDEJO y en mí sólo reinaba la admiración y el respeto que sus estudios me producían. A los cien años de publicarse la Ley Hipotecaria se celebra en Madrid un Congreso Internacional de Derecho Registral y una de las ponencias o comunicaciones corre a cargo de LACRUZ, precisamente sobre la configuración jurídica de la figura del Registrador de la Propiedad. En las escaleras que dan acceso al aula magna del Consejo Superior de Investigaciones Científicas me lo presenta otro aragonés, que luego iba a ser Ministro de Justicia: José María Sánchez-Ventura. Yo había aprobado unos meses antes la oposición a Registros y, aún con el temblor de mis primeras calificaciones y liquidaciones del Impuesto en la sierra de Cameros, el Congreso había cobrado una dimensión humana extraordinaria, pues había dado vida corpórea a tres figuras que habían descendido de los altares de mis libros de texto a la realidad vivida de unos momentos. Nada menos que EMILIO BETTI, ROCA SASTRE y LACRUZ BERDEJO los tuve a mi alcance. Y la reacción del estudioso se mueve en los mismos ejes: de la admiración se pasa al método de identificación de la persona con lo que ha escrito. Para mí, LACRUZ, en aquellas escaleras de acceso al aula magna, se asemejó a un general del ejército alemán sin casco ni uniforme.

Y lo curioso del caso es que la genialidad del Profesor LACRUZ reside, a mi entender, en la mezcla del discurrir latino bajo métodos germánicos. Aquella lucecilla de malicia latina que le brillaba en los ojos, ponía alegrías en la exposición de su formación germánica. Luego he tenido varias ocasiones en las que he compartido jornadas con el Profesor LACRUZ que vienen a ratificar esta primera impresión sacada de aquel Congreso, que se aleja de mis vivencias y que se acerca en mis recuerdos.

Posteriormente han existido otros Congresos Internacionales, pero guardo un gratisimo recuerdo de aquel en el que —hermanados en la Comisión ejecutiva figuraban Registradores y Notarios— se fueron exponiendo ponencias y trabajos muy importantes no sólo por los hipotecaristas españoles, sino por un grupo muy numeroso y selecto de juristas europeos, especialmente invitados a los actos. En la Comisión de Honor del Congreso figuraban personalidades de mucho relieve, pero como no puedo citar a todos, sitúo a los lectores mencionando al Marqués de la Valdavia, con su capa madrileña; a don José Castán Tobeñas, en su función de Presidente del Tribunal Supremo; a don Ramón de la Rica y Arenal, como Decano honorario, y a don Antonio Iturmendi, Ministro de Justicia

Escotado por aquel ambiente, LACRUZ BERDEJO rompe los esquemas del procedimiento registral y de la naturaleza de la calificación. Don JERÓNIMO GONZALEZ había casi convencido a la doctrina para el encuadramiento de la figura del Registrador y, aun existiendo disidentes, la mayoría se inclinó por su tesis, la función era análoga a la de la jurisdicción voluntaria. Con sabiduría, con valentía y con razones poderosas echa abajo la tesis que no hace poco alguien ha querido mantener en una Asamblea General del Cuerpo de Registradores. El demuestra que no somos «jueces territoriales» a través de la traducción de la palabra alemana *Grundbuchrichter*, ni somos funcionarios administrativos por ejercer una *nobile officium*, sino que somos una figura autónoma, que no debe perder su sustantividad por el afán de clasificarla en estamentos conocidos, ya que ello implica ir contra la mente del legislador y de la ley. La verdad es que esta postura que el autor luego mantiene en otro trabajo que expresamente le encarga el Colegio de Registradores me sirve a mí de apoyo para mantener mi tesis en la que, teniendo caracteres de la actividad judicial y de la administrativa, no somos ni una cosa ni otra, sino algo diferente de muy difícil encaje en figuras conocidas. Aunque él no lo dijo, es cierto que intuía la gran diferenciación existente entre los registros administrativos y los jurídicos, cuya base reside en la Exposición de Motivos de la Ley de 1861 y que ha sabido recoger la Constitución española en el artículo 105.

Antes de este conocimiento personal había leído varias cosas de él.

Recuerdo que en unas oposiciones celebradas en Barcelona hacia los años cincuenta y tantos el Tribunal, después de larga deliberación, por el único examen que se había realizado, decidió suspenderme. Acepté con la deportividad que se encajan estas cosas y aprovechando un viaje de inspección bancaria que mi padre estaba haciendo por la zona me acerqué a Tarragona y allí, en una de las bocacalles de la rambla, entré en una librería, larga y estrecha, donde encontré, nada menos, que la segunda edición del *Derecho de sucesiones*, de JUI IUS BINDER, traducido y anotado por JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO, que por entonces era Profesor adjunto de la Universidad de Zaragoza. Flaqueaba en mi temario la parte de sucesiones y ello me sirvió para apuntalar esos temas que luego fueron creciendo con las aportaciones doctrinales que situaron el Derecho de sucesiones en igualdad paralela al resto de las partes de Derecho civil.

Con ser importante el manejo de este libro citado, creo que en mí influyó mucha más el que publica en 1957 en Zaragoza, siendo ya Catedrático de Derecho Civil de aquella Facultad y con la colaboración de Francisco de Asís Sancho Rebullida. Se titulaba *Lecciones de Derecho inmobiliario registral*. El ejemplar que tengo me lo obsequió el Notario Manolo Tamayo (padre del que ahora es mi compañero en San Sebastián), quizá como homenaje *póstumo* a mi actividad como opositor. En mí había cundido la desgana, la desesperación y hasta la duda de si podía ser capaz de superar esas pruebas a las que tantas veces había concurrido. Me buscaron una Asesoría y sentado en una de las mesas de aquel despacho huérfano de libros de Derecho me había llevado, para «matar el tiempo», el libro de LACRUZ. Lo iba subrayando con fruición y tratando de adaptarlo a mi mente formada y afirmada por Roca Sastre. De repente apareció en el despacho JUAN JOSÉ BENAYAS Y SÁNCHEZ CABEZUDO, quien al verme, y descubrir que estaba con un libro de Derecho hipotecario que él no conocía, me dijo, sin apearse de su condición de Ministro: «Muchacho, tú lo que tienes que seguir haciendo es oposiciones; déjate de Asesorías y hazme caso. Ese libro que estás leyendo —que debe ser muy interesante— demuestra que tu vocación es llegar a ser Registrador de la Propiedad». Una pena que JUAN JOSÉ BENAYAS ya no viva para confirmar este suceso, del que a los pocos años se lo comenté en el Colegio. Quizá por ello me encargó, poco después, la confección de un libro «práctico» al que se le otorgó el premio «Ríos Mosquera» y del que en otra ocasión contaré sus avatares.

Sin querer me he desviado del tema, pues lo importante no es la situación, sino el contenido doctrinal de aquel libro que marca jalones importantes en el estudio del Derecho hipotecario. Ya no es la naturaleza del procedimiento y de la figura del Registrador lo que llama la atención, sino su discurrir en torno a los dos grandes sistemas de protección registral,

dentro del epígrafe de la eficacia *ofensiva* de la inscripción: el sistema latino del artículo 32 y el germánico del artículo 34 de la LN. En su mentalidad germánica se nutre y domina la principal doctrina latina, notándose su influencia en esas distinciones sustanciales que hace —*made LA RICA*— entre la eficacia *defensiva* y *ofensiva* de la inscripción. Sus aportaciones en materia de seguridad jurídica, con su diferenciación y posible conciliación, entre la seguridad de los derechos adquiridos y la seguridad del tráfico (estática y dinámica), su posición en torno a la legislación hipotecaria y el Código Civil, su particular criterio en torno a lo que se inscribe (actos) y lo que se publica (derechos), la disección que hace en materia de inscripción y tradición, así como en inscripción y causa, la estructuración del rango hipotecario y la mecánica del cierre registral, la exposición argumentada del procedimiento registral, etc., suponen auténticos temas polémicos sobre los que la doctrina posterior había de discutir. En lo que no le encontré acertado es en su concepción del Registro como una *oficina* pública. Había que haber acudido a la institución.

Aquella obra que él calificó de «de ensayo, aunque mucho más maduro que en su versión anterior» y en la que habían colaborado SANCHEZ REBULLIDA, ALONSO LAMBÁN, ALBALATE GIMÉNEZ y PÉREZ MARTÍNEZ, aparece de nuevo en el año 1968, pero en una versión distinta, bajo el nombre de *Derecho inmobiliario registral*, y con la sola colaboración de SANCHEZ REBULLIDA. Versión ésta que en el año 1984 alcanza su segunda edición y que yo —que había comenzado a escribir en la *Revista de Derecho Notarial* y en la *Crítica de Derecho Inmobiliario*— me atreví a recensionar. En ella LACRUZ, como en la anterior, patentiza su constante preocupación por lograr una «mayor eficacia pedagógica, eliminando cuestiones puntuales e insistiendo en los grandes temas». En su prólogo y en la indicación bibliográfica recoge una de las ediciones de mi obra con elogio.

Si la memoria no me falla, creo que un ejemplar de la citada obra se la envié dedicada, y él, cuando publica la suya, me la dedica. Esta curiosa costumbre de *intercambio* de obras, que suben de valor por las dedicatorias, debe estar basada, aparte de en la generosidad, en la idea de reciprocidad: si me lees te leo, si me das te doy. Aunque en este caso LACRUZ se caracterizó siempre por su desprendimiento. Si traigo esto aquí es porque quiero contar la anécdota que acaeció con el regalo del libro. De lo dicho hasta ahora se puede deducir que mi amistad con LACRUZ era «de libro», pero personalmente no pasaba de ser un «conocido suyo». Por eso no sabía que él era no noctámbulo, que necesitaba muy pocas horas de sueño y que las noches eran propicias para su constante trabajo. Me citó en su casa de Madrid a las diez de la mañana. Y yo, a menos cuarto, ya estaba

llamando al timbre. La señora que me abrió la puerta me advirtió que el Profesor aún no se había levantado y que me rogaba que le esperase en una salita contigua. En mi espera oí la voz de LACRUZ que estaba dictando, pero mi sorpresa fue mayúscula cuando, al poco rato y a pesar de seguir oyendo su voz, se me presentó personalmente con el libro en la mano para dedicármelo y me dijo: «Como habrás notado, yo dicto por las noches a un magnetofón y, mientras descanso, sigo trabajando».

Le vi más veces en conferencias y otros actos, pero de mis últimos contactos personales fue cuando, por mi insistencia, se le llamó a la Comisión que estaba elaborando el anteproyecto de Ley de Propiedad Intelectual. Aquella Comisión necesitaba un «aire nuevo», un desprendimiento de criterios muy apegados a la forma tradicional de entender este derecho y a la conciliación de los intereses en juego. Recuerdo que un saloncillo del Ministerio de Cultura y presididos por el que entonces era Director general del Libro, MATÍAS VALLÉS, apareció LACRUZ y después de estar oyendo debates y opiniones entrecruzadas dijo. «Entiendo que estáis siguiendo un camino equivocado. Esta Comisión no debe hacer una Ley-Reglamento, sino una Ley de principios». Criterio que se aceptó y se le encargó que sobre todos los trabajos que habíamos presentado HERMENEGILDO BAYLOS y yo, así como el que hice al alimón con MANUEL AMORÓS, formulase una propuesta de texto y que llegó a presentar, que por razones de cambios ministeriales allí quedó almacenado hasta que los socialistas, al llegar al poder, reestructuran aquella Comisión en la que se respetan a muy pocos de los antiguos componentes.

He querido contar estas anécdotas de la vida de LACRUZ BERDEJO, que deben ser entendidas como homenaje a su figura de gran jurista y de gran especialista en la materia del Derecho hipotecario. No puedo entrar —aunque me hubiera gustado hacerlo— en esos aspectos humanos que completan y explican la gran labor doctrinal y jurídica que él brindó a los estudiosos del Derecho. Otros, con mayor intimidad, contarán lo que aquí no puedo hacer. Para mí fue un *gran señor* del Derecho, del que aprendí muchas cosas. Desde mi «parcela hipotecaria» *vaya mi saludo cariñoso, mi oración por su alma y mi sentido pésame a toda su familia. En el fondo sé que se lo estará pasando en grande discutiendo con ROCA SASTRE, con don JERÓNIMO, con LA RICA, con TIRSO CARRETERO y con otros muchos que dedicaron su vida —como él— al estudio del Derecho. ¡Labewohl!, José Luis.*

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ  
Registrador de la Propiedad



# ESTUDIOS



# El empresario individual de responsabilidad limitada: ventajas, problemas, soluciones

## PRESENTACION

El objeto de este estudio es modesto: presentar de manera no pormenorizada, pero creemos que rigurosa, un «catálogo» de problemas que la admisión de la categoría de empresario individual de responsabilidad limitada obliga a afrontar en los diversos sistemas de recepción de esta figura. Y decimos diversos sistemas porque en realidad lo que existe es un común propósito general de habilitar medios para que el empresario individual gire en el tráfico con limitada responsabilidad, cualquiera que sean las técnicas o mecanismos para su logro. Esto presupone que dicho propósito es deseable y alcanzable y que los problemas que la dogmática tradicional opone son salvables. Por fin, la solución exige una decisión entre varias alternativas posibles lo que precisa del conocimiento de sus posibilidades y limitaciones.

Estructuramos el trabajo en las siguientes partes:

1. Propósito general de la institución.
2. Ventajas de su admisión en el orden jurídico y extrajurídico.
3. Los problemas a resolver.
4. Diversidad de sistemas.
5. Bibliografía selecta especializada.

## PROPÓSITO GENERAL

Que el concepto técnico de obligación integre los de débito y responsabilidad es algo conocido sobre lo que no vamos a insistir. El principio de responsabilidad patrimonial universal campea en todos los ordena-

mientos como principio general del Derecho, y también en el nuestro, según resulta del artículo 1911 del Código Civil. Ahora bien, el tema que nos ocupa es el propósito decidido en ciertas legislaciones de conceder al empresario un beneficio legal de limitación de su responsabilidad a ciertos bienes afectos a las resultas de la actividad empresarial.

1. El propósito primario, pues, es el de procurar un mecanismo que habilite al empresario para cercenar la universal responsabilidad que por su actividad pesa, sobre todo su patrimonio. Como veremos, los sistemas para alcanzar tal resultado son diversos, pero todos miran por conseguir lo mismo. Lo que ocurre es que las consecuencias derivadas de la adopción de uno u otro de los sistemas propuestos tienen, como es lógico, efectos sobre muy varios aspectos de la disciplina empresarial.

Que el propósito primario sea ése no excluye que se procuren además otros resultados como son el de dotar a la empresa de responsabilidad limitada de una forma estructural u organizativa más conforme con su naturaleza, la moralización de la disciplina societaria, la gestión más eficaz de las cuentas, etc.

2. Que lo que se persigue es la concesión de un beneficio legal resulta del hecho de que en ningún caso se impone la obligación al empresario individual de acogerse a un nueva disciplina. El empresario es libre de constituirse en empresario de limitada responsabilidad, pero si lo hace deberá cumplir el orden imperativo de la nueva regulación, de la misma manera que el naviero debe inscribirse como tal si quiere limitar aquélla a la llamada «hacienda o patrimonio del mar».

Es legal el beneficio por cuanto tiene origen en la ley, por oposición a los sistemas de voluntaria exoneración o limitación de responsabilidad que contractualmente se pactan. Pero como beneficio, es necesaria una declaración de voluntad de acogimiento o aceptación del sistema, a diferencia de otros sistemas de limitación legal en que ésta se impone de modo automático si concurren las circunstancias que tipifican el supuesto de hecho y por variadas razones, por ausencia de valor económico de ciertos bienes (ej., derecho de la personalidad), por no ser susceptibles de realización (uso y dominio público), por razones de interés público (patrimoniales del Estado, concesiones de autopistas, propiedad forestal catalogada...), interés social o humanitario (los derivados del *beneficium competentiae*: bienes inembargables como el lecho cotidiano, las ropas de uso doméstico, los salarios mínimos...) etc.

La parte «onerosa» o carga del beneficio implica una conducta obligada de sumisión a preceptos diseñados, especialmente en interés de terceros: obligaciones de publicidad legal, verificación de la realidad de aportaciones y contabilidad, etc.

3. Que el sistema de limitación de responsabilidad está caracterizado por dos extremos: las deudas que sufren se benefician de la limitación del poder de agresión patrimonial del acreedor son sólo aquellas que resultan contraídas en el tráfico empresarial del deudor y los bienes que hacen frente al cumplimiento de las obligaciones dichas son sólo los especialmente afectos. Lo primero implica la diferenciación en dos órdenes de actividad del sujeto pasivo: el tráfico empresarial y el no profesional o personal. Esto, como es lógico, remite al problema nada sencillo de precisar quién sea el empresario: sólo el empresario mercantil o todo tipo de empresario (especialmente el agrícola o el profesional liberal). Lo segundo resulta en la separación de, al menos, dos masas patrimoniales: el patrimonio personal o no afecto al tráfico empresarial y el patrimonio de afectación. Precisamente el modo para hacer posible esta afectación determina los diversos modelos utilizados en Derecho comparado.

La forma de limitación es la consistente en la determinación de los bienes específicamente responsables (sistema también que encontramos en el caso del pacto limitativo de responsabilidad hipotecaria del artículo 150 de la Ley Hipotecaria): es decir, consiste en la determinación de qué bienes responden y no qué bienes están excluidos (sistema, por ejemplo, de la renta constituida a título gratuito —art. 1.807 del Código Civil— o de las cesiones de licencias de patentes —art. 75.3 de la Ley reguladora), sin perjuicio de que éste sea el sistema que alguna doctrina prefiere (*vid.* informe CHAMPAUD).

## VENTAJAS DE LA LIMITACION DE RESPONSABILIDAD

Son muy diversas las ventajas que, según los partidarios, la limitación de responsabilidad procura o posibilita. Las ventajas no son sólo, como es de esperar, de orden o naturaleza jurídica, sino también económica, social, fiscal, etc. Muchas de ellas son discutibles y admiten «dos lecturas» o justifican cierto escepticismo.

### A) EN EL ORDEN JURÍDICO

Permite resolver el problema de adaptación de estructuras jurídicas que presenta el empresario individual. Como es fácil de advertir existe una virtual laguna de regulación específica del fenómeno empresarial unipersonal: existe un salto normativo entre el estatuto del comerciante y la normativa societaria. El empresario individual se ve forzado a sujetar su actividad a la normativa del comerciante individual, estrecha (difícilmente

se puede adaptar a volúmenes de negocio de cierto importe y a una actividad organizada y compleja) y perjudicial (responsabilidad ilimitada) o a la de las sociedades capitalistas (si se quiere la limitación a lo aportado), que, como es lógico, además de forzar los tipos sociales (pluripersonales), difícilmente responden a la naturaleza de la actividad desarrollada, por su funcionamiento, estructura, etc.

Precisamente por esa inadaptación la realidad actual fuerza a una generalísima y tolerada hipocresía jurídica: gran parte de las sociedades que se constituyen son sociedades de favor (el empresario y familiares o amigos), o devienen en unipersonales de modo natural y espontáneo con la lógica distorsión de las estructuras (piénsese, sólo por citar un ejemplo, en las normas dictadas para órganos pluripersonales).

De esta manera la regulación de la disciplina del empresario individual de responsabilidad limitada procuraría un primer paso a la moralización del Derecho de sociedades (permitiría que intereses dignos de protección no se vieran forzados a adoptar estructuras fraudulentas y que los Tribunales discernieran lo verdaderamente inaceptable y condenable de otras conductas justificadas; en definitiva, que sería condición necesaria pero no suficiente del triunfo de normas sancionatorias de utilización inadecuada de tipos capitalistas), regularía con una normativa, específica y propia la actividad empresarial de la pequeña y mediana empresa y consagraría tipos específicos más transparentes, más ajustados a la realidad jurídica y menos impenetrables por los profanos (¿cómo explicar a un profano que la sociedad «Ganancias y Contratas, S. A.», es en realidad «Hermanos Pérez, Carpinteros»?).

También en el orden jurídico las soluciones al empresario individual de responsabilidad limitada permiten la afectación patrimonial de una masa de bienes a las resultas del tráfico, resultado encomiable que evita la confusión de patrimonios, entre el personal familiar y el empresarial.

No faltan otras ventajas jurídicas como son:

— La existencia de una base sólida para tratar problemas que en el actual estado de nuestra legislación causan perplejidad o dificultades en la doctrina, como son la transmisión y constitución de derechos reales sobre el establecimiento, el mantenimiento de las estructuras no obstante el fallecimiento o la jubilación del empresario, etc.

— Una solución flexible y lógica a los problemas de mutación de naturaleza y cambio de las estructuras: es decir, cuando una realidad unipersonal deja de serlo para transformarse en pluripersonal asociativa, o al revés, cuando fórmulas pluripersonales *ab initio* devienen en unipersonales (el problema de la sociedad de un solo socio).

— La posibilidad de arbitrar medios simples para la filiación por

actividades en las legislaciones que admiten empresario unipersonal persona jurídica (un grupo de sociedades o una sociedad pueden separar ramas de actividad o constituir filiales sin necesidad de recurrir al fantasma de la asociación que fuerza, por ejemplo, a la sociedad de manufacturas químicas a buscar un «socio» si quiere separar, sin constituir una sucursal, la actividad de la rama de las sales básicas).

— Un sistema transparente y sencillo de desarrollo de actividades empresariales, lo que se consigue por la publicidad legal obligatoria (Registro Mercantil), requisitos formales para la seriedad de la adopción de acuerdos, uso de contabilidad verificada, responsabilidad de gestores, defensa de los intereses del cónyuge para reivindicar su parte en las ganancias, etc.

## B) ORDEN EXTRAJURÍDICO

Todos los inconvenientes legales de la actual situación tienen su correlativa traducción económica. Si al jurista preocupa la ausencia de adaptación y los problemas de fraudes societarios, al economista preocupa la falta de sensibilidad a los problemas de la mediana y pequeña empresa. Efectivamente, una parte más que considerable del tejido económico está protagonizado por unidades de producción con escaso personal, capital financiero, volumen de facturación, etc. Es hora de adaptar la legislación a estructuras distintas de las que avalan las normas existentes que pasan de la contemplación del comerciante casi artesano a los grandes grupos capitalistas sin término medio. Además, debe tener solución el grave problema de la falta de transparencia de una economía que aconseja el fraude como solución a la falta de adaptación del legislador a una realidad social diversa, como necesario es proporcionar mecanismos para garantizar la continuidad de la empresa no obstante el fallecimiento o jubilación o simple incapacidad del empresario individual, el mantenimiento de los puestos de trabajo en tales eventualidades, etc. Por lo demás, debe evitarse a todo riesgo la confusión en la gestión del patrimonio personal del empresario con lo que está afecto a su actividad, por lo que es muy necesario una gestión financiera y contable que separe responsabilidades y débitos, y potencie la verificación y auditoría de las cuentas.

La sociedad precisa que se estimule el riesgo innovador, el empresario que afronta con una seguridad mínima personal la tarea socialmente insustituible de producir e invertir en una economía de mercado. Además, se debe permitir la individualización y fácil identificación de la empresa y la separación del empresario y promover la creación y mantenimiento del

trabajo en regiones más deprimidas, quizá precisamente aquellas en que es mayoritaria la pequeña empresa.

Si todo lo dicho aconseja crear una ordenación específica del empresario individual de responsabilidad limitada, no resultan menos constringentes motivos fiscales. En definitiva, como es sabido, la actual situación hace imposible la neutral y equitativa distribución de la carga tributaria. No es neutral porque no es indiferente la elección entre desarrollar la misma actividad como empresario individual, en cuyo caso las ganancias ingresan en la renta del empresario o forzar la constitución de una sociedad y entonces los beneficios tributarán por los impuestos que gravan las rentas de sociedades y los fondos repartidos en la renta del empresario con deducciones para evitar la doble imposición. La injusticia tributaria es manifiesta porque una misma capacidad es grabada de manera bien diversa.

El orden fiscal debe optar al enfrentarse con la regulación del empresario individual de responsabilidad limitada, por alguna de estas soluciones posibles: o neutraliza la elección de forma empresarial (con lo cual acaba con la injusticia en el reparto de la carga tributaria) o beneficia la constitución de este tipo de empresa. lo que parece más razonable si la forma establecida es digna de estímulo. En todo caso, deben resolverse algunos problemas tributarios, como la forma en que se deba favorecer la capitalización de la empresa y la transmisión de la misma sin desmembrar, la publicidad de actos constitutivos y modificativos, etc. Por otra parte, debe resolver el tratamiento fiscal a conceder al «salario» del empresario y a los familiares del mismo distinguiendo el caso en que el empresario sea mero propietario (tenga encargada la gestión a otro), en cuyo caso percibe unas rentas de capital, o lleve profesionalmente la gestión (en este caso tendría incluso derecho a una retribución por la gestión además de la que deviene por la propiedad de los recursos y medios de producción). Deben tratarse los problemas de retenciones y el gravamen de negocios de transmisión de empresa (p. ej., la transmisión de la empresa es un acto societario como la fusión, es una transmisión de un patrimonio por ser cesión global de bienes, es una cesión de participación...).

## PROBLEMAS A RESOLVER

Cualquiera que sea el modelo o sistema seguido para el logro del propósito general de limitar la responsabilidad del empresario individual ha de resolver una serie de problemas si quiere ser operativo. En la medida en que satisfactoriamente se dé la solución a dichos problemas y se alcan-

cen las ventajas que la nueva figura procura, el sistema escogido será un éxito, o no lo será tanto.

## EL PROBLEMA DOGMÁTICO

El primer problema que encontramos es la ausencia de una base dogmática lo suficientemente consolidada que permita la limitación de la responsabilidad sin quebra de principios fundamentales del ordenamiento. Ya veremos cómo todos los sistemas de solución requieren un cierto esfuerzo dogmático, que resulta en un nuevo concepto de empresa o una nueva concepción del empresario, de la sociedad como institución o del patrimonio de afectación.

## REQUISITOS DE FONDO

### I. *Socio único*

El beneficiario de la limitación puede ser sólo la persona física o también las personas jurídicas. En el segundo caso, obsérvese que cambia en cierto modo la filosofía de la institución, que de ser un mecanismo para el fomento de la pequeña y mediana empresa titular se convierte además en técnica de libre utilización por sociedades y grupos capitalistas.

Otro problema es el de limitar o no la constitución de patrimonios de limitación, es decir, si el socio único puede serlo de más de una empresa o sociedad de responsabilidad limitada o si todo su patrimonio empresarial debe estar afecto a una única estructura organizativa.

Parece lógico evitar organismos de segundo grado, es decir, prohibir que el socio único sea a su vez empresario o sociedad de único socio.

En todo caso debe preverse la sanción para el incumplimiento de estas normas.

### II. *Capital mínimo*

Es lógica la exigencia de la garantía de acreedores y requisito mínimo de solvencia, el establecimiento de una cifra de capital. Cifra de capital que juega de modo similar a como lo hace en una capitalista, es decir, como cifra de retención, como suma del valor nominal de las participaciones, como expresión de la cuantía del importe suscrito en la totalidad, etc.

Además, en todas las legislaciones se establecen mínimos más o menos exigentes en la cifra de capital. Lo habitual es hacer coincidir la cifra

exigida con la mínima de las sociedades de responsabilidad limitada, lo que en su caso permitirá el paso sin necesidad de transformación entre unas y otras.

### III. *Aportaciones sociales*

Por supuesto, se recoge la posibilidad de aportaciones dinerarias y en natura en todos los ordenamientos, pero se establece una serie de cautelas para garantizar, en interés de terceros, la realidad y la integridad del valor de aportación:

— Se suele prever el desembolso mínimo o la necesidad del desembolso en su integridad (en todo caso sin ser menos exigentes que lo establecido para las limitadas).

— Es lugar común la necesaria intervención de perito o comisario o auditor de aportaciones que verifique de manera autónoma (lo que remite al problema de su designación por el Registrador o el Juez) la verificación de las aportaciones no dinerarias. Dicha valoración generalmente es mención exigida en estatutos y requisito previo para la inscripción en el Registro.

— Tratándose de numerario, se hace precisa la consignación o depósito en cuenta especial a nombre de la sociedad o del establecimiento, de manera que sólo puedan ser retirados los fondos una vez cumplidos los trámites de válida constitución, acreditando esta circunstancia al banco o establecimiento de crédito. En caso de no constitución, debe darse solución al desbloqueo de la cuenta, ya mediante la indisponibilidad transitoria de sus saldos, es decir, por un tiempo, transcurrido el cual si no se culminó el proceso fundacional el socio único pueda disponer de los fondos como propios o mediante necesaria resolución judicial en expediente de jurisdicción voluntaria. La mención del depósito suele ser exigencia estatutaria.

### IV. *Menciones estatutarias*

Las menciones estatutarias son las habituales, y en esto, salvo lo ya visto, no existen divergencias sustanciales en los ordenamientos. Algunas precisiones sí conviene hacer por razón del carácter unipersonal de la nueva organización:

— El capital estará dividido, o no, en fracciones nominativas, que en principio no se incorporan a títulos ni tienen la consideración de valores negociables, pero que en todo caso se atribuyen al único socio hasta que disponga de ellas.

— La denominación social deberá ser seguida de las siglas que iden-

tifican la empresa individual en el tráfico, denominación genérica que será reservada a estas entidades. Debe contemplarse si se admiten o no nombres de fantasía o necesariamente debe girar el establecimiento bajo el nombre del único socio. En todo caso debe procurarse la inexistencia de denominaciones idénticas o que susciten confusión.

— La sede social no tiene por qué coincidir con el domicilio personal del empresario.

— La duración debe expresarse en estatutos. El Derecho positivo debe resolver si permite la constitución por plazo indefinido o limita la duración por un número máximo de años. En cualquier modo se permite que en los estatutos se fije un plazo inferior al legal de existir.

El objeto social determina la finalidad de afectación del patrimonio, lo que permite calificar las deudas como personales —es decir, contraídas fuera del tráfico empresarial—, y, por tanto, por facultad de agresión patrimonial universal o deudas empresariales, en cuyo caso los acreedores deben hacer efectivos sus créditos tan sólo sobre el patrimonio afecto. Por la importancia de su función, la expresión debe ser lo más precisa posible, huyendo de los tan habituales objetos omnicomprendidos. Además, el tercero que contrate con la sociedad debe poder saber que sus créditos sólo tienen por garantía el patrimonio empresarial; por eso se suele imponer la obligación de que el empresario o sus agentes expresen en la firma o den a conocer la condición de empresarios individuales, bien bajo la sanción de multa en caso contrario o la sanción civil de ilimitación de responsabilidad si el tercero prueba que no conoció ni pudo conocer aquella condición.

Un problema trascendental que atañe a la filosofía misma de la institución es la categoría de objetos que permiten el beneficio dispensado por la ley. Habitualmente se restringe a la empresa mercantil, pero en otros ordenamientos se extiende a la agrícola (en nuestro ordenamiento, por ejemplo, esto podría llevar a la admisión de sociedades agrarias de transformación de un solo socio) o ganadera o a la empresa de profesionales liberales.

#### REQUISITOS DE FORMA

En todos los ordenamientos se rodea la fundación de las solemnidades habituales de creación de sociedades de responsabilidad limitada, y en todos los casos se prevé publicidad legal integrada por la registral mercantil —generalmente constitutiva— y la que proporciona la publicación en periódicos oficiales o en el *Boletín del Registro Mercantil* y/o en la prensa diaria del domicilio empresarial.

## FUNCIONAMIENTO Y GESTIÓN EMPRESARIAL.

El empresario individual puede desempeñar dos funciones o papeles bien distintos. En su condición de propietario es dueño de todos los recursos afectos a la explotación del negocio o empresa; su posible condición de gerente, administra o gestiona esos bienes para el logro de los fines lucrativos que constituyen el objeto de su empresa. El admitir o negar la posible disociación es cosa a resolver. Los sistemas societario o de personificación del patrimonio suelen admitir la existencia de órganos de administración social que no coincidan en la persona del empresario y cuando el empresario lleve personalmente la gestión, que éste despliegue dos funciones diversas (lo que, incluso, puede llevar a la admisión de dos responsabilidades o de dos retribuciones). En principio, el empresario como propietario ejerce todos los poderes propios de una junta de socios y en cuanto tal junta sin poder delegarlos. El administrador —representación orgánica— o el apoderado general o particular —representación voluntaria—, sean o no el mismo empresario, llevan la gestión de la empresa y como tales responden, deben ser incompatibles, son en tal calidad retribuidos, etc.

El sistema que opta por un patrimonio de afectación sin personificación encuentra dificultades para la disociación de funciones y para la admisión de representaciones orgánicas.

De cualquier modo, debe ser el legislador cuidadoso con la frecuente posibilidad de autocontratación. Por ello se suele prever que el administrador o el apoderado no puedan contratar por cuenta propia o de un tercero y por cuenta del empresario, salvo operaciones corrientes y en condiciones normales sin la aprobación expresa o tácita de este último. Si son varios los gestores, de existir conflicto de intereses con alguno de ellos, que asuma el otro o los otros la gestión es la solución más fácil, o de existir general causa de incompatibilidad de intereses, se nombre administrador o apoderado *ad hoc*.

Existe otro más sutil conflicto de intereses, y es el que resulta entre el empresario como tal y el empresario como particular. Es decir, los conflictos que subyacen entre las masas patrimoniales separadas. Para evitarlos se puede establecer una prohibición legal de que el empresario o familiares próximos contraigan deudas contra el patrimonio afecto a la explotación o utilicen éste para afianzar sus obligaciones personales, o prohibirse la insinuación de su crédito en la masa de acreedores que se constituye en situaciones concursales..., o bien puede restringirse la contratación entre las masas patrimoniales, o, por fin, impedir que el mismo empresario sea socio o empresario único de varias empresas unipersonales.

Ni que decir tiene que junto a apoderados y administradores existirán

auditores y peritos de aportaciones, así como liquidadores en su caso. En algún ordenamiento se regula la situación de administradores en los casos de transmisión de empresa o de constitución de derechos sobre ella.

#### MODIFICACIÓN DE ESTATUTOS

En general rigen las reglas de fundación, siendo precisa la inscripción en el Registro público y demás publicidad. Interesa destacar:

— Que la ampliación de capital, que debe estimularse, puede resultar por la capitalización de los beneficios del ejercicio o de las reservas libres o mediante la afectación de nuevos bienes o derechos aportados por el empresario, en cuyo caso serán de aplicación las reglas generales de valoración y realidad de las aportaciones.

— Que la reducción, por desafectación de bienes y siempre que no sea para la absorción de pérdidas o saneamiento del activo ficticio, como supone reducción de las garantías de acreedores, debe estar rodeada de cautelas, que en unos casos se asimilan a las establecidas para las sociedades de capital y en otros son más exigentes, llegando incluso a la exigencia de autorización judicial de la desafectación. Por supuesto es lógico que se establezca una reducción obligatoria por pérdidas cuantiosas para que la cifra de capital no engañe.

— La disolución puede devenir por las causas generales, y como es lógico debe observar las cautelas habituales de protección de intereses de acreedores del empresario. La disolución es lógico se imponga por pérdidas cuantiosas y también por quiebra o insolvencia del empresario individual de modo que la quiebra del empresario se contagie —como ocurre en nuestras sociedades personalistas— a la de su empresa.

#### TRANSMISIÓN Y CONSTITUCIÓN DE DERECHOS REALES SOBRE EL PATRIMONIO EMPRESARIAL

Ya dijimos al comienzo que la nueva regulación permite un tratamiento de las transmisiones *inter vivos* y *mortis causa* del patrimonio empresarial, así como la constitución de derechos reales —especialmente usufructo e hipoteca— y también el arrendamiento de empresa, y de su publicidad registral. Si la solución escogida es la del patrimonio de afectación no personificado, el tratamiento a dar a estos negocios es el de la cesión global del activo y pasivo —con las garantías de acreedores— la publicidad viene exigida por resultar modificación de lo que está inscrito en el

Registro, y si como consecuencia se establece el pluralismo asociativo, la regulación de las sociedades de responsabilidad limitada puede resultar automáticamente aplicable.

Si la solución escogida es la societaria, el tratamiento a dar a estos negocios es la de transmisión, constitución, arrendamiento, etc., de participaciones, también la inscripción registral es obligatoria por serlo la de transmisión de participaciones sociales y de establecer pluralismo asociativo, la conclusión es la misma.

#### EL PROBLEMA DEL CÓNYUGE DEL EMPRESARIO

El cónyuge del empresario casado bajo un régimen matrimonial de comunidad o sociedad matrimonial, cualquiera que sea su forma, puede tener derecho a una parte de las ganancias empresariales. Si la sociedad conyugal se disuelve por voluntad de los cónyuges, por resolución judicial o por imperativo legal, habrá que liquidar el consorcio y esto puede repercutir en la empresa individual. En efecto, aunque suele reconcérsese al empresario un derecho de preferente adjudicación (*vid.* art. 1.406.2 del Código Civil, por ejemplo) sobre la explotación que hubiere llevado con su trabajo, puede ocurrir que se adjudique al otro cónyuge en pagos de su haber en la sociedad o comunidad, toda o una parte de la empresa, en cuyo caso habrán de observarse las reglas ya estudiadas para la transmisión del patrimonio de afectación y eventual establecimiento de pluralidad asociativa entre cónyuges o entre cónyuge y herederos del otro.

Y esto para el caso de que se aporten bienes privativos del empresario, por cuanto las ganancias pueden resultar comunes (*vid.* sin embargo, p. ej., art. 1.352 del Código para el caso de participaciones suscritas con cargo a beneficios, en donde sólo existe derecho de reembolso). De aportar bienes sin justificar la procedencia, jugarán las presunciones de comunidad que existen en todos los ordenamientos y el patrimonio de afectación, o las participaciones sociales tendrán un carácter presuntivamente común, y como tales habrán de ser inscritas, sin perjuicio de que la gestión empresarial sea encomendada al comerciante. Es, por fin, lógico que todo el patrimonio —ganancias incluidas— responda frente a los acreedores de las resultas de la explotación (*vid.*, p. ej., art. 6 de nuestro Código de Comercio).

## PROTECCIÓN DE LOS ACREEDORES

La institución prosperará en la medida que los intereses de los acreedores —los perjudicados, en definitiva, por la limitación de la responsabilidad de su deudor— sean suficientemente garantizados. En realidad es necesario distinguir tres clases de acreedores.

Empezando por los que menos problemas suscitan —los acreedores por deudas del tráfico empresarial—, éstos sólo podrán hacer efectivos sus créditos contra el patrimonio adscrito, de suerte que si no fuera suficiente no podrán dirigirse contra el personal del empresario, con lo que se dará la curiosa circunstancia de un patrimonio posiblemente saneado junto a otro insuficiente de un mismo titular. En esto consiste la limitación de la responsabilidad. Evidentemente el acreedor puede exigir cauciones o garantías tanto personales como reales y desde luego estas últimas imponerse sobre bienes afectos o sobre bienes del patrimonio personal. Por lo demás, es lugar común que el beneficio de la limitación decae, como ineficaces resultan las causas de exoneración o limitación de responsabilidad, cuando el empresario ha obrado con dolo o culpa grave, en cuyo caso los acreedores podrán perseguir todos los bienes del deudor que fraudulenta o negligentemente intentó la separación.

Si el administrador no reveló la condición del empresario y no pudo el tercero diligentemente conocer de su limitada responsabilidad, pueden exigírsele perjuicios a aquél, incluso imponiendo su responsabilidad como solidaria. En otros ordenamientos se le impone una sanción.

En cuanto a los acreedores por débitos ordinarios —es decir, no contraídos en el giro o tráfico empresarial—, las posibilidades de agresión sobre los patrimonios del deudor varían según sistemas. En los sistemas de personificación de la masa patrimonial, los acreedores no pueden dirigirse directamente contra el patrimonio de otra persona distinta; si el patrimonio personal o no afecto resultare insuficiente para satisfacer las deudas ajenas al tráfico, los acreedores podrán dirigirse contra la cuota o derecho que tiene el deudor en la sociedad o empresa personificada. Entonces puede ocurrir que el ordenamiento imponga que la quiebra o insolvencia personal del empresario determine la de la empresa unipersonal o no, y en el primer caso si han de mantenerse separadas las liquidaciones (caso del art. 923 del Código de Comercio) o practicarse una liquidación volviendo a hacer uno el patrimonio escindido. Por otra parte, la política legislativa debe resolver si los acreedores personales por el montante del crédito satisfecho con el patrimonio personal tienen igual derecho —es decir, concurren según «el lugar y grado que les corresponda en atención a la naturaleza de su crédito»— que los acreedores empresariales sobre el patrimonio afecto, o sólo tienen derecho a cobrar del remanente después

de pagadas las deudas del tráfico. Si se opta por el sistema de patrimonio de afectación, parece razonable que si el patrimonio separado tiene un mismo titular, y siendo los acreedores por deudas personales acreedores sin limitación de poder de agresión, puedan hacer efectivos sus créditos sobre todos los bienes del empresario; lo que ocurre es que la separación de patrimonios puede resultar en la obligatoriedad de hacer exclusión de todos los bienes no afectos.

Como puede observarse, el legislador ha de ponderar muy detenidamente los intereses de unos y de otros para llegar a una solución equitativa y que no resulte contradictoria con el modelo o sistema elegido.

Por fin, los acreedores anteriores a la constitución de la responsabilidad limitada deben ser protegidos. Como titulares de un derecho adquirido a hacer efectivo su crédito, sobre todo el patrimonio del deudor, su posición debe ser mejor que la de los acreedores por deudas del tráfico —pues no deben sufrir una limitación que no conocieron ni pudieron conocer—, pero también mejor, o al menos igual, que la de los acreedores personales posteriores. Con igual fundamento que el que guía el artículo 141 de la Ley de Sociedades Anónimas podemos arguir que la transformación en empresario de limitada responsabilidad no puede perjudicar a los acreedores anteriores, a no ser que hayan prestado su consentimiento. Podrán, por ende, concurrir con los acreedores de la empresa sobre el patrimonio afecto por el orden y preferencia que le corresponda, o tener protegido su derecho de alguna otra forma.

#### LA INTEGRIDAD PATRIMONIAL

Como en principio los acreedores por deudas del tráfico sólo pueden dirigirse contra el patrimonio afecto, debe procurarse por diversos medios la integridad: mediante la verificación de la realidad y el valor de las aportaciones; la necesaria exigencia de la consignación bancaria de las aportaciones en dinero; un sistema de publicidad y auditoría de cuentas anuales; la obligatoria creación de reservas legales; el estímulo fiscal a la capitalización; la prohibición de repartir dividendos hasta cubrir las atenciones preferentes y la cifra de capital; la imposición de la reducción o la disolución por pérdidas; la prohibición de disponer de fondos empresariales afectos para atenciones personales o familiares, incluso tipificando conductas de apropiación indebida; la solidaridad de administradores culpables o fraudulentos; la prohibición de insinuar en la masa de la quiebra créditos del empresario o de su familia o de sociedades dominadas por aquél, etc.

## EL PROBLEMA DE LA FINANCIACIÓN

Hemos dejado para el final uno de los más graves problemas que afectan a la viabilidad de una institución como la que estudiamos. En definitiva, cualquiera que sea la solución dogmática abordada, la limitación de responsabilidad se traduce en la separación de, al menos, dos masas patrimoniales. Si los acreedores del empresario, por razón del tráfico —especialmente los más poderosos—, se cuidan de obligar solidariamente todos los bienes del mismo —patrimonio personal incluido—, la separación queda frustrada, de la misma manera que el consentimiento del cónyuge del comerciante puede obligar los bienes distintos de los obtenidos con las resultas del comercio, o la fianza personal de los administradores de las sociedades limitadas perjudicar sus bienes propios. Esto, además, puede perjudicar a los demás acreedores empresariales, generalmente los más modestos, que son precisamente los que no hacen necesaria la institución, que no tendrían fuerza para negociar tal garantía exigida por los más poderosos. Para evitar la situación descrita es posible la creación de un sistema mutualístico de apoyo, mediante el recíproco afianzamiento, segundo aval o cajas de garantía u otro similar, que incluso puede exigirse en la constitución.

## SISTEMAS DE LIMITACION DE RESPONSABILIDAD

Como hemos venido anticipando reiteradas veces, el logro del propósito general puede alcanzarse mediante diversos sistemas o modelos; todos ellos presentan inconvenientes dogmáticos:

### I. MODELOS DE PERSONIFICACIÓN DEL PATRIMONIO EMPRESARIAL

Mediante la creación de una persona jurídica interpuesta es posible el propósito de un patrimonio separado del personal del socio. Se han utilizado las dos fórmulas o bases estructurales:

*La persona jurídica de base asociativa.*—El modelo *sociedad de un solo socio de responsabilidad limitada* debe resolver el inconveniente de contravenir la teoría tradicional que descubría en la sociedad un elemento contractual o asociativo (contrato plurilateral de organización) —que claramente estaría ausente— y otro institucional u organizativo. En definitiva, este modelo fuerza a un nuevo concepto de sociedad en su aspecto puramente institucional u organizativo. La sociedad deja de ser necesaria-

mente un contrato que tiene por base un acuerdo de voluntades (sustrato negocial habitual) para convertirse en una técnica de adscripción de bienes a un fin gestionado por una forma organizativa institucional, con lo cual inevitablemente se aproximan las especies asociativas y fundacional que la doctrina tradicional descubría en la persona jurídica. Este es el modelo seguido por la legislación francesa (Loi núm. 85-697 du 11 juillet 1985), la belga (Loi 14 juillet 1987) y alemana (Gesetz vom 4 juli 1980), que han modificado sus respectivas leyes reguladoras de las sociedades de responsabilidad limitada —y eventualmente sus Códigos Civiles— para dar cabida a esta figura.

*La persona jurídica de base fundacional.*—Es el modelo *empresa individual con personalidad jurídica*, que debe resolver los inconvenientes que la doctrina encontraba; adolecía la teoría empresa-persona jurídica, y en el orden dogmático la posibilidad —contradicha por la doctrina tradicional— de fundaciones de interés particular, mediante la adscripción de una masa de bienes a un fin lucrativo. Lo primero, por parecer absurdo, que la empresa sea a la vez sujeto de derechos —como ente autónomo— y objeto de negocios sobre la misma. Lo segundo, porque hasta ahora se ha defendido mayoritariamente que el negocio fundacional, que supone una vinculación de bienes por adscripción a un destino o finalidad, está permitido en el Derecho moderno cuando la dicha finalidad interesa a la utilidad pública.

La solución de atribuir personalidad jurídica a la empresa huiría del problema de afrontar la redefinición de sociedad mediante lo que parece un sencillo juego de palabras. Por supuesto, si la empresa —ente nuevo— tiene personalidad por reconocimiento legal, gozará de un patrimonio propio, con lo que se logra la separación de responsabilidad perseguida.

La proposición de ley presentada por el Grupo Popular al Senado —segunda legislatura, *Boletín Oficial de las CCGG*, 1 de febrero de 1985, núm. 223, a)— seguía este modelo, como lo hace el vigente Código de Comercio de Costa Rica (arts. 9 y 16).

## 2. LA AUSENCIA DE PERSONIFICACIÓN

Es el modelo de *patrimonio empresarial de afectación*, que debe resolver los múltiples problemas de la disciplina de un patrimonio separado del personal del socio, y de destino por razón de la afectación. Es un sistema mucho más original —y por tanto más complejo— que los anteriores. Obsérvese, por ejemplo, cómo el legislador alemán o belga o francés no hace más que modificar parcialmente la legislación de las sociedades limitadas —que resulta en toda su disciplina de aplicación— y el concepto

civil-mercantil de sociedad. No podemos dejar de citar aquí la muy interesante ley portuguesa (Decreto-Lei n. 248/86, de 25 de agosto).

### 3. LA DELIMITACIÓN NEGATIVA DE LA RESPONSABILIDAD

No se trataría de definir con qué bienes responde el empresario, sino con qué bienes no responde —patrimonio inembargable— por razón de deudas empresariales. Quizá el más técnico debe resolver los múltiples inconvenientes prácticos que derivan de la existencia de tres masas patrimoniales separadas. Este quizá demasiado complejo esquema es el recomendado en el famoso informe Champaud, o mejor «Rapport d. groupe d'étude cha. d'étudier la possibilité d'introduire l'E.I.P.R.L. dans le droit français», publicado en 1979 en la *Rev. trimm. d. Dr. Comm*, estudio sin duda fundamental, junto con la pionera obra de PISKO —cuyo libro de 1910 tuvo pronta traducción en el Código luxemburgués—, para entender el porqué de esta figura en el Derecho moderno.

El informe citado distingue tres masas distintas en el patrimonio del empresario: la porción o masa patrimonial afecta a las responsabilidades derivadas de la gestión empresarial; una segunda masa patrimonial no afecta, pero de la cual puede disponerse en favor de la empresa, de forma voluntaria o forzosa por traba y enajenación en interés de acreedores. En tercer lugar, la porción de patrimonio ni afectada a la empresa ni embargable, garante de la existencia de un patrimonio mínimo inatacable.

4. No debemos dejar de citar, por fin, la propuesta de la duodécima Directiva del Consejo (*Diario Oficial de las Comunidades* de fecha 2 de julio de 1988), en materia de Derecho de sociedades, relativa a las de sociedades de responsabilidad limitada con un único socio, cuya disciplina estructural mínima —nueve breves artículos— no opta por sistema alguno (los seis primeros artículos hacen referencia a sociedades; el séptimo contempla fórmulas alternativas).

GUILLERMO HERRERO MORO  
LUIS FERNÁNDEZ DEL POZO  
F. JAVIER GONZÁLEZ DEL VALLE GARCÍA  
Registradores Mercantiles de Barcelona

### BIBLIOGRAFIA

ACADEMIA BRUYLANT, VV. AA: *La société d'une personne a responsabilité limitée collection Patrimoine*. Vol III, Université Catholique de Louvain, Bruselas, 1987.

- ALFANDARI ET JEANTIN «La entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée», *Rev Trim. Dr. Com.*, 1986, pág. 107.
- ANGELICI CARLO «Società unipersonale e progetto argentino di unificazione dei codici», *Riv. Dir. Com.*, 1988, págs. 51-64.
- ALONSO UREBA «La sociedad unipersonal», en *La reforma del Derecho español de sociedades de capital*. Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Notarial de Madrid en colaboración con la Universidad Complutense, Madrid, 1987, páginas 217 y sigs.
- ANZORENA SUÁREZ *Sustentação*, transcrita por Francisco Orione, «Empresa individual de responsabilidad limitada», en *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de La Plata*, La Plata, 1941, tomo 12, 2ª parte.
- APARICIO RAMOS *Para un estudio de la sociedad anónima unipersonal*. Oviedo, 1961.
- ARECHA, WALDEMAR. *Empresa individual de responsabilidad limitada*. Buenos Aires, 1943.
- ARROYO «La sociedad unipersonal en el Derecho español», *RJC*, 1982, I, págs. 13 y sigs.
- ASCARELLI «In tema di società per azioni con un solo azionista e di divisioni ereditaria», *Foro it.*, 1950, I, págs. 1114 y sigs.
- AURIOLES MARTÍN «La sociedad anónima unipersonal en la reciente jurisprudencia» (a propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 1985) *RDM*, 1986, pág. 185.
- AZTIRIA ENRIQUE: «Empresa individual de responsabilidad limitada», en *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Económico e Financeiro*, São Paulo, 1951, fasc. 4.
- BADIA LABAL «Sociedades unipersonales o de accionista único», *RJC*, 1986, pág. 781.
- BALL LIMA, GUILLERMO *Proyecto de ley*, transcrita por Francisco Orione, «Empresa individual de responsabilidad limitada», en *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de La Plata*, La Plata, 1941, tomo 12, 2ª parte.
- BARBOSA DE MAGALHÃES «As sociedades unipessoais à face da Legislação Portuguesa», in *Revista da Faculdade de Direito*, São Paulo, 1948, vol. 43.
- BARCIA LÓPEZ, ARTURO *Sustentação*, transcrita por Francisco Orione, «Empresa individual de responsabilidad limitada», en *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de La Plata*, La Plata, 1941, tomo 12, 2ª parte.
- BASTIAN «La réunion de toutes les actions d'une seule personne», *J. Soc.*, 1933, pág. 65.
- BISBALI MÉNDEZ, JOAQUÍN «Sociedad Anónima unipersonal», cap. IV de *La reforma de la Ley de Sociedades Anónimas*. Ed. Civitas, dirigida por Angel Rojo, págs. 72 y siguientes.
- BONELLI «Sullo scioglimento e sulla liquidazione della società ridotta ad un solo azionista», *Riv. Dir. Com.*, vol. XXIV, 1926, II, pág. 167.
- BOTER. «Anónimas unipersonales», *RDP*, 1947, pág. 31.
- BOURS, J. P.: *De l'entreprise individuelle à la société*. Jeune Barreau de Liège, 1987, núm. 47.
- Bragantini, Luigi *L'anonima con un solo azionista*. Milán, 1940.
- BRODMANN *Gesellschaft mit beschränkter Haftung Gesetz*. Berlin, 1930.
- CARRY, PAUL *La responsabilité limitée du commerçant individuel*. Ginebra, 1928.
- CAVAZZUTI: «Il piccolo imprenditore nel sistema attuale. La riforma della piccola impresa industriale», *Tratt. di Dir. Comm.*, vol. II, Padova, 1978, pág. 575.
- CHAMPAUD «Rapport d. groupe d'étude cha, d'étudier la possibilité d'introduire l'E.P.R.L dans le droit français», *RTDC*, 1979/2, pág. 12.
- «L'E.U.R.L.», *RTDC*, 1979, pág. 579.
- COELHO, M. A.: «A limitação de responsabilidade do comerciante em nome individual», *Rev. Dir. e Econ.*, núm. 6/7 (1981-1982), pág. 3.
- COING «Zum Problem des sogenannten Durchgriff bei juristischen Personen», *NJW*, 1977, pág. 1793.
- COSI SCALFI, I.: «C. D. rapporti interni nella società con un solo socio e la successione dell'unico azionista», *Riv. Dir. Comm.*, 1950, II, pág., 56.

- CUTTAT, JACQUES-ALBERT «De la empresa individual con responsabilidad limitada», en *Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires*, Buenos Aires, 1938, tomo 16.
- DAIGRE, J.-J.: «Défense de l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée», *JCPG*, 15 janvier 1986, n. 3225, II-C. También «De l'utilité de l'E.U.R.L.», *JCPE*, 3 juillet 1986, pág. 508.
- DAUBLON, G.: «Remarques sur l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée», *Répertoire du Notariat Deffrénois*, 1986, pág. 12, núm. 9.
- DROBNIG: *Haftungsdurchgriff bei Kapitalgesellschaften*. Frankfurt/Berlin, 1959.
- ELÍAS-OSTUA RIPOLL «Actualidad de la sociedad unipersonal de responsabilidad limitada», *Crónica Tributaria*, núm. 56, 1987, pág. 5
- FERRER CORREIA, ANTONIO DE ARRUDA «Sobre a projectada reforma da legislação comercial portuguesa», *Rev. Ord. Advog.*, 44 (maio 1984), pág. 13  
— *Sociedades ficticias e unipessoas*. Coimbra, 1953.
- FERRI «Responsabilitá dell'único socio di un'anonima», *Foro it*, 1932, I, pág. 722
- FLORES-MESTRE «L'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée», *Rev. Soc.*, 1986, pág. 15.
- FLUME «Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts», E Band., *Die Personengesellschaften*, Berlin, 1977.
- FRANCIS LEFEBVRE, éditions *La société unipersonnelle (eurl-earl)*. Paris, 1986.
- FUEYO LANERI, F.: *Teoría general de los Registros* Ed. Astra, Buenos Aires, 1982.
- GALGANO «L'abuso della personalità giuridica nella giurisprudenza di merito», *Contratto e impresa*, 1987, pág. 365
- GARCÍA ÁLVAREZ *La O.I., persona jurídica de fisonomía unipersonal*. Madrid, 1944
- GODIN-WILHELMI *Kommentar zum Aktiengesetz* 4 ed., I. Berlin/New York, 1971
- GISPERT, M. T.. «Afectación del patrimonio de pequeños empresarios a los riesgos de negocio», *RDM*, núm. 164, pág. 283.
- GROSSFELD *Aktiengesellschaft, Unternehmenskonzentration und Kelnaktionär*. Tübingen, 1968.
- GROSSMANN *Unternehmensziele im Aktienrecht*. Köln, 1980.
- GULH *Das schweizerische Obligationenrecht*, Zurich, 1972
- HALLOUIN, J -CL. «La loi n. 85-697 du 11 juillet 1985 et l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée», *Dalloz*, 29 mai 1986, pág. 75, núm. 12.
- HAMLET *La personnalité morale et ses limites*, Travaux de l'Institut de droit compare, 1960.
- HERMARD «La société d'une seule personne», en *Etudes de Droit compare*, nouvelle série, 1970, pág. 270
- HUBER *Vermögensanteil, Kapitalanteil an Personalgesellschaften des Handelsrechts* Heidelberg, 1970.
- HORN «L'entreprise personnelle à responsabilité limitée. L'expérience allemande», *Rev Trim Dr. Comm.*, 37 (1984), 1-14
- HUNG-WAILLANT, F. «La empresa individual de responsabilidad limitada en el Código de Comercio vigente en Costa Rica», *Revista de la Facultad de Derecho*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1967, núm. 37-38, pág. 44.
- ISCHER, ROGER *Vers la responsabilité limitée du commerçant individuel*. Lausanne, 1939.
- JORDANO BAREA «La sociedad de un solo socio», *RDM*, 1964, pág. 10.
- KASTNER *Grundris des Österreichischen Gesellschaftsrecht*. Wien, 1979.
- KÜBLER: *Gesellschaftsrecht*, Frankfurt/M., 1981.
- KUHN *Strohmanngründung bei Kapitalgesellschaften*, Tubingen, 1964.
- LAMADRID, ESTEBAN «Responsabilidad individual limitada», en *Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires*, Buenos Aires, 1937, vol. 16.
- LANCELOTTI, MIGUEL A.: *Anteproyecto de lei*, transcrito por Francisco Orione, «Empresa individual de responsabilidad limitada», en *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de La Plata*, La Plata, 1941, tomo 12, 2.ª parte.

- LIMA, ADAMASTOR «Sociedade individual de responsabilidade limitada», in *Paraná Judiciário*. Curitiba, 1944, vol. 40.
- MALAGARRIGA, CARLOS C. *Indicação*, transcrita por Francisco Orione, «Empresa individual de responsabilidad limitada», en *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de La Plata*, La Plata, 1941, tomo 12, 2.<sup>a</sup> parte.
- MANARA, ULISES. «Una crisi dottrinale delle società anonime, società, corporazioni o fondazioni?», in *Studi di diritto commerciale in onore di Cesare Vivante*, Roma, 1931, vol. 1
- MARÍN LÁZARO *La sociedad de un solo socio y el problema de la limitación de responsabilidad*, conferencia pronunciada en Valencia. 1949. Citado por J. Barea, *op. cit.*, Ilustre Colegio de Abogados (separata)
- MARTINS FILHO, ANTÔNIO «Limitação da responsabilidade do comerciante individual», in *Anais do Congresso Jurídico Nacional Comemorativo do Cinquentenário da Faculdade de Direito de Pôrto Alegre*, Pôrto Alegre, 1951, vol. 1
- MASI *Articolazioni dell'iniziativa economica e unità dell'imputazione giuridica* Napoli, 1985.
- MAUBRU, B. «Abus de droit et fictivité des sociétés à l'épreuve de l'E. U. R. L.», *JCPNI*, 28 novembre 1986, pág. 441, notas 23 y 24.
- MICHELSON, GUILLERMO «Entidades de responsabilidad limitada individual», en *Revista Jurídica Argentina La Ley*, Buenos Aires, 1949, tomo 55.
- MIRANDA VALVERDE, TRAJANO DE «Establecimiento autónomo», en *Revista Forense*, Río de Janeiro, 1943, vol. 96
- MOLLER KRISTENSEN «Etablissement de société au Danemark», *Foro pad.* (1985), página 266.
- MOSSA, LORENZO «Responsabilità dell'unico socio di un'anonima», in *Rivista del Diritto Commerciale*, Milán, 1931, vol. 29, 2.<sup>a</sup> parte
- MOTOS GUIRAO. «Sociedades unipersonales y subsiguiente disolución», *RDM*, núm. 55, pág. 185.
- MÜLLER/FREIENFELS «Zur Lehre vom sogenannten Durchgriff bei juristischen Personen im Privatrecht», *AcP*, 1957, pág. 522
- NOBEL *Anstalt und Unternehmen*, Dissenhofen, 1987.
- ORGAZ, ALFREDO. «La empresa individual de responsabilidad limitada», en *Estudios de Derecho Civil*, Buenos Aires, 1948.
- ORIONE, FRANCISCO «Empresa individual de responsabilidad limitada», en *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de La Plata*, La Plata, 1941, tomo 12, 2.<sup>a</sup> parte
- OZORES, R. : «Empresas de responsabilidad limitada», *Anuario de Derecho*, Universidad de Panamá, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, 1961-1962, año V, núm. 5.
- PALA MEDIANO *Sociedades unipersonales*. Valencia, 1947, pág. 30
- PINO, *Il patrimonio separato*. Padova, 1950, pág. 13.
- PIRAS *Il problema delle società unipersonali*. Ed. Prov., Milano, 1964, pág. 94.
- PISKO «Die beschränkte Haftung des Einzelkaufmanns. Eine legislatorische Studie», *Z. f. das privat und öffentliche Recht der Gegenwart*, T. XXXVII, 1910, pág. 669.
- RANDOUX, D.: «Una société très spécifique: l'E. U. R. L.», *JCPP*, 1985 (I), pág. 355, número 2
- REHBINDER «Zehn Jahre Rechtsprechung zum Durchgriff», *FS für Fischer*, 1979, pág. 579
- REINHARDT/SCHULTZ *Gesellschaftsrecht*, Tübingen, 1973 y 1981
- RESCIGNO «La persona giuridica "unico azionista"», *Banca, borsa, tit. cred.*, 1971, I, página 479.
- RIVAROLA, MARIO A.: «Afectación individual de patrimonio», en *Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires*, Buenos Aires, 1937, tomo 15.
- RIVAROLA, MARIO A.: *Indicação*, transcrita por Francisco Orione, «Empresa individual

- de responsabilidad limitada», en *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de La Plata*, La Plata, 1941, tomo 12, 2.<sup>a</sup> parte.
- RODRÍGUEZ OLIVERA N.: «Responsabilidad limitada del comerciante», en *Revista de Derecho comercial*, Montevideo, 1967, núm. 211, pág. 431.
- ROSITO, ÓSCAR *Projeto e Justificação*, transcritos por Francisco Orione, «Empresa individual de responsabilidad limitada», en *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de La Plata*, La Plata, 1941, tomo 12, 2.<sup>a</sup> parte.
- ROTONDI «La limitation de la responsabilité dans l'entreprise individuelle», *RTDC*, 1968, pág. 1.
- SAN MARTÍN, PEDRO, y G. FRIKER, E.. «La empresa individual de responsabilidad limitada en la legislación de Liechtenstein», *R. J. Universidad Nacional de Tucumán*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, núm. 8, pág. 154
- SANTONOSTASO «Limitazione della responsabilità e impresa individuale a responsabilità limitata», *Riv. Dir. Comm.*, 1969.
- SAYAG y JAUFFRET-SPINOSI *L'entreprise personnelle*. T. I (Expériences Européennes), París, 1978, y T II (critique et prospective), París, 1983.
- SCHANZE *Einmanggesellschaft und Durchgriffshaftung als Konzeptualisierungsproblem gesellschaftsrechtlicher Zurechnung* Frankfurt/M., 1975.
- SCHILLING. «Die Einmanggesellschaft und das Einzelunternehmen mb H», *JZ*, 1963, página 161.
- SCHLEGELBERGER/QUASSOWSKI y otros. *Aktiengesetz vom 30 januar 1937*. Berlín, 1937
- SCHMALENBACH *Die Aktiengesellschaft*. Köln/Opladen, 1950
- SCOTTI CAMUZZI «Unico azionista, gruppi, 'lettres de patronage'», *Riv. Soc.*, 1973, página 564.
- SIEBEL, ULF R.: «La società di capitali con unico socio nel diritto tedesco e inglese», in *Rivista del Diritto Commerciale*, Milán, 1954, vol. 52, 1.<sup>a</sup> parte.
- SOLA CAÑIZARES, F. DE «L'entreprise individuelle a responsabilité limitée», in *Revue Trimestrielle de Droit Commercial*, París, 1948, vol 1
- SORDELLI, ALBERTO «La sociedad de responsabilidad limitada y la limitación de la responsabilidad individual en el comercio», en *Revista de Ciencias Económicas*, Buenos Aires, 1940, año XXVIII, serie II
- STIEGER *Haftungsprobleme der Einmanggesellschaft*. Basler jur., Mitteilungen, 1960, pág 205.
- *Le droit des Sociétés anonymes en Suisse*. Laussane, 1973
- STRAFFA. «L'esistenza formale di una società con un solo azionista», *Riv. Dir. Comm.*, vol XXVII, 1929, II, pág. 154
- SUÁREZ SÁNCHEZ VENTURA «Las sociedades de un solo socio: ficción o realidad», *RJC* (1987), I, pág. 735.
- THILER ADOLF «Empresã individual de responsabilidade limitada», in *Paraná Judiciário*, Curitiba, 1940, vol 32.
- TRÍAS DE BES «La limitación de responsabilidad aplicada a las empresas individuales», en *Anales Aca. Matr. Not.*, IV, 1948, pág. 371
- URQUIETA, PEDRO LIRA *Justificação de voto*, transcrita por Francisco Orione, «Empresa individual de responsabilidad limitada», en *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de La Plata*, La Plata, 1941, tomo 12, 2.<sup>a</sup> parte
- VALLS TABERNER «Hacia la limitación de responsabilidad en la empresa individual», *RJC*, 1952, pág. 110.
- VAN OMMESLAGHE *L'entreprise d'une personne à responsabilité limitée: quels choix fondamentaux?* Liber Amicorum Jan Ronse, núm 13.
- VICENTE-GELLA «La responsabilidad limitada de la empresa individual», *RDM*, XVI (1953), 153-195, pág. 186.
- WIEDEMANN *Gesellschaftsrecht*, I, München, 1980
- WÜRDINGER *Aktenrecht*, Karlsruhe, 1959.

- «Die Eimann-Gesellschaft», en *Deutsche Landesreferate zum VII Inter. Kongr. f. Rechtsvergleichung*, Upsala, 1966, pág. 340.
- YADAROLA, MAURICIO L., y ORGAZ, ALFREDO *Parecer*, transcrito por Francisco Orione, «Empresa individual de responsabilidad limitada», en *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de La Plata*, La Plata, 1941, tomo 12, 2.<sup>a</sup> parte.
- YADAROLA, MAURICIO L.: *Sustentação*, transcrita por Francisco Orione, «Empresa individual de responsabilidad limitada», en *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de La Plata*, La Plata, 1941, tomo 12, 2.<sup>a</sup> parte.

# Inversiones extranjeras: consideraciones sobre determinados créditos y garantías de directa incidencia en el ámbito de aplicación del RIE

(Este trabajo constituye el texto del capítulo XIX del libro  
*Estudio sobre inversiones extranjeras en España*)

**SUMARIO:** I. CONSIDERACIONES SOBRE EL PAGO DEL PRECIO (Y GARANTIA DEL MISMO) CONVENIDO EN LA ARTICULACION NEGOCIAL DE LA INVERSION EXTRANJERA INMOBILIARIA, SEGUN LA LEGISLACION ANTERIOR (AUN VIGENTE EN LA ACTUALIDAD): A) INTRODUCCIÓN B) HIPÓTESIS DE PAGO CONFESADO (O CONCOMITANTE) DE LA ADQUISICIÓN INMOBILIARIA CONSTITUTIVA DE LA INVERSIÓN EXTRANJERA C) HIPÓTESIS DE PAGO APLAZADO DE LA ADQUISICIÓN INMOBILIARIA CONSTITUTIVA DE LA INVERSIÓN EXTRANJERA. a) *Ideas generales* b) *Modalidades que pueden darse en la hipótesis a la que alude el epígrafe anterior* aa) Ideas generales. ab) Hipótesis de aplazamientos no liberalizados. ac) Hipótesis de aplazamientos liberalizados. ad) Dintorno requisal básico de la supradicha liberación: aaa) Presupuestos subjetivos. aab) Presupuestos objetivos. aac) Presupuestos funcionales. ae) Variantes de la misma en función de la calidad residencial de los intervinientes en la compraventa inversora. aaa) Ideas generales. aab) Venta inversora inmobiliaria con precio aplazado en la que participe como transmitente un vendedor no residente. aac) Venta inversora inmobiliaria con precio aplazado en la que participe como transmitente un vendedor residente.—2 ESQUEMA GARANTISTA EN ESTE AMBITO: A) INTRODUCCIÓN: a) *Régimen de las garantías personales (fianzas o avales):* aa) Caso de fiador o avalista residente: aaa) Caso de acreedor garantizado no residente aab) Caso de acreedor garantizado residente. ab) Caso de fiador o avalista no residente: aaa) Caso de acreedor garantizado no residente. aab) Caso de acreedor garantizado residente. b) *Régimen de las garantías hipotecarias:* aa) Introducción. ab) Hipoteca constituida por el propio comprador no residente en garantía de la obligación de pagar el precio aplazado que le atañe: aaa) Ideas generales. aab) Supuesto en el que la calendada hipoteca garantiza el cobro del precio aplazado titularizado por un vendedor residente. aac) Supuesto en el que la calendada hipoteca garantiza el cobro del precio aplazado titularizado por un vendedor no residente. ac) Hipoteca constituida por un tercero ajeno

a la compraventa inversora inmobiliaria de donde surge la obligación de pagar el precio garantizado: *aaa*) Ideas generales *aab*) Hipotecante no deudor en este contexto no residente. *aac*) Hipotecante no deudor en este contexto residente 1) Hipoteca constituida en favor de un no residente 2) Hipoteca constituida en favor de un residente.—3. SUPUESTOS DE TRUEQUE EN LA TITULARIDAD DOMINICAL (LIBRE O GRAVADA) DEL INMUEBLE ADQUIRIDO CON PRECIO APLAZADO ESPECIALMENTE AUTORIZADO O DE CONFORMIDAD CON LA RESOLUCION DE LA DGTE DE 30 DE JULIO DE 1975: A) IDEAS GENERALES B) SUPUESTO DE ENAJENACIÓN DE LA FINCA ADQUIRIDA LIBRE DE HIPOTECAS. C) REPERCUSIÓN EN LA VENTA ULTERIOR DEL APLAZAMIENTO DEL PAGO DEL PRECIO CUANDO EL MISMO NO ES PUESTO EN CONDICIÓN NI APARECE GARANTIZADO CON UNA HIPOTECA RECAYENTE SOBRE EL MISMO INMUEBLE TRANSMITIDO D) SUPUESTO DE ENAJENACIÓN DEL INMUEBLE ADQUIRIDO CUANDO EL MISMO HA SIDO PREVIAMENTE HIPOTECADO POR SU TITULAR COMPRADOR NO RESIDENTE —4. HIPOTESIS ESPECIAL EN LA QUE LAS CANTIDADES APLAZADAS QUEDAN INCORPORADAS A LAS CORRESPONDIENTES LETRAS DE CAMBIO.—5 HIPOTESIS ESPECIAL EN LA QUE EL COMPRADOR NO RESIDENTE PAGA DE CANTO EL INMUEBLE ADQUIRIDO MEDIANTE LA UTILIZACION SOLUTORIA A TALES EFECTOS DEL CAPITAL CIFRADO EN PESETAS COMUNES OBTENIDO A TRAVES DE LA CONCESION DE UN CREDITO POR PARTE DE UN RESIDENTE. A) IDEAS GENERALES B) APROXIMACIÓN CONCEPTUAL A LA HIPÓTESIS PREVISTA EN LA INSTRUCCIÓN QUINTA DE LA RESOLUCIÓN DE LA DGTE DE 30 DE JULIO DE 1975. C) REQUISITOS CONDICIONANTES DE LA LIBERALIZACIÓN DE TALES CRÉDITOS SEGÚN LA SUPRADICHA DISPOSICIÓN D) SUPUESTO DE LA ENAJENACIÓN DE LA FINCA COMPRADA POR EL INVERSOR EXTRANJERO E HIPOTECADA EN LAS CONDICIONES PREVISTAS POR LA SUPRADICHA DISPOSICIÓN —6. ADECUACIÓN O NO DE LA NORMATIVA DOMESTICA A LA QUE HEMOS HECHO ALUSION EN ESTE CAPITULO A LA PRECEPTIVA DE LA CEE.

## CAPITULO XIX. COMENTARIOS AL ARTICULO 12 DEL RIE

*(Continuación)*

### I. CONSIDERACIONES SOBRE EL PAGO DEL PRECIO (Y GARANTIA DEL MISMO) CONVENIDO EN LA ARTICULACION NEGOCIAL DE LA INVERSION EXTRANJERA INMOBILIARIA, SEGUN LA LEGISLACION ANTERIOR (AUN VIGENTE EN LA ACTUALIDAD)

#### A) INTRODUCCIÓN

Habiendo dedicado el capítulo anterior a la vertebración de un estudio bastante minucioso del diseño historicista del régimen jurídico que disciplinó la correcta instrumentación de las inversiones extranjeras inmobiliarias, vamos a referirnos ahora al análisis más detenido de las distintas hipótesis que podían presentarse en su concreta modulación en relación con la cadencia temporaria de su solvencia y el plausible garantizamiento

de la misma, hipótesis que hacían referencia al presunto pago confesado o concomitante de su esencial correspondiente financiero o bien a su consecuente aplazamiento (garantizado o no de forma peculiar por alguno de los medios operativos *ad hoc*), cuestiones que van a desfilar apretadamente por las páginas a venir de este mismo volumen, y para cuya adecuada comprensión debemos efectuar las siguientes reflexiones previas:

1.<sup>a</sup> La observación primigenia a reflejar en estas consideraciones pre-ambulares aparece conectada con el dato de que toda inversión extranjera cristalizada en una adquisición inmobiliaria presupone el que ésta sea efectivamente onerosa, siendo por ello ineludible la presencia en la misma del oportuno correspondiente económico que debe satisfacer el inversor extranjero, correspondiente que es, en definitiva, el precio de compra del inmueble en que se consustancializó la inversión de que se trate, contraprestación que, como en los supuestos normales de contratos de compraventa, constituye un ingrediente institucional de los mismos que inescusablemente debe reunir determinadas características (ser cierta, determinada y monetizada en todo o en parte) y sin que sea atisbable particularidad alguna en su caracteriología sustancial por el dato de que el compelido a su satisfacción sea un inversor extranjero, o porque su intrínseca textura crematística adopte una fisonomía particular dada su identificación con lo que se ha dado en llamar «aportación dineraria exterior», o bien, en suma, porque el contrato de compraventa contemplado constituya el título obligacional del correspondiente *itinere* hacia la consecución de una titularidad dominical genuinamente transida por un componente ontológicamente corporeizador de una inversión extranjera.

2.<sup>a</sup> Vamos a circunscribirnos al análisis de tales tesis solutorias en relación sólo a aquellas en las que interviniese la antes dicha pertinente aportación dineraria exterior, desdeñando el estudio de las mismas cuando el componente crematístico del precio convenido fuesen las antiguas pesetas interiores (a las que, por otra parte, hicimos suficiente alusión en el último epígrafe del capítulo anterior), y ello por dos razones íntimamente imbricadas. En primer lugar, porque tales pesetas interiores han dejado de existir tras la reforma operada en la materia por el Real Decreto 1723/1985, de 28 de agosto, y, en consecuencia, la Resolución básica que tuteló su uso, es decir, la procedente de la DGTE de 23 de enero de 1975, que aludía concretamente a las mismas, no acredita, sino, un puro interés histórico no justificador de un desentrañamiento en profundidad de sus apremios (y de sus correlativos silencios), ahora totalmente desfasados. En segundo lugar, porque la normativa que detalló su utilización a tales efectos, tanto la básica representada por la LRJCC y el Real Decreto 2402/1980, como la complementaria, incorporada a la Resolución de la

DGTE de 30 de julio de 1975, se halla plenamente vigente; la primera, por no haber sido derogada, ni expresa ni tácitamente, por ninguna norma ulterior (salvo en algún detalle muy puntual, que ahora no nos atañe, por la preceptiva comunitaria); la calendada Resolución, por las razones que quedaron aducidas en el volumen I del tomo I de esta obra (ver en la página 65 del mismo, el epígrafe titulado «Situación normativa actual de la preceptividad anterior a la LIE y RIE de 1986 dimanante de la DGTE y del Banco de España»), y siendo ello así, todo lo que digamos acerca de esta temática con referencia al pasado es perfectamente trasladable al tiempo presente, sin más que tener en cuenta que los elementos monetarios integrantes de la denominada «aportación dineraria exterior» según la aludida preceptividad han dejado de ser los anteriormente operativos en el sector internacional, siendo sustituidos los mismos por los nuevos ingredientes crematísticos que circunstancia el supradicho Real Decreto 1723/1985 (objeto de amplio análisis en el indicado volumen I del tomo I de esta obra) y por las divisas integrantes de los saldos de las cuentas bancarias a las que se refiere la Circular del Banco de España número 5/1987, de 13 de marzo, sobre toma y colocación de fondos en moneda extranjera (disposición asimismo estudiada con incuestionable hondura en el volumen de esta obra citado *ut supra*)

3.<sup>a</sup> Vamos a enraizar nuestro presente esfuerzo expositivo en el terreno del diseño normativo de la pura habilitación constitutiva y funcional de las tesituras solutorias dichas (y de sus eventuales garantías) sin profundizar ahora en la temática relativa al tratamiento de la concreta rituariedad de su pago, tema que será estudiado —con considerable parsimonia exegetica— en esta obra cuando efectuemos en la misma la parafrasis de los artículos 18 y 19 del vigente RIE, y de la fundamental Resolución de 28 de abril de 1982, de la DGTE, por la que se regula el procedimiento para acreditar ante el fedatario público el pago de las inversiones extranjeras en España, exposición que tendrá lugar en el tomo siguiente en donde se evidenciará el enorme protagonismo bancario que las entidades delegadas acreditan en este sector, y al que alude, del propio modo, el apartado 2 de la Instrucción 4 de la Resolución de 30 de julio de 1975, según el cual: «La aportación dineraria exterior deberá acreditarse mediante la certificación bancaria a que se refiere el número 4 de la Resolución de la Dirección General de Transacciones de 25 de enero de 1975 (disposición sustituida en la actualidad por la precitada de 28 de abril de 1982) referida a las cantidades que realmente hayan sido abonadas, indicando asimismo en la escritura y en el impreso de declaración ante el Registro de Inversiones las cantidades aplazadas y sus vencimientos».

4.<sup>a</sup> Vamos a hacer especial y circunscrito hincapié en el sistema que disciplinó estas cuestiones con arreglo a la calendada normatividad (ple-

namente vigente en la actualidad por lo que ha quedado dicho), advirtiendo que las condiciones de liberalización de los supuestos que vamos a relatar, referentes a aplazamientos de pagos, garantías de los mismos y créditos relacionados con esta materia, son los que determinan la consecuencial existencia de la liberalización dicha. Así, en la hipótesis en que los presupuestos de la misma no se den, tal liberalización no acredita virtualidad alguna, sin que sea necesario que nosotros lo digamos expresamente. De todos modos, al hablar en último término de la hipotética adecuación de la normativa indígena en este ámbito a la de la CEE, ya nos encargaremos de puntualizar algún matiz al respecto en relación con determinadas personas jurídicas comunitarias.

Ello supuesto, pasamos a ocuparnos del tratamiento especulativo de las distintas posibilidades solutorias a las que antes hicimos alusión, de aquellas de sus modalidades transidas de más percuciente singularidad, de sus admisibles garantías, de determinadas enfiladas de eventual acceso del comprador no residente al crédito interior debidamente conectadas con tales adquisiciones inversoras y de la supradicha hipotética adecuación de nuestra normativa a la comunitaria, todo ello con referencia a la legislación anterior a la de moderna progenie sobre inversiones extranjeras, ordenamiento jurídico en el que acreditó un relevante papel la antes citada —y todavía vigente— Resolución de la DGTE de 30 de julio de 1975, disposición de preciosista minucia ordinalmente cuya presencia en estas páginas va a ser, en verdad, abrumadora, culminando el estudio de este denso conjunto de temas una referencia arracimada y copiosa a la que yo califico como de «presunta condición resolutoria diseñada por los artículos 1.504 del Código Civil y II de la Ley Hipotecaria», aportación doctrinal que ha sido el fruto de una conferencia mía pronunciada en el año 1989 en la sede del Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, con ocasión de los actos conmemorativos del primer centenario del Código Civil y que prefiero transcribir en su integridad, aun a sabiendas de que su ofrecimiento en este libro podría rebasar la sistemática del mismo, a fin de dar hondura de exposición a la problemática en trance de actual desbrozamiento.

**B) HIPÓTESIS DE PAGO CONFESADO (O CONCOMITANTE)  
DE LA ADQUISICIÓN INMOBILIARIA CONSTITUTIVA  
DE LA INVERSIÓN EXTRANJERA**

La interpretación que la misma merecía (y merece) no presentaba ningún componente adicional de problematicidad, toda vez que el dato peculiarizador de la compraventa en cuestión —y que era el que la misma servía para hacer aflorar una inversión extranjera— no alcanzaba a des-

virtuar sus cimientos negociables básicos, y por ello —y al igual que sucede en los supuesto de ventas que podríamos calificar cautelosamente de «normales»— el transmitente podía haber recibido con anterioridad al acto concreto de formalización pública de la inversión el importe de la misma (obviamente, en base de una negociabilidad causal instrumentada privada o públicamente —en España o fuera de ella—, previa al acto de formalización aludido). Del propio modo, tampoco presenta dificultad alguna de comprensión el que el pago del precio convenido aconteciese concomitantemente con el hecho de la aludida formalización, hipótesis cuyas coordenadas operativas eran de plena normalidad y coincidían categóricamente con las que disciplinaban las eventualidades de concertación negocial ordinarias.

Sobre la base de tales planteamientos —y siempre partiendo de la base de que las alternativas solutorias mencionadas debían someterse a los rigurosos esquemas de adveración debidamente tipificados en la Resolución de 28 de abril de 1982 (disposición que será estudiada —como ya ha quedado dicho— en los extensos comentarios que dedicaré en el tomo siguiente al art. 18 del RIE), concernientes a la prueba de la existencia y origen foráneo de los medios de pago integrantes de las antes dichas alternativas solutorias), debía tenerse en cuenta que a diferencia de lo que sucedía con el resto de hipótesis de contratos de compraventa, era imprescindible que en éstos quedase una indubitada constancia documental del pago efectuado, constancia que se vertebraba a base de la congruente utilización solvencial de los instrumentos de pago bancarios que circunstanciaba la Resolución supracitada (y antes, la de la DGTE de 25 de enero de 1975), hecho que comportaba consecencialmente que en todo supuesto de ejecución solutoria de un contrato de compraventa «inversora» quedase rotundamente proscrito el pago de «mano a mano», perfectamente admisible, por el contrario, en el resto de negocios jurídicos de compraventa que con todas las reservas jurídico-semánticas podríamos calificar —como antes dijimos— de «normales».

Ello expuesto, y partiendo de estas premisas ontológicamente medulares en el delimitado entorno de juridificación historicista que estamos escrutando, podríamos someter ahora a exploración analítica una modalidad de pago al contado de tipología singular por todo su contexto de desenvolvimiento. Tal es la que se consuma con aquellas pesetas comunes que una entidad crediticia española presta a un determinado comprador no residente, operador jurídico que ulterior o coetáneamente, hipoteca la cosa adquirida en favor de la entidad prestamista, modalidad que dado su evidente carácter singular —y cuyos perfiles operativos entroncan también en la vertiente garantista a la que luego haremos alusión— estudiaremos con posterioridad en estas mismas páginas.

C) HIPÓTESIS DE PAGO APLAZADO DE LA ADQUISICIÓN INMOBILIARIA  
CONSTITUTIVA DE LA INVERSIÓN EXTRANJERA

a) *Ideas generales*

En esta tesitura solutoria, el comprador asume la obligación de pagar un precio cuya exigibilidad queda consensuadamente retrasada a un momento ulterior al de la celebración del contrato de compraventa en cuestión, combinándose normalmente —aunque no forzosamente— tal eventualidad con una recepción ya consumada de la cosa vendida.

La hipótesis que da título a este apartado consiste, en suma, en una compraventa de tipología inversora en la que el vendedor cumple de presente la obligación de entregar la cosa vendida, adquiriendo, como oportuno correspondiente de la *traditio* ya efectivizada —y del consecuente desapoderamiento dominical (o estrictamente posesorio) ya consumado—, un derecho de crédito a la percepción del precio establecido, precio que debía (y debe) ser satisfecho una vez finase el plazo al efecto convenido. En tal eventualidad, la situación subsiguiente a la puesta en posesión de la cosa vendida en poder del comprador —inversor extranjero— que podía (y puede) tener carácter modal (deviniendo éste, en consecuencia, titular dominical del inmueble transmitido, y todavía no pagado en todo o en parte) o carecer del mismo, en cuyo caso la entrega efectuada era (o es) impulsora de una simple —aunque muy importante— situación jurídica de posesión autónoma cuya titularidad correspondía (o corresponde) al comprador, tesitura que se producía (y lo hace presentemente) en los supuestos de venta (con reserva de dominio) que podía ir acompañada del correlativo aplazamiento del pago del precio concertado, dilación solvenzial paccionada que podía (y puede) ser interpretada como concesiva de un crédito del vendedor al comprador por el montante cuantitativo del aludido precio (y de los intereses retributivos o moratorios, en su caso, concedidos), crédito, en definitiva, otorgado por un residente a un no residente, necesitado —dada la intrínseca calidad externalizada de una de las partes intervinientes— de la oportuna autorización administrativa, habilitación cuya presencia devenía (y deviene) ineluctable para evitar la incidencia de los interesados en el tenebroso cenegal de la reprochabilidad delictuosa prevista en la Ley penal y procesal de delitos monetarios de 24 de noviembre de 1938, primero, y después en la Ley 40/1979 (derogatoria de la anterior), habilitación administrativa que era (y es) metodológicamente independiente de la que fuese requerible, en su caso, en el ámbito de la adquisición inmobiliaria en sí, y que por lo atinente a la legislación reglamentaria de moderna progenie relativa al Control de Cambios aparece recogida por el concreto apremio contenido en el artículo 3.1.7 del

Real Decreto 2402/1980, que somete a autorización administrativa individual y expresa «la concesión por residentes de préstamos o créditos a no residentes», exigencia cuya aplicación al caso que nos ocupa viene de la mano de la consideración de los meritados aplazamientos como operaciones netamente crediticias, connotación de allegamiento categorial que aparece recogida literalmente por NÚÑEZ LAGOS en su obra dicha, página 279, al decir que:

«Ahora solamente expongo lo relativo al préstamo o crédito, concepto en el que hay que incluir cualquier negocio jurídico del que resulte una deuda dineraria; por tanto, los precios aplazados en las compraventas...», opinión reiterada por el supradicho autor al enfocar analíticamente en su reseñada obra la hipótesis solutoria materializada en el aplazamiento solvencial diseñado por la Resolución de la DGTE de 30 de julio de 1975.

Por su parte, D. ÁLVAREZ PASTOR y F. EGUIDAZU, en la última edición de su antes dicha obra —recogiendo criterios doctrinales anteriormente explayados en un trabajo publicado por los mismos titulado «Operaciones financieras con el extranjero», inserto en el número 22 del año 1988 de la revista *Papeles de Economía Española* (trabajo asimismo inspirado en este punto por lo dicho por los meritados autores en las anteriores ediciones de su calendada obra)—, página 1212, calificaron los aplazamientos de pago que estamos viendo como supuestos de «créditos indirectos desde el punto de vista del Control de Cambios», considerando como tales —a los que también apellidan dichos autores con el expresivo apelativo de créditos «encubiertos»—, todos aquellos casos «en que un no residente aplaza el pago debido a un residente».

Conviene, empero, advertir que tal interpretación no fue absolutamente conforme en el ámbito doctrinal, y así, LUCAS FERNÁNDEZ, en su obra dicha, página 161, tras advertir, por una parte, que: «La aposición de un plazo en la prestación del comprador no altera la naturaleza del contrato ni de la obligación que asume el adquirente. El contrato sigue siendo de compraventa, modalizado tan sólo por ese elemento esencial del término, en cuanto a una de las prestaciones», y sustentar, por otra, que: «El aplazamiento del pago del precio no transforma la compraventa en préstamo, ni en un contrato mixto con prestaciones típicas del préstamo añadidas a la compraventa», califica de errónea la posición propugnante de la arbitración de todo aplazamiento de pago como oportunamente concesivo de un crédito del vendedor al comprador inversor extranjero.

A mi juicio, el que no pueda establecerse un parangón absolutamente coherente entre tales dilaciones solutorias y el auténtico contrato de mutuo resulta más que lucífero, dadas las enormes disonancias de simetría jurídica

que median entre ambas hipótesis, pero para la óptica del Control de Cambios, mucho más groseramente tallada en cuanto a la pulcritud de su visión conceptual que la que se utiliza —metodológica y especulativamente— en el ámbito del derecho privado puro, los aplazamientos de pago del precio (sobre todo si la cantidad diferida genera intereses, sean éstos fijos o variables) presenta una innegable propinquidad «económica» con el aludido contrato de préstamo, proximidad cuya constatación fue la que impulsó al legislador reglamentario de la Resolución que nos ocupa —a fin de orillar posibles repulgos funcionariales— al conferimiento de la autorización general que con anterioridad transcribimos (solución que hubiese resultado en su propia mismidad un efugio burocrático intensamente concebido si no se partiera de tal planteamiento), y cuya frecuencia de aplicación fue considerable —y afortunada— dada la multiplicidad de supuestos inversores en los que se articularon (y articulan) los aplazamientos de pago que estamos analizando.

b) *Modalidades que pueden darse en la hipótesis  
a la que alude el epígrafe anterior*

aa) *Ideas generales*

Desde distintos puntos de vista teórico-prácticos podría estructurarse la respuesta especulativa a aportar a este epígrafe, respuesta, no obstante, cuya concreta dimensión vamos a aligerar notablemente partiendo del congruente uncimiento de toda esta problemática a la normaiva del Control de Cambios, parcela jurídica de perfiles sumamente delimitados y cuya atinencia a la hipótesis planteada determina que la misma sea prioritariamente escindible en una dualidad operativa de enorme importancia: la que resulta liberalizada por las disposiciones normativas de rigor y la, por el contrario, sustraída a tal vía liberalizadora. Aparte de esta dicotomía fundamental, también acredita una relevancia considerable en este entorno la distinción entre supuestos de precios aplazados (liberalizados o no) especialmente garantizados y los que no lo están, pudiendo desglosarse la primera de las alternativas últimamente referenciada en una triada de posibilidades representada sendamente por garantizamientos materializados en vinculaciones de terceros netamente personales (avales, fianzas), por asunciones de responsabilidades hipotecarias (recayentes sobre la misma cosa transmitida o sobre otra distinta) y por inserciones de las partes en tesituras negociables teñidas de especialidad tendentes al reforzamiento de los intereses contractuales puestos en juego (conversión del impago del precio aplazado en condicionante de la estabilidad de la titularidad domi-

nical adquirida por el inversor extranjero), tríptico de posibilidades que va a polarizar de forma absoluta nuestro interés exegético en las páginas que a continuación voy a describir.

*ab)* Hipótesis de aplazamientos no liberalizados

De conformidad con lo que dijimos en la porción preambular de este capítulo, el apartado cuya rotulación acabamos de efectuar admite una concepción relacional por exclusión, toda vez que deben ser incluidos en el mismo todos aquellos eventos materializados en aplazamientos solutorios que no puedan ser legítimamente encajados en las derivas de liberalización que de inmediato vamos a exponer y que resultan de la ordinalidad cuya reseña va a ser decisiva en el seguimiento metodológico de esta cuestión, supuestos, en suma, requirentes de la correspondiente autorización administrativa individualizada, *ex*, artículo 3.1.6 del Real Decreto 2402/1980, que debe ser discernida, en su caso, por la DGTE, a tenor de lo estipulado por el artículo 23 del vigente RIE.

*ac)* Hipótesis de aplazamientos liberalizados

Alude a tal posibilidad la pluricitada Resolución de la DGTE de 30 de julio de 1975, que en su apartado 4 se encargó de señalar que:

«No precisa autorización administrativa de esta Dirección General el aplazamiento del pago del precio por las personas físicas no residentes que adquieran inmuebles al amparo de lo dispuesto en el capítulo VI del Reglamento de Inversiones Extranjeras o en los números anteriores de esta Resolución siempre que las cantidades aplazadas sean satisfechas a su vencimiento mediante aportación dineraria exterior.»

*ad)* Dintorno requisital básico de la supradicha liberación

A tenor de los pedimentos contenidos en el precepto que acabamos de literalizar, los requisitos que se exigían para que la liberalización diseñada por el mismo adquiriese congruente operatividad eran clasificables en subjetivos, objetivos y funcionales. Veámoslos de forma sucinta e individualizada:

*aaa)* Presupuestos objetivos.—El comprador involucrado en el aplazamiento solvencial convenido tenía que acreditar forzosamente la calidad

de persona física (si bien fuera española o extranjera) no residente, no pudiendo, por lo tanto, asumir la de persona jurídica ni la de establecimiento o sucursal de alguna sociedad extranjera o de persona física no residente, exigencia de patronaje institucional subjetivo que venía a limitar a una sola de las plausibles categorías de presuntos inversores extranjeros el beneficio materializado en la liberación dicha, calidad de inherente urdimbre ontológica que debía ir acompañada de forma inexcusable por la condición de no residente del afectado, *status* territorial adverbable según los monopolistas criterios administrativos al uso.

*aab)* Presupuestos objetivos.—Partiendo de la base de que lo efectivamente liberalizado por la Resolución que nos ocupa no era la adquisición inmobiliaria en sí (liderada ésta por su régimen específico), sino la aposición del aplazamiento solutorio dicho, tenemos que reseñar que éste podía ser total o parcial, ya que la disposición de la misma que acabamos de transcribir —y que contiene los concretos requisitos a tener en cuenta no distinguía al respecto ni imponía ninguna tasa cuantitativa determinada de pago confesado o concomitante, a conjugar con el aplazado silencio jurisdicente que no podía ser interpretado, sino, en el sentido permisivo dicho, sobre todo teniendo en cuenta cuál era el concreto alcance liberalizador —el netamente solutorio— propiciado por la supradicha disposición.

*aac)* Presupuestos funcionales.—Los mismos hacían referencia, de una parte, a la compraventa inversora en sí, que tenía que ser una de las absolutamente liberalizadas por el RIE o por la propia Resolución, quedando, por lo tanto, excluido el régimen de articulación negocial solutoria propugnado por ésta en el ámbito en el que nos movemos cuando la adquisición inmobiliaria de la cual surgiese el oportuno aplazamiento solvencial fuese una de las requirentes de autorización administrativa (régimen habilitante que por aquel entonces era el alternativo al otro posible de absoluta libertad funcional). Por otra parte, el pago aplazado (total o parcial) tenía que satisfacerse íntegramente con aportación dineraria exterior, requisito sobre el que volveremos más tarde.

Por lo tocante a este punto, y ya en concreta referencia al sistema operativo en el día de hoy, hemos de tener en cuenta, partiendo de la vigencia indiscutible de la Resolución objeto de nuestros presentes comentarios, que los aplazamientos liberalizados que puedan concordarse en la actualidad, según la misma, sólo devendrán tales en la medida en que las adquisiciones inmobiliarias de los que emerjan sean algunas de aquellas de potencial e inmediata ejecutividad por parte de los partícipes en la compraventa inversora de que se trate y no las que, por el contrario, requieran la verificación administrativa a tenor de lo previsto en el artículo 12.2.2 del vigente RIE (régimen que en este ámbito ha venido a sustituir al antes

dicho de expresa autorización), ya que en tales casos, el aplazamiento convenido deberá circunstanciarse en el proyecto de inversión pretendida y quedar sometido a idéntica suerte administrativa, suerte cuya eventual entrada en liza elimina íntegramente la absoluta agilidad y ejecutoriedad operatoria dimanante del sistema liberalizado proveniente de la supradicha Resolución.

Siguiendo con este orden de cosas, tengo que poner de relieve que esta opinión consistente en entender que a través de un único trámite administrativo de verificación pueden enjuiciarse (y resolverse) tanto la pretensión adquisitiva básica acerca de la titularidad liberalizada (pero no de consumación ejecutiva) como la referente al aplazamiento de pago concertado por las partes involucradas en la compraventa de que se trate no es unánimemente aquiescida por todos los autores que se ocupan de esta problemática, y así existen opiniones doctrinales, asentadas en la exigencia de la más rigurosa pulcritud metodológica al respecto, que parten de la base de que en la hipótesis de adquisiciones inmobiliarias inversoras a las que estamos aludiendo —es decir, las sujetas al precitado trámite de verificación administrativa según el artículo 12.2.2 del vigente RIE—, deben concurrir simultáneamente tal verificación (positiva) y la correspondiente autorización administrativa cuando se plantee un aplazamiento solvencial del tipo de los que estamos debatiendo, tesis propendente a admitir la legítima coetaneidad de trámites burocráticos diversos de talente legitimador sobre una misma pretensión básica que, desde planteamientos de rigurosa y apriorística conceptualidad, resulta coherente, pero que viene a entorpecer, de forma harto considerable, el tratamiento administrativo de la cuestión analizada.

*ae)* Variantes de la misma en función de la calidad residencial de los intervinientes en la compraventa inversora

*aaa)* Ideas generales.—El estudio de las alternativas liberalizadas de la clase de «crédito» que estamos viendo, concedido por el vendedor al comprador, en función de la meritada calidad de los partícipes en la compraventa inversora con precio aplazado sólo puede tener como pertinente punto de referencia, debate y entronque gnoseológico el que atina a la supradicha calidad territorial del vendedor, toda vez que el comprador, por exigencias conectadas con la normativa básica reguladora de las inversiones extranjeras, debe ser siempre un no residente (real o metafórico, atribuyéndose a tal calificativo el sentido que le dimos en el capítulo VII del volumen I de este tomo), condición personal a la que debe agregarse —como anteriormente adjunimos—, para la consiguiente entrada en juego de la congruente liberalización programada por la Resolución de la DGTE

de 30 de julio de 1975 para los aplazamientos solutorios objeto de este discurso (y ello en cualquiera de sus variantes) la calidad de persona física, *status* al que también aludimos en el epígrafe anterior.

Ello supuesto, tengo que decir que el desglose especulativo de las posibilidades aplazatorias liberalizadas a las que estamos haciendo expresa mención sólo puede venir en función del carácter de residente o no del vendedor (bien se trate de una persona física o jurídica, disyuntiva ontológica implícitamente unificada a tales efectos por la disposición a la que estamos aludiendo), bien sea la residencia acreditada por las personas físicas vendedoras real o metafórica, asumiendo esta última condición aquel transmitente que ostentando la condición actual de no residente adquirió en su día el bien inmueble que ahora transmite durante su anterior condición de residente. Veamos ambas posibilidades y el posible matiz a aportar a su supradicha liberación.

*aab)* Venta inversora inmobiliaria con precio aplazado en la que participe como transmitente un vendedor no residente.—Cuando la venta que estamos considerando hallase articulada entre un vendedor no residente (real o metafórico), entonces aflora en este ámbito una situación de homogeneidad territorial desde el punto de vista subjetivo, ya que tanto el vendedor concedente del crédito (materializado en el aplazamiento solutorio convenido) como el comprador, beneficiario de tal facilidad solvencial, son convergentemente no residentes en el momento de la venta. Siendo ello así, se plantea el problema de determinar si tal homogeneidad influye en alguna medida en el sentido liberalizador propugnado por la Resolución que estamos debatiendo, cuestión que se entrecruza con la relativa a cual sea la diferencia de trato normativo que pueda subrayarse al efecto según que tal compraventa cristalice negocialmente en España o foráneamente.

Es evidente que cuando la aludida compraventa se instrumenta foráneamente con arreglo a la clásica *paremia locus regit actum*, el ordenamiento español sobre Control de Cambios poco tiene que decir acerca de las concretas condiciones de concertabilidad que se proyecten sobre la solvencia de la misma, aseveración que resulta incontestable en base al criterio formal de que tal ordenamiento siempre acredita, como punto de irrupción fáctico-jurídico, una relación establecida o a establecer entre residentes y no residentes y no entre residentes y residentes o, antónimamente, entre no residentes y no residentes (cual es el caso), *ex*, artículo I LRJCC. Siendo ello así, en esta hipótesis de compraventa inversora con precio aplazado convenida entre un vendedor no residente con un comprador no residente y materializada —desde el punto de vista documental— en el extranjero con arreglo a la antes dicha regla, los aplazamientos de pago que puedan estipularse en el pertinente proceso instrumentalizador quedan totalmente al margen de la preceptividad doméstica sobre el

Control de Cambios y la Resolución de 30 de julio de 1975, hallándose íntegramente sujetos a la preceptividad indígena del país a cuyo círculo de soberanía normativa pertenezcan los nos residentes vendedores y compradores, cuestión que es absolutamente independiente de la que se refiere a las condiciones de libertad o restricción de la adquisición por parte del no residente de la titularidad dominical «españolizada» de que se trate (y cuya toma en consideración parte de la viabilidad de la misma).

En aquel supuesto en que la supradicha venta se acomode a las pautas de instrumentalización pública española, entonces es cuando se plantea la cuestión antes aludida, es decir, la de si los aplazamientos convenidos por los intervinientes en la misma se hallan o no pertinentemente liberalizados, cuestión que, a mi juicio, sólo admite una respuesta positiva, y ello por las siguientes razones: 1.<sup>a</sup> porque el hecho de que la compraventa inversora se materialice documentalmenente en España (o fuera de ella, pero con arreglo a sus normas formo-documentales) con la consecuente comparecencia en el instrumento público de rigor del vendedor no residente y el comprador asimismo no residente no altera la condición de convergencia administrativa territorial en la que ambas partes interesadas se encuentran, situación de absoluta equipolencia subjetiva en cuanto a la indicada calidad burocrática residencial de las mismas que hurta su negociabilidad al efecto a los esquemas normativos propiciados por la legislación del Control de Cambios español; 2.<sup>a</sup> porque al dispensar la Resolución de 30 de julio de 1975 la hipótesis negocial que estamos considerando de la exigencia de la autorización previa que desde coordenadas de generalidad impone el supradicho artículo 3.1.7 del Real Decreto 2402/1980, únicamente alude a la calidad de persona física no residente que debe concurrir en el comprador, omitiendo cualquier referencia en tal sentido respecto del vendedor, actitud omisiva que debe entenderse congruentemente como legítimamente de la actuación del mismo en el sentido tenido en cuenta por la supradicha Resolución con absoluta independencia de su condición de residente o de no residente, y 3.<sup>a</sup> aun en la hipótesis de que se admitiera la más que dudosa viabilidad jurídica de una ubicación territorial residencial internizada del vendedor no residente, dada su conexión con el territorio español en función de su titularidad dominical sobre el inmueble transmitido (efectivamente ubicado en España), o del hecho de que comparece en un instrumento público español (*status* residencial internizado que resultaría totalmente atípico y sustraído a las derivas de burocratización que lideran toda esta materia), se trataría, en definitiva, de un aplazamiento solutorio paccionado entre un vendedor (oficialmente no residente), aunque fácticamente residente, y un comprador también oficialmente no residente, situación, en suma, perfectamente encuadrable en los vectores de liberalización preordenados por la Resolución que estamos evidenciando.

En base a todas las consideraciones que acabamos de espigar, es obvio que la liberalización propugnada por la Resolución objeto de nuestro actual discurso resulta aplicable en cualquier caso sea cual fuere el posicionamiento residencial del vendedor con respecto al territorio español (vendedor que puede ser —y como ya apuntamos— una persona física nacional o extranjera, una persona jurídica española o una comunidad de bienes, pero no una sucursal o establecimiento de una sociedad extranjera o persona física no residente, dada su falta de subjetivación).

Como colofón de lo dicho tengo que poner de relieve que en ocasiones los aplazamientos de pago del precio inicialmente convenidos (puramente o a plazo) provienen no de una decisión volitiva consensuada de las partes intervinientes en la compraventa de que se trate, coetánea a su instrumentación, sino de un acto posterior de las mismas de índole convencional o de una imposición judicial (aparte de los supuestos excepcionales de aplazamientos de pago provocados unilateralmente por el comprador con finalidades garantistas de sus intereses y cuya legitimidad resulta de diversos artículos del Código Civil, que relaciono ulteriormente en el curso del ensayo que inserto en el capítulo siguiente), eventos aplazatorios resultantes de la pertinente concordabilidad de las partes o de la congruente decisionabilidad judicial atendida —desde el punto de vista sustantivo— a lo prescrito en el artículo 1.124 del Código Civil, supuestos aplazatorios, los primeros, autorizados siempre que resulten insertables en la óptica normativa alumbrada por la disposición que estamos evidenciando y de obligado cumplimiento; los segundos, en virtud de la irresistibilidad característica de las resoluciones judiciales.

*aac)* Venta inversora inmobiliaria con precio aplazado en la que participe como transmitente un vendedor residente.—Esta hipótesis, que presupone un aplazamiento concedido por un residente (real o metafórico) a un no residente (comprador del inmueble en cuestión) encaja perfectamente tanto en la órbita de irradiación descrita en clave de parábola restrictiva por el artículo 3.1.7 del Real Decreto 2402/1980, con respecto a las situaciones crediticias a instrumentar entre residente y no residente, cual es el caso, como en la delineada con trazo convincentemente liberalizador por la Resolución de la DGTE de 30 de julio de 1975 (objeto del especial discurso jurídico plasmado en estas páginas), órbita, esa última, que atina de modo pleno —aunque implícitamente— a la hipótesis que estamos ahora describiendo, hipótesis que por la propia naturaleza de las cosas ha sido (y lo continúa siendo) la de más frecuente presencia en las áreas que estamos escrutando y que dada su nítida construcción y consecuente entreñamiento ontológico, afectante por igual a las personas jurídicas y a las físicas, sean éstas nacionales o extranjeras, no plantea la más mínima dosis de problematicidad, ni siquiera aquella de textura tan leve

como la emergente de la hipótesis antes considerada y de la que ya nos ocupamos en el apartado anterior.

## 2. ESQUEMA GARANTISTA EN ESTE AMBITO

### A) INTRODUCCIÓN

Vamos a analizar la cuestión que da título a este epígrafe desde perspectivas de máxima especialización, teniendo en cuenta que el tratamiento analítico amplio y polivalente de la misma acaecerá en el tomo siguiente, cuando acometamos en él la exégesis del artículo 15 del RIE, indicativo del régimen a seguir con las «otras formas de inversión», es decir, con las no especialmente tipificadas en los artículos precedentes y que son las que, o hemos desbrozado ya, o estamos en trance de hacerlo en este mismo volumen.

Siendo ello así, vamos a confinar rigurosamente nuestra labor expositiva al efecto al estudio de las garantías prestables en este ámbito por residentes y no residentes respecto a la obligación de pagar el precio aplazado a cargo de un no residente (el inversor extranjero inmobiliario de que se trate) frente a un operador jurídico, residente o no (el vendedor del inmueble transmitido), estudio que vamos a diversificar a base de un tratamiento especulativo de las aludidas posibilidades garantistas oportunamente desglosadas en las dos grandes categorías en las que todas ellas pueden encajar: las personales y las hipotecarias, díptico negocial eventualmente instrumentable que vamos a analizar distinguiendo la condición territorial del prestador de la garantía de que se trate, así como la del acreedor cuyo crédito queda especialmente reforzado con tal prestación (el vendedor —residente o no— del inmueble en cuestión) y ello siempre partiendo de la premisa de que el deudor garantizado (el comprador) debe revestir siempre —por imperativo institucional— la condición de no residente.

#### a) *Régimen de las garantías personales (fianzas o avales)*

##### aa) Caso de fiador o avalista residente

En esta hipótesis debemos distinguir —siempre partiendo del supradicho dato de que la posición no residencial del deudor afianzado (el comprador que asume la obligación de pagar el precio aplazado) es inamovible— un doble supuesto en atención a cual sea la concreta posición territorial del acreedor garantizado (el vendedor del inmueble materializado

de la inversión extranjera en cuestión), posición que puede ser la de residente o no residente. Veamos ambos supuestos por separado:

*aaa)* Caso de acreedor garantizado no residente.—Tal supuesto —que presupone la prestación de una garantía por parte de un residente (el fiador o avalista) en cuanto a la deuda asumida por un no residente (la de pagar el precio aplazado por parte del comprador inmobiliario inversor extranjero) respecto a un acreedor también no residente (el vendedor inmobiliario en cuestión)— implica una situación de homogeneidad personal territorial de los protagonistas negociales absolutos de la compraventa inmobiliaria inversora base —es decir el vendedor y el comprador— que no determina como corolario la pertinente sustracción de la garantía que estamos viendo de los esquemas normativos aportados por la legislación doméstica sobre el Control de Cambios (sustracción atenable al *dictum* competencial del artículo 1 de la LRJCC) en base al dato de que tal situación no se reproduce entre el acreedor afianzado (el vendedor no residente) y el prestador de la garantía (el fiador o avalista residente) y siendo ello así, es decir, encontrándose los involucrados en la supradicha relación accesoria de garantía en una situación de absoluta divergencia territorial, su congruente encaje en las normas limitativas del Control de Cambios español es evidente. encaje que determina la sujeción de la posibilidad garantista presentemente circunstanciada a los corsés operatorios debidamente proveídos por el Real Decreto 2402/1980, cuyo artículo 3.1.8 impone para el supuesto visto la previa obtención de la correspondiente autorización administrativa, régimen limitativo que no aparece mínimamente mitigado por la ulterior Orden de 23 de enero de 1981.

*aab)* Caso de acreedor garantizado residente.—Al igual que lo que acontece con la eventualidad inquirida *ut supra*, la que motiva este subepígrafe, ingresa también con absoluta normalidad dentro del marco genérico de restricción diseñado por el supracitado artículo 3.1.8 del Real Decreto 2402/1980, ordinamentalidad de ejecución de la LRJCC que impone para tal hipótesis garantista —como imprescindible condicionante de su validez— la previa consecución de una autorización administrativa habilitante, credencial cuya exigencia para la eventualidad que estamos considerando resultaba solamente obvia en el supuesto —de perfiles ciertamente muy cutres y delimitados— previsto por el artículo 1.2 de la Orden de 23 de enero de 1981, texto que inscrito en la órbita de intermediación reglamentaria de la supradicha LRJCC y del también antes citado Real Decreto 2402/1980, liberalizó las hipotéticas garantías prestables por residente respecto a las obligaciones asumidas por no residentes frente a otros residentes siempre que los aludidos no residentes garantizados fuesen titulares de alguna de las antiguas cuentas de ahorro del emigrante, cate-

goría contable-financiera que creada por el Decreto 3259/1970, de 29 de octubre, y ulteriormente regidas en su concreta operatividad por el 1222/1977, de 13 de mayo, fueron ulteriormente desarboladas por el Real Decreto 1723/1985, de 28 de agosto, texto que simplificó considerablemente el esquema financiero del sector exterior refundiendo la categoría a la que nos estamos refiriendo —junto con otras— en las actuales cuentas extranjeras de pesetas convertibles, refundición que provocó consecuentemente el fenecimiento definitivo —a partir del 1 de enero de 1986— de la meritada entidad contable, obliteración que determinó, asimismo, que incluso el cicatero impulso liberalizador aportado al contexto garantista que estamos desbrozando por la Orden de 21 de enero de 1981 quedare absolutamente desfasado, peripecia normativa de hondo calado que escoró todo el bloque de eventuales garantías otorgables por residentes respecto de las obligaciones asumidas por no residentes frente a residentes hacia el inicial capítulo de restricción debidamente aportado por el precitado artículo 3.1.8 del Real Decreto 2402/1980, acontecimiento, por lo demás, tópicamente congruente con los planteamientos normativos globales a los que se atiene en su labor de jurisdicción especializada la preceptiva sobre Control de Cambios, teniendo en cuenta que la entrada en juego solutorio del tipo de garantías contempladas trueca, en definitiva, una entrada real de divisas procedentes del cumplimiento de la obligación principal contraída (y reforzada) por un pago sustitutivo en pesetas, hecho repudiable en principio para la íntima *ratio* de tales planteamientos, en cuanto lógicamente impeditivo de una transferencia hacia el territorio nacional de las siempre necesarias divisas (sustituida, en definitiva, por el surgimiento de un crédito cifrado en las mismas en favor del residente garante que pagó en pesetas, solución ciertamente jurídica, aunque no totalmente satisfactoria para la filosofía esencialmente pragmática que inspira la supradicha parcela jurídica del Control de Cambios).

De todos modos, los iniciales paramentos de restricción vigentes en este ámbito fueron estimablemente lenificados —si bien no de forma total— por la Resolución de la DGTE de 16 de febrero de 1989 (texto al que aludiremos con más dosis de copiosidad argumentativa en el volumen I del tomo 2 de esta obra cuando profundicemos sobre el régimen jurídico general vigente en el ámbito del Control de Cambios sobre prestación de garantías), bloque normativo de índole reglamentaria que dando adecuada respuesta ejecutiva a la Orden programática de 16 de febrero del mismo año patrocinó en su artículo 1.1, *b*), la liberalización de las garantías que estamos viendo siempre que las mismas se refirieran a obligaciones asumidas por no residentes como consecuencia de «transacciones comerciales o prestaciones de servicios en las que participe un residente (como acreedor), liberalizadas o autorizadas con carácter general».

Tras la exposición de todos estos antecedentes normativos, y siguiendo con el hurgamiento epistemológico de la concreta peripecia garantista que nos ocupa —la prestable por un residente en garantía del cumplimiento de la obligación del pago de precio aplazado contraída por un no residente (frente a un residente) en la hipótesis prevista por la Resolución de 30 de julio de 1975—, tengo que poner de manifiesto que su eventual liberalización —en base a la calendada Resolución de 16 de febrero de 1989— dependería, en suma, de que la compraventa inversora a la que se refiere la supracitada disposición pudiera encuadrarse sin forzamiento dentro del concepto genérico «transacciones comerciales», ya que si así fuese, la garantía objeto de nuestra actual preocupación exegetica debería incidir —en principio— en el círculo de liberalización programado por la misma.

En términos generales —y dados los congruos perfiles de genericidad, versatilidad y polivalencia que encierra la aludida expresión «transacciones comerciales»—, no creo que existan obstáculos insalvables de porte sindérico para el aludido encaje, pero una interpretación coherente y armónica de la Resolución de 30 de julio de 1975 y de las derivas normativas generales vigentes en el ámbito del Control de Cambios nos llevaría, de forma fluidamente deslizante, por demás, a una solución contraria —la de no entender liberalizada tal categoría garantista precisamente por su imposibilidad institucional—, solución que vendría de la mano de la consideración de que el fiador (o avalista) residente en realidad se encuentra garantizando una obligación que presentemente no puede en modo alguno cumplir: la de pagar el precio aplazado con «aportación dineraria exterior», aportación inejecutable para el mismo dada su condición de residente (objección no obstante teóricamente orillable a base de argumentar que la disponibilidad o no de tal «aportación dineraria exterior» deberá valorarse justo en el momento del impago de la obligación garantizada, y que en este preciso *tempus* solutorio el residente garantizador puede haber advenido a la burocrática condición de no residente, y con ella a la tenencia legítima de fondos exteriores con los que pagar la deuda asumida por el comprador no residente de inmuebles sitos en España bajo las coordinadas operativas delineadas por la citada Resolución de la DGTE de 30 de julio de 1975).

Entiendo que tal objeción al criterio impeditivo de la prestación del tipo de garantía a la que estamos haciendo alusión, pese a revestir ciertas dosis de inmanente coherencia, asentaría, en suma, su potencial vigor legitimante sobre un terreno sumamente movedizo e inseguro, toda vez que la efectividad de la supradicha garantía quedaría, en definitiva, condicionada a que el prestatario de la misma, actualmente residente deviniese ulteriormente no residente, trueque hipotético de aposentamiento territorial que de no producirse provocaría su subsiguiente quiebra irremisible.

Por ello estimo que debe propiciarse una interpretación restrictiva de la expresión «transacciones comerciales» a la que atenaza su sentido liberalizador la Resolución dicha *ut supra* de 16 de febrero de 1989 y consecuentemente entender que las garantías del tipo de las que estamos viendo prestables por residentes en las compraventas de bienes inmuebles ubicados en España efectivizadas por parte de personas físicas no residentes con precio aplazado necesariamente abonable con aportación dineraria exterior quedan al margen del círculo de liberalización aportado por la supra-dicha Resolución de 16 de febrero de 1989. Siendo ello así, la vertebración de las mismas sólo sería lícitamente viable previa expresa autorización administrativa de la DGTE, órgano competente para su discernimiento en virtud de las reglas competenciales arbitradas por el artículo 23 del vigente RIE.

*ab)* Caso de fiador o avalista no residente

Al igual que en la tesitura negocial antes descrita diferenciar en ésta una doble hipótesis, en atención a la situación territorial que mantenga con respecto a nuestro país el acreedor afianzado (el vendedor del inmueble con precio aplazado), situación que puede ser la de residente o la de no residente, alternativa que se conjuga —tal como hemos expuesto hasta la saciedad en estas páginas— con la condición de no residente que ineluctablemente debe acompañar al deudor garantizado (el comprador del inmueble en cuestión oportunamente parabolizador de la inversión extranjera de que se trate):

*aaa)* Caso de acreedor garantizado no residente.—Esta hipótesis, teniendo en cuenta la situación de absoluta convergencia territorial que mantiene no sólo los implicados en la relación subyacente (tanto el vendedor como el comprador son simultáneamente no residentes en el momento de la instrumentación de la venta correspondiente), sino también el prestador y el beneficiario de la garantía (fiador y avalista son asimismo no residente) queda totalmente al margen de los apremios limitantes de nuestra normativa sobre el Control de Cambios, preceptiva que requiere para su congruente entrada en juego una situación de divergencia territorial de los intervinientes en la negociabilidad sometida a sus pronunciamientos, *ex* artículo 1 de la LRJCC.

*aab)* Caso de acreedor garantizado residente.—Tal supuesto, perfectamente encuadrable en la indicada normativa en función de la situación de disfunción territorial que adorna a sus partícipes (fiador no residente, acreedor garantizado residente), *ex* artículos 1 y 2, *b)*, de la LRJCC, no se

halla por el contrario sometida a las directrices ordinamentales de restricción del artículo 3.1.8 del Real Decreto 2402, que no lo incluye entre los casos sometidos a su particular apremio condicionante (concretamente a la habilitación burocrática previa que tal precepto impone), exclusión que resulta inconcusa de la literalidad de su texto, según el cual: «Requieren previa autorización: ... 8. El otorgamiento de garantías por no residentes respecto de obligaciones de residentes y por residentes respecto de obligaciones entre no residentes o entre residentes y no residentes)», y por ello entendemos que la misma se halla plenamente liberalizada, conclusión, por lo demás, absolutamente simétrica con las bisectrices de inserción de las paredes maestras del Control de Cambios en cuanto constitutivas de un riguroso sistema normativo protectoral de los intangibles intereses monetarios españoles, intereses que, en la peripecia garantista que nos ocupa, no hacen, sino, experimentar un evidente engrosamiento cualitativo derivado del hecho de que por la cantidad debida y aplazada —y que debe ser inexcusablemente satisfecha con la correspondiente aportación dineraria exterior— en vez de hacer acto de presencia una sola responsabilidad genérica individual —la que, derivada automáticamente de la asunción de deuda por el obligado principal, le afecta en exclusividad al mismo, es decir, al comprador no residente— existen dos, la de éste, y la sobrelapada, subsidiaria y potencial, del fiador (o avalista) asimismo no residente, situación que viene a maximizar, en suma, la solvabilidad del crédito garantizado titularizado por un residente (el vendedor) y con ello, y en definitiva, los intereses financieros nacionales.

## b) *Régimen de las garantías hipotecarias*

### aa) Introducción

Como antes dijimos, va a quedar al margen de mis actuales alegatos —y reconducido a un inmediato *tempus* expositivo ulterior— el análisis de la eventual hipoteca que pudiese constituir el comprador no residente sobre el inmueble adquirido en garantía del crédito cifrado en pesetas que para el pago del mismo se le conceda eventualmente en las entidades crediticias a las que alude la Resolución de la DGTE de 30 de julio de 1975, empiria garantista que queda por completo al margen del capítulo de posibilidades diseñado por la normativa sobre Control de Cambios a la que estamos haciendo alusión y que resulta más bien insertable en el estudio de las virtualidades dispositivas que sobre inmuebles de su propiedad ubicados en España son activables por titulares no residentes.

Ello aducido, tengo que poner asimismo de relieve que el capítulo de

garantías hipotecarias que vamos a considerar es desglosable en un doble bloque de posibilidades en atención a cual sea la concreta estructura de la relación hipotecaria que se constituya, distinguiéndose al efecto la que tenga exclusivamente como protagonistas a los que asimismo lo sean de la relación crediticia base —es decir, de la obligación de pago del precio aplazado— y la que, por el contrario, adopte una fisonomía más compleja al entrar en juego un constituyente de la garantía ajeno a tal relación, cual es el caso de hipoteca por deuda de otro, posibilidades cuyo desentrañamiento interpretativo vamos a efectuar por separado.

Por otra parte, no puede perderse de vista en el tratamiento especulativo de esta cuestión las considerables dosis de especialidad que presenta la figura que estamos observando (y que, por otra parte, será puesta de relieve en el tomo siguiente cuando abordemos el análisis del artículo 15 del RIE), especialidad detectable tanto en el diseño de los requisitos de su concreta articulación (requirente de una capacidad y legitimación dispositiva plena por parte del constituyente) como del hecho de ser la misma determinante de la adquisición por parte del acreedor hipotecario de que se trate de un derecho real, adquisición entroncada por otra parte con su singular funcionalidad como garantista (excepcionalidad a la que luego aludiremos de forma más precisa).

*ab)* Hipoteca constituida por el propio comprador no residente en garantía de la obligación de pagar el precio aplazado que le atañe

*aaa)* Ideas generales.—Tal modalidad hipotecaria, presuponiendo, en definitiva, de un acto de gravamen dimanante de un no residente y afectante a un inmueble ubicado fácticamente en España, puede desglosarse en una dual alternativa según que el bien hipotecado lo sea el propio adquirido determinante de la inversión extranjera pertinente de que se trate u otro cuya titularidad corresponda al hipotecante (deudor del precio aplazado), supuestos que para nuestro peculiar especulo interpretativo pueden refundirse en uno sólo, ya que ambos casos confluyen, en su íntima *hybris*, dos importantes vertientes: la relativa al estricto derecho privado y la que enlaza la cuestión con el Control de Cambios. Por lo tocante a la primera, es evidente que la no residencial institucional del hipotecante no tiene por qué desarbolar las posibilidades dispositivas ostentadas por él mismo, posibilidades integrantes, en suma, del arsenal operativo que tal derecho concede a cualquier titular dominical, sea o no español, resida o no en España. De todos modos, tampoco puede desconocerse la influencia que ejerce al respecto la preceptividad directamente conectada con el aludido Control de Cambios y que por lo que atañe al

supuesto que estamos considerando se escinde en una doble dirección: la que atina a la exigencia o no de algún tipo de autorización legitimante para el ejercicio de tales facultades dispositivas y la que impacta en el aspecto garantista que tal constitución hipotecaria materializa. Por lo tocante a la primera de las posibilidades de influencia, es de constatar que si bien la LRJCC, en su artículo 2.º, *a*), dispuso que: «A estos efectos, y mediante la reglamentación de Control de Cambios, podrá (el Gobierno) prohibir, someter a autorización previa, verificación o declaración y, en general, a cualquier tipo de control administrativo: los actos de adquisición y DISPOSICION realizados por un residente, sobre bienes o derechos poseídos en el extranjero y los mismos actos, referentes a bienes o derechos poseídos en España, cuando el adquirente o DISPONENTE sea un no residente», con posterioridad ninguna norma de tipología gubernamental abordó el tratamiento limitante de las hipotéticas aptitudes dispositivas de los no residentes sobre los bienes a los que atina el precepto que acabamos de transcribir, por lo que debe considerarse que su ejercicio no sufre ningún tipo de traba derivado de la aludida —y no nata— reglamentación (traba que de existir —y esta es otra vertiente a considerar— plantearía serias dudas sobre su constitucionalidad). Consecuencia de lo dicho es que los no residentes —inversores extranjeros adquirentes en este caso de inmuebles ubicados en el territorio nacional— pueden libremente constituir todas las hipotecas que estimen oportunas sobre bienes de su propiedad sitos en España, bien postreramente a su adquisición dominical o bien concomitantemente con la misma (hipótesis en la que legítimamente puede enmarcarse sin dificultad alguna la eventualidad que estamos examinando), siempre naturalmente que el acto constitutivo de la deuda asumida e hipotecariamente garantizada resulte regularmente articulado.

Por lo tocante a la segunda de las supradichas razones de influencia, tengo que poner de relieve que la hipoteca corporeiza, *per se*, una eventualidad garantista, y como tal puede hallarse sometida a los corsés operativos que desde las áreas del Control de Cambios rigen su instrumentación, especialmente los consignados en el supracitado artículo 3.1.8 del Real Decreto 2402/1980, influencia posible que a continuación vamos a tratar de explicitar al distinguir los distintos casos que al respecto pueden plantarse, y su conexión con la supradicha disposición (y otras) y ello partiendo de la absoluta irrelevancia — a los efectos del indicado Control de Cambios— de que se hipoteque un inmueble ajeno a la compraventa inversora subyacente o que lo sea el que haya sido especial objeto de la misma, supuesto, perfectamente admisible según las premisas generales operativas en la materia (admisión expresamente recogida además por el artículo 11 de la Ley Hipotecaria, al decir éste que: «La expresión del aplazamiento del pago, conforme al artículo anterior, no surtirá efectos en perjuicio de

tercero, a menos que se garantice aquél con hipoteca ...»), mención especial concesiva que no viene, sino, a corroborar una posibilidad cuyos vectores de legítima articulación aparecen del propio modo suficientemente cubiertos por las supradichas premisas generales sobre la materia.

Remato el entramado de estas elementales reflexiones propedéuticas sobre el particular —estrictamente referidas hasta ahora al posible ejercicio de las facultades dispositivas consumable por el titular no residente del inmueble a hipotecar—, agregando un conjunto de observaciones sobre las aptitudes del acreedor hipotecario para aceptar las garantías de tal tipo que se le ofrezcan en este ámbito y también sobre el posible encaje de las supradichas constituciones hipotecarias, en cuanto manifestaciones garantistas, en el seno de las normas del Control de Cambios operativas en tal sector, observaciones cuyo legítimo aparejamiento exige distinguir la siguiente dual posibilidad.

*aab)* Supuesto en el que la calendada hipoteca garantiza el cobro del precio aplazado titularizado por un vendedor residente.—En tal caso, la eventualidad que estamos ahora abordando no presenta problema alguno en cuanto a su legítima constitutividad, ni por lo que atañe a su posible consideración como determinante de una adquisición de un derecho real, ni por lo que se refiere a su admisible entendimiento como una concreta categoría garantista. Por lo que concierne al alcance de la primera de las aseveraciones integrantes de la reflexión permisiva aludida *ut supra*, es de hacer constar que tal adquisición —la de la hipoteca por parte del acreedor hipotecario residente (vendedor del inmueble materializador de la inversión extranjera con precio aplazado)— debe discurrir por los canales normales de adquiribilidad totalmente sustraídos a cualquier tipo de condicionamiento impuesto por la legislación de Control de Cambios, no encontrándose incluida tal empírica negocial dentro del rol de factibles supuestos sujetos al pertinente tamiz administrativo por parte del artículo 3 del Real Decreto 2402/1980.

Por lo que se refiere al carácter que tal adquisición acredita de manifestación garantista, hemos de partir de la base, dado el tenor literal del artículo 3.1.8 del Real Decreto 2402/1980 («Requieren previa autorización las siguientes operaciones: Uno. ... 8. El otorgamiento de garantías por no residentes respecto de obligaciones de residentes y por residentes respecto de obligaciones entre no residentes o entre residentes y no residentes») de que la misma no resulta incluíble en su círculo de irradiación normativa y siendo ello así la hipótesis que estamos viendo, en realidad, garantía prestada por un no residente (el hipotecante) en garantía de una obligación asimismo asumida por un no residente (el mismo hipotecante en cuanto adquirente del inmueble hipotecado no íntegramente pagado) queda hurtada al rigor de tal disposición por lo que la eventualidad negocial que

estamos debatiendo debe considerarse de absoluta y ejecutiva potencial articulación por las partes involucradas en la compraventa inversora inmobiliaria de que se trate (siempre, naturalmente, que ésta resulte regularmente conformada).

En vista de ello, y teniendo en cuenta lo anteriormente aducido acerca de la libertad en que deben enmarcarse las posibilidades constitutivas hipotecarias de los no residentes sobre los inmuebles de su propiedad, es evidente que la tesitura que estamos evidenciando en estas líneas resulta de libérrima conformación por los involucrados como partes en la aludida compraventa inmobiliaria inversora a la que nos estamos refiriendo.

*aac)* Supuesto en el que la calendada hipoteca garantiza el cobro del precio aplazado titularizado por un vendedor no residente.—Todo lo anteriormente dicho resulta perfectamente reproducible ahora en cuanto ello atine a las capacidades constitutivas y aceptatorias del gravamen al que venimos haciendo alusión. Por otra parte, la eventualidad estudiada bajo este apartado, considerada bajo su prisma de categoría garantista, se halla sustraída a la soberanía desplegada por la legislación sobre el Control de Cambios, y ello por la sencilla razón de que la misma no alcanza competencialmente a aquella negociabilidad del tipo que sea que pueda desarrollarse entre dos no residentes (cual es el caso), negociabilidad que dada la situación de absoluta homogeneidad territorial de todos los implicados en ella queda totalmente al margen de los pronunciamientos suministrados por dicha legislación, *ex* artículo 1 de la LRJCC, resultando, por ello, liberalizada.

*ac)* Hipoteca constituida por un tercero ajeno a la compraventa inversora inmobiliaria de donde surge la obligación de pagar el precio garantizado

*aaa)* Ideas generales.—En la eventualidad hipotecaria a la que alude este epígrafe, en la que el constituyente del gravamen en cuestión es ajeno a la deuda garantizada, la relación vertebrada al efecto se superpone a la obligacional, resultando el entramado jurídico pertinentemente conformado bastante más complejo y denso que el equivalente al del supuesto que acabamos de relacionar —supuesto en el que los intervinientes en la relación crediticia subyacente (la compraventa inmobiliaria inversora) de donde procede el crédito a garantizar (el pago del precio aplazado) son los mismos que los partícipes en la supradicha relación hipotecaria)—, al intervenir forzosamente en él tres operadores jurídicos totalmente autónomos: el hipotecante (no interviniente en la relación crediticia base), el acreedor hipotecario (vendedor del inmueble de que se trate con precio

aplazado) y el deudor garantizado (comprador del aludido inmueble, obligado a la satisfacción del precio convenido).

A partir de tal arborificado diseño subjetivo, nos es dable distinguir, al igual que hicimos cuando enfocamos analíticamente las posibilidades hipotecarias antes reseñadas, dos distintas categorías operacionales en función de la calidad residencial del constituyente de la garantía, o sea, del hipotecante por deuda ajena, calidad que puede ser la de residente o la de no residente. Veámosla por separado.

*aab)* Hipotecante no deudor en este contexto, no residente.—Respecto a esta eventualidad —y arrancando del alcance epistemológico de todo el bloque de reflexiones que anteriormente explayamos sobre las potencialidades que acredita el no residente para hipotecar los bienes raíces ubicados en España cuyo dominio ostente y las de los no residentes para titularizar el gravamen correlativo, así como del conjunto de reflexiones que antes delineamos sobre la situación homónima garantista de carácter personal—, tengo que poner de manifiesto que la misma resulta legítimamente instrumentable en una duplice dirección, según que el acreedor garantizado (el vendedor del inmueble en cuestión) sea un residente o todo lo contrario. En la segunda de las alternativas dichas, el tema queda al margen de la legislación del Control de Cambios español por todas las razones anteriormente debatidas, resultando absolutamente liberalizada la constitución hipotecaria que la misma corporeice.

En la primera de las posibilidades relacionadas, es decir, la que atine al supuesto de que tal constitución tenga como destinatario a un residente, entonces su inserción (que es incontestable) dentro de las cuadernas normativas básicas del Control de Cambios acontece en función de la clave de liberalización a la que con anterioridad aludimos y que es la que lidera el régimen de prestación de garantías por un no residente (en este caso el hipotecante no deudor) en refuerzo de una obligación asumida por otro no residente (el comprador inversor extranjero inmobiliario) respecto a un acreedor residente (el vendedor del inmueble en cuestión revestido de tal condición territorial), liberalización que viene de la mano de la no inclusión del supuesto considerando en la taxativa relación de casos sometidos a la autorización prevista en el artículo 3.1.8 del Real Decreto 2402/1980 (antes transcrito).

Por otro lado, también es conveniente reseñar que, dada la condición no residencial del hipotecante, éste puede disponer legítimamente de los correspondientes fondos integrantes de la denominada por la Resolución que nos ocupa «aportación dineraria exterior», disponibilidad que puede ser importante en base al dato de que el presunto pago que en su caso pueda efectuar el dueño de la finca gravada en el supuesto de desencadenamiento de la acción hipotecaria (pago que viene a enervar el ejercicio de

la misma) puede materializarse con la supradicha aportación dineraria exterior, materialización devenida legítima dada la aludida condición no residencial del *solvens* (dueño de los bienes hipotecados), hecho que determina —y ello con independencia de las posibles acciones que puedan entrecruzarse entre el aludido *solvens* y el comprador inversor extranjero no residente que no pagó— el que la inversión inmobiliaria liberalizada en virtud de las directrices aportadas por la pluricitada Resolución de 30 de julio de 1975 encaje perfectamente en la más rigurosa legalidad al darse acabado cumplimiento a la exigencia contenida en el apartado cuarto, 1, de la mentada disposición, requirente de que el pago del precio pertinentemente aplazado se consume mediante la correspondiente ineludible y pluricitada aportación dineraria exterior, aportación convertida en realidad aunque por persona distinta del primitivo deudor, hecho que resulta indiferente tanto a los efectos del pago tenido en cuenta en su vertiente de categoría jurídica civil, *ex* artículo 1.157 del Código Civil, como considerado desde las especiales panorámicas del Control de Cambios.

*aac*) Hipotecante no deudor en este contexto, residente.—Bajo este apartado podemos distinguir asimismo toda suerte de hipótesis garantistas que ya tuvimos en cuenta cuando nos referimos a los supuestos de afianzamientos y avales prestables por residentes. Así, nos es dable diferenciar —partiendo de la inamovible condición no residencial que debe asumir el deudor reforzado (el comprador inversor extranjero)— según que la hipoteca se constituya en favor de un acreedor (vendedor del inmueble en cuestión) residente o no. Veamos ambas posibles tesituras por separado:

1) Hipoteca constituida en favor de un no residente.—Partiendo de todos los planteamientos especulativos anteriormente explayados sobre la potencialidad de tales no residentes para aceptar titularidades hipotecarias «españolizadas», tengo que poner de relieve que desde el punto de vista de la enfilada garantista que la empiria negocial que estamos viendo materializada, la situación que da título a este apartado presupone una garantía prestada por un residente respecto a una deuda asumida por un no residente (consistente en el pago del precio aplazado de que se trate) en favor de otro no residente (el vendedor del inmueble en cuestión), hipótesis que por implicar una relación entablada entre dos operadores jurídicos de distinta condición residencial es encuadrable perfectamente dentro del dintorno limitativo dibujado por el artículo 3.1.8 del Real Decreto 2402/1980, y por ello sometido al régimen impositor de la especial autorización administrativa que tal precepto delinea, exigencia que no ha sido mitigada en absoluto por la ulterior Orden de 23 de enero de 1981.

2) Hipoteca constituida en favor de un residente.—En esta hipótesis, que presupone el establecimiento de la oportuna relación hipotecaria entre

dos residentes, ni siquiera se plantea el problema al que antes hemos hecho alusión acerca de las condiciones en que debe desenvolverse la hipotecabilidad a la que la misma se refiere, cuestión que no presenta matiz alguno de conflictividad, dado que tanto el constituyente del gravamen como el que deviene concomitantemente titular del mismo presentan una idéntica condición territorial (la de residentes), calidad cuya convergencia en ambas partes implica además la sustracción de la situación creada del estrecho marco en que se desenvuelve la negociabilidad conecada con el Control de Cambios, *ex* artículo 1 de la LRJCC, hurtamiento acompañado de la plena liberación conformativa de la hipótesis considerada.

Por contrapartida, en esta hipótesis se suscita la cuestión de si el residente puede intervenir en una situación de garantía cuya depurada efectividad solutoria resultaría difícil de instrumentar teniendo en cuenta el carácter de especial monetización que acredita la obligación principal garantizada (consistente en la oportuna aportación dineraria exterior), monetización de índole excepcional a la que normalmente no tiene acceso el prestador de la garantía por su carácter de residente, aspecto que ya ha sido especialmente debatido al tratar del tema correlativo al ahora suscitado, planteado como consecuencia de las garantías personales que en este orden de cosas fueren prestables por los residentes.

Al respecto tengo que puntualizar que teniendo en cuenta que la asunción de la especial responsabilidad hipotecaria (que únicamente obliga a «un dejar hacer» a efectos de que por los Organos jurisdiccionales competentes se obtenga, en su caso, el valor en cambio de la cosa gravada para pagar con su importe al acreedor hipotecario —preferente frente a otros potenciales—) no engendra para el dueño de los bienes hipotecados obligación solutoria alguna respecto al supradicho acreedor hipotecario —en este caso al residente vendedor de la cosa al no residente—, es obvio que las consideraciones que adujimos al respecto sobre la imposibilidad de que los residentes garanticen personalmente la deuda a la que nos estamos refiriendo no son en modo alguno aplicables a la eventualidad garantista que da título a este subepígrafe, toda vez que el residente hipotecante no se halla compelido —como dijimos— a realizar ningún tipo de entrega solvencial de aportación dineraria exterior. Siendo ello así, la posibilidad de que el aludido residente garantice hipotecariamente la obligación aplazada asumida por el comprador no residente frente al vendedor residente —que se halla fuera de toda discusión, examinando la cuestión desde ópticas aportadas por el Derecho privado (considerando tal hipoteca como una concreta manifestación de las facultades gravatorias integradas institucionalmente en el correspondiente haz de potencialidades dispositivas ofrecidas por el aludido Derecho privado a todo titular dominical sea cual

fuere su residencia y nacionalidad tal como apuntamos con anterioridad)—, desde el punto de vista del Control de Cambios, y, en particular, de la legislación reguladora de la inversión extranjera, presenta no obstante una fisonomía especial, toda vez que su ejecución —y consiguiente pago al acreedor residente y vendedor del inmueble— no provoca la consecuente regularización de una situación evidentemente noxológica, situación en la que se habrá incurrido previamente al no haberse hecho el pago al supradicho vendedor del inmueble en cuestión con la aportación dineraria exterior a la que se refiere la supracitada Resolución de 30 de julio de 1975 (tema que será debatido en otros pasajes de esta obra cuando realicemos la exégesis de la disposición final primera [«De conformidad con lo establecido en los párrafos tercero y cuarto del artículo 6.º del título preliminar del Código Civil, serán nulos de pleno derecho los actos contrarios a este Reglamento y los realizados en fraude del mismo (disposición final primera de la Ley de Inversiones Extranjeras» del vigente RIE)], sino con la cantidad cifrada en pesetas comunes provenientes de la ejecución hipotecaria que afecte al bien propiedad del titular residente hipotecante por deuda ajena.

En cualquier caso, y con ello concluyo el debate sobre la hipótesis que da título a este apartado, en la misma no puede acaecer, sin la previa autorización de la DGTE, el pago subrogatorio que en los supuestos normales está al alcance de cualquier dueño de bienes hipotecados una vez han sido requeridos de pago o bien con anterioridad o coetáneamente al acto de la subasta, imposibilidad que deviene del hecho ya apuntado de que tal dueño carece —en su calidad de residente— de acceso legítimo a la supradicha aportación dineraria exterior, cantidad foraneizada cuya insatisfacción es, en suma, la motivante del ejercicio de la acción hipotecaria.

### 3. SUPUESTOS DE TRUEQUE EN LA TITULARIDAD DOMINICAL (LIBRE O GRAVADA) DEL INMUEBLE ADQUIRIDO CON PRECIO APLAZADO ESPECIALMENTE AUTORIZADO O DE CONFORMIDAD CON LA RESOLUCION DE LA DGTE DE 30 DE JULIO DE 1975

#### A) IDEAS GENERALES

Se ha de partir de la base de que la supradicha disposición únicamente se refiere a las cuestiones cuya regulación efectúa desde los estrictos apremios de la normativa impactante en la fenomenología de la inversión extranjera y del Control de Cambios, sin pretender —ni mucho menos—

incidir normativamente en las mismas desde perspectivas de globalidad. Siendo ello así, tanto en la hipótesis de aplazamientos liberalizados como en la de los especialmente autorizados, hay que acudir a los veneros normativos básicos y generales a fin de poder trazar el régimen jurídico disciplinante de las posibles modificaciones subjetivas que puedan afectar a la titularidad del inmueble adquirido bajo las premisas parcialmente proveídas por la supradicha disposición, veneros por cuyos surcos discurren todos aquellos pronunciamientos normativos contenidos en el Código Civil y la Ley Hipotecaria que sean aplicables al caso, resultando de los mismos el dato de que el comprador no residente, pese al aplazamiento —especialmente autorizado o genéricamente liberalizado— consignado en la escritura materializadora de su adquisición, ha devenido titular dominical del mismo modo pleno, disponiendo por ello, de todo el conjunto de potencialidades jurídicas que le son ofertadas por nuestro ordenamiento común, posibilidades que por lo que nos concierne peculiarmente hacen referencia al hecho de poder provocar lícitamente tanto la enajenación, como la hipoteca, y de haber acaecido previamente la constitución de ésta, la ulterior enajenación de la finca hipotecada. Veamos brevemente tales posibilidades.

#### B) SUPUESTO DE ENAJENACIÓN DE LA FINCA ADQUIRIDA LIBRE DE HIPOTECAS

En tal caso, nos es dable distinguir según que el aplazamiento del pago de la aportación dineraria exterior convenida se garantice con condición resolutoria o no, dualidad fundamental una de cuyas disyuntivas vamos a obviar por ser tratada específicamente un poco más tarde, limitándonos ahora a considerar la restante, es decir, la que queda plasmada en un aplazamiento solutorio puro y simple.

En tal caso, el comprador no residente, una vez acontecido el título y el modo pertinente, deviene dueño del inmueble cuyo pago se aplazó en todo o en parte de la forma prescrita por la Resolución que estamos debatiendo (o por las normas pertinentes del Control de Cambios), titularidad de la que dimana la posibilidad de su ulterior disposición efectiva por vía *inter vivos* y *mortis causa*, a título oneroso o gratuito.

Comoquiera que las primeras potencialidades transmisivas serán ulteriormente debatidas cuando analicemos en el momento oportuno —y con la profundidad necesaria— la exégesis de la disposición adicional séptima del vigente RIE [«1. Las personas enumeradas en el artículo 1.º de este Reglamento, que por sucesión testada o intestada, donación por causa de muerte o actos de naturaleza análoga, adquieran la titularidad de alguna

de las inversiones previstas en el artículo 3.º del mismo, requerirán autorización administrativa para:

- a) la transmisión de las mismas a cualquiera de las personas que enumera el artículo 1.º;
- b) la transferencia al extranjero de los beneficios y rendimientos que produzcan, y
- c) la transferencia al extranjero de los capitales así adquiridos y del importe de su enajenación.

2. Las autorizaciones referidas en el número 1 de esta disposición adicional, no serán necesarias en el caso de que el causante o transmitente reúna ya las condiciones de inversor extranjero definidas en el artículo 1.º de este Reglamento, y la inversión se hubiera efectuado de acuerdo con lo previsto en el número 1.1 del artículo 2.º (disposición adicional cuarta de la Ley de Inversiones Extranjeras)], vamos a ocuparnos exclusivamente de las segundas, y ello arrancando siempre de un enfoque netamente civil, prescindiendo por lo tanto de si la operación transmisiva intentada requiere o no autorización administrativa (o queda sometida a cualquier otro tipo de control), cuestión que será tratada debidamente cuando efectuamos la glosa del artículo 15 del supradicho RIE.

### C) REPERCUSIÓN EN LA VENTA ULTERIOR DEL APLAZAMIENTO DEL PAGO DEL PRECIO CUANDO EL MISMO NO ES PUESTO EN CONDICIÓN NI APARECE GARANTIZADO CON UNA HIPOTECA RECAYENTE SOBRE EL MISMO INMUEBLE TRANSMITIDO

En tal caso, tanto si la compraventa ha sido debidamente inscrita en el Registro de la Propiedad como si no, el adquirente del inmueble en cuestión —inversor extranjero o no— debe quedar totalmente inmune frente a cualquier tipo de letalidad resolutoria derivada del incumplimiento de tal obligación, cuestión que por lo que atañe a la titularidad dominical inscrita por el no residente plantea el problema de determinar cuál deba ser el alcance jurídico de la expresión tabular de tal aplazamiento, expresión registral que se impone en los libros del Registro por expresa disposición de la normativa que disciplina su llevanza. Así, es de tener en cuenta que el artículo 10 de la Ley Hipotecaria señala que en «la inscripción de los contratos en que haya mediado precio o entrega en metálico, se hará constar el que resulte del título, así como la forma en que se hubiere hecho o convenido el pago», criterio de minuciosa requisitabilidad tabular que no es, sino, la traducción hipotecaria de aquellos preceptos del Código Civil que vienen a liderar la presencia del precio en las compraventas

como uno de los elementos institucionalmente constitutivos de su concreta medulación negocial, *ex* artículo 1.445 y siguientes del Código Civil.

En realidad, lo que se traslada al Registro, a efectos de su consiguiente visibilización libraria, es la concreta obligación de pagar el precio, obligación que debe quedar enmarcada tabularmente en sus justos términos de concepción, y ello tanto en cuanto al delimitado parámetro modal satisfactivo como respecto a aquel que atina a su singular *tempus* de exigibilidad. Ello quiere decir que en los libros registrales deberá hacerse una expresa referencia no sólo al tiempo convenido de exigencia de la obligación (o al pago confesado o concomitante materializado), sino también a la suma de dinero en que se encarna el mismo, o bien a aquellos títulos valores que cumplan la correspondiente tarea solutoria (cheques, letras de cambio, pagarés a la orden) con funcionalidad sustitutiva del propio dinero, debiendo asimismo tenerse en cuenta en el tratamiento especulativo de esta cuestión que en la hipótesis de compraventa inversora que estamos debatiendo, la aludida obligación de pagar el precio aplazado asumida por el comprador no residente deberá cifrarse —y tabularse en consecuencia— precisamente en la aportación dineraria exterior especialmente tenida en cuenta (bien aparezca ésta representada por pesetas convertibles o bien directamente por divisas).

Por otra parte, y siguiendo con el delineamiento registral de la cuestión, es subrayable el hecho de la aplicabilidad al caso que nos ocupa de las normas comunes que vienen a instrumentar la constancia libraria de las entregas sucesivas (o de la total) de la parte (o de la integridad) del precio aplazado, normas que aparecen representadas por la preceptividad resultante del artículo 58 del Reglamento Hipotecario, precepto que será transcrito literalmente cuando hagamos una referencia (lo que tendrá lugar en el capítulo siguiente) a la presunta condición resolutoria en que puede convertirse el eventual impago del precio convenido.

En cualquier caso, entiendo que lo más importante y singular de la constancia tabular del aplazamiento inscrito, ínsito en la órbita normativa aportada por la Resolución de la DGTE de 30 de julio de 1975, es que la extensión de la nota marginal indicativa del cumplimiento de la obligación incorporada al mismo sólo podrá acontecer cuando del documento que se presente para su toma de razón (notarial o judicial) resulte que el pago que quedó pendiente se ha hecho con aportación dineraria exterior (y de la forma prescrita por la Resolución de la DGTE de 28 de abril de 1982), resultando tal exigencia del preciso —e imperativo— *dictum* contenido al efecto en el apartado 1 de la Instrucción número 4 de la supradicha Resolución de 30 de julio de 1975, disposición que viene a condicionar la practicidad del esquema liberalizador programado por la misma a que el precio legítimamente aplazado (en su integridad o en parte) se satisfaga en

su día con la meritada aportación dineraria exterior, siendo a tales efectos conveniente, como recordatorio de la legalidad vigente en la materia, que si de la escritura de compraventa autorizada no resultase suficientemente explícita esta exigencia, el Registrador inscribiente la resalte en el cuerpo del asiento y en la nota expresiva del despacho al pie del título.

Ello dicho, y partiendo de tales planteamientos, tengo que puntualizar que sea cual fuese la trascendencia de la registración de la compraventa inversora en cuanto coadyuvante al control de la legalidad en el ámbito del sector exterior (y de la inversión extranjera), lo que resulta indudable es que los esquemas hipotecarios normales no resultan mínimamente alterados como consecuencia de tal labor de control. Con ello quiero decir que el alcance de la expresión tabular del aplazamiento del pago al que venimos haciendo alusión corre la misma suerte que cualquier otro (y a la que alude el art. 11 de la Ley Hipotecaria al señalar que: «La expresión del aplazamiento del pago del precio, conforme al artículo anterior, no surtirá efectos en perjuicio de tercero...»), criterio que desde vertientes operatorias netamente tabulares resulta corroborado por el artículo 51.7.1.<sup>a</sup> del Reglamento Hipotecario que, en cuanto a lo que nos concierne, apunta que: «En ningún caso se indicarán... los aplazamientos de precio no asegurados especialmente»).

Ello supone, y sintetizo mucho la cuestión, toda vez que un estudio en profundidad de esta temática extravaría considerablemente nuestros delimitados objetivos expositivos, que el subadquirente de la finca objeto de la compraventa inversora queda al margen cuando lo sea a título oneroso y de buena fe (siendo más discutible cuando lo fuese a título gratuito) de cualquier resultado jurisdiccionalmente resolutorio que por el impago del precio aplazado haya obtenido el primitivo vendedor, y que por vía consecencial pudiere afectarle, y ello aun cuando la expresión del aplazamiento hubiere resultado debidamente registrada de la forma a la que acabamos de hacer alusión, todo ello sin perjuicio de las consecuencias civiles y penales que desde el punto de vista del Control de Cambios pudieren recaer, previa la instrucción del correspondiente procedimiento sancionador de tipo administrativo o penal, sobre el primitivo comprador no residente, consecuencias que en modo alguno podrán afectar al subadquirente oneroso que haya procedido de buena fe, operador jurídico que podrá resistir lícitamente cualquier pretensión resolutoria que hipóticamente le tenga como destinatario de ulterior grado.

A modo de colofón del tratamiento de esta problemática, tengo que poner asimismo de relieve que en la hipótesis que estamos contemplando, el prístino comprador no residente, que con ulterioridad transmite onerosamente su titularidad, en realidad lo que está efectuando es una liquidación de la misma, encajable en todas las coordenadas de requisitabilidad

y contraste exigidas por las normas de Control de Cambios que lideran esta materia y que ahora no nos interesan, aunque a fin de aportar una imprescindible visión de conjunto sobre el particular, tengo que poner de relieve que el aludido comprador no residente que venda con ulterioridad el inmueble previamente adquirido y no íntegramente pagado, no podrá transferir nada al exterior, sino que el precio percibido del ulterior comprador deberá quedar en España a efectos de la ulterior depuración de sus responsabilidades civiles y administrativas en las que hubiera podido incurrir, debiendo inscribirse en la misma línea preventiva y cautelar el pronunciamiento normativo resultante de la Instrucción 7 de la Resolución que nos ocupa cuando condiciona la eventual transferibilidad de las cantidades que en concepto de renta hubiere podido percibir el comprador no residente del inmueble al hecho de que el precio de adquisición se encuentre totalmente pagado.

D) SUPUESTO DE ENAJENACIÓN DEL INMUEBLE ADQUIRIDO  
CUANDO EL MISMO HA SIDO PREVIAMENTE HIPOTECADO  
POR SU TITULAR COMPRADOR NO RESIDENTE

Partimos de la base de que tal titular, dueño con plenas facultades dispositivas, puede constituir los gravámenes hipotecarios sobre el inmueble de su propiedad que estime oportuno, y ello aun cuando su precio no se halle íntegramente satisfecho, gravámenes que teleológicamente pueden orientarse en una triple dirección: como garantía del precio aplazado (en cuyo caso el acreedor hipotecario es el vendedor de dicho inmueble), en garantía de cualquier otro crédito no relacionado con la compraventa que él consumó y, en última instancia, en garantía de la cantidad que una determinada entidad crediticia le prestó en pesetas de conformidad con lo prescrito en la Instrucción quinta de la pluricitada Resolución de 30 de julio de 1975, hipótesis que será objeto de análisis singularizado un poco más tarde.

Centrado así el tema en la observación de las dos posibilidades primeiramente reseñadas, tengo que evidenciar que la hipótesis materializada en la constitución de una hipoteca por una deuda propia o ajena del comprador no residente (que no sea, siendo propia, la mantenida con el vendedor del inmueble hipotecado) no plantea especial complejidad por lo que vamos a prescindir de entrar en su detalle (actitud extensiva tanto al proceso constitutivo como al transmisivo afectante a dicho inmueble), aunque no quiero dejar de lado esta eventualidad jurídica sin poner de manifiesto que al igual que acontece con las ulteriores transferencias dominicales que pudiere impulsar el comprador no residente, en la constitu-

tiva que estamos resaltando, la expresión del aplazamiento del pago del precio consistente en la plurimeritada aportación dineraria exterior no afecta en modo alguno a la estabilidad de la hipoteca constituida por el comprador no residente (salvo, claro está, que sea esta segunda o que tal aplazamiento se haya garantizado con la supraindicada presunta condición resolutoria expresa).

Dicho ello, vamos a pasar al estudio de la última de las posibilidades hipotecarias circunstanciadas, es decir, aquella que garantiza el crédito que sobre el inmueble vendido con precio aplazado titulariza el vendedor, hipoteca de cuya posibilidad —en cuanto concreta manifestación garantista— considerada desde vertientes normativas conectadas con el Control de Cambios nos ocupamos con anterioridad.

Siendo ello así, sólo cabe que nos refiramos a la eventual ulterior enajenación de dicho inmueble por parte del comprador no residente mientras no hubiese satisfecho íntegramente el precio que quedó pendiente, supuesto que únicamente vamos a considerar (ya que cualquier otro caso no presenta singularidad alguna a reseñar) cuando el comprador de tal inmueble pretenda asumir la deuda pendiente que mantenía su vendedor con el primitivo *tradens*, eventualidad normativamente cubierta —desde perspectivas de máxima generalidad— por el artículo 118 de la Ley Hipotecaria al decir que:

«En caso de venta de finca hipotecada, si el vendedor y el comprador hubieren pactado que el segundo se subrogará no sólo en las responsabilidades derivadas de la hipoteca, sino también en la obligación personal con ella garantizada, quedará el primero desligado de dicha obligación, si el acreedor prestare su consentimiento expreso o tácito. Si no se hubiere pactado la transmisión de la obligación garantizada, pero el comprador hubiere descontado su importe del precio de la venta, o la hubiere retenido y al vencimiento de la obligación fuere ésta satisfecha por el deudor que vendió la finca, quedará subrogado éste en el lugar del acreedor hasta tanto que por el comprador se le reintegre el total importe retenido o descontado.»

En virtud de este artículo —cuya influencia extravasa considerablemente el reducido círculo hipotecario al incidir de modo pleno —y no de forma mercurial— en el ámbito constructivo de una eventual teoría general sobre la asunción de las obligaciones en su consideración pasiva (figura de perfiles poco nítidos y cuya afloración puede tener no sólo un origen convencional, cual es el caso previsto por el artículo transcrito, sino también judicial y en ocasiones legal)—, el comprador de una finca hipotecada puede asumir la obligación de pagar el precio pendiente que afectaba a su vendedor bajo una dicrónica modalidad: la plena o liberatoria y la puramente satisfactiva. En la primera de las alternativas dichas, que requiere

el consentimiento expreso o tácito al efecto del acreedor cedido, el vendedor —deudor inicial y pristino hipotecante— queda íntegramente desvinculado de la obligación pasivamente transmitida, cosa que no acontece en la segunda de las modalidades asuntivas dichas, bien se articule instrumentalmente ésta bajo la forma de descuento o bien bajo la de retención, ocupándose asimismo el precepto que acabamos de transcribir de fijar las consecuencias subrogatorias esenciales que se derivan del incumplimiento de la asunción puramente satisfactiva reseñada, consecuencias materializadas, a fin de evitar una evidente situación de enriquecimiento injusto, en la subrogación pertinente del vendedor que transmitió la finca de que se trate, y que con ulterioridad satisfizo la porción del precio pendiente cuyo importe fue solutoriamente retenido por el comprador o descontado del que se convino por la ulterior venta, en la titularidad crediticia garantizada con la hipoteca vigente sobre la finca objeto de la operación que estamos describiendo, subrogación cuya concreta cobertura registral se recoge en los artículos 230 y 231 del Reglamento Hipotecario.

Sumariamente descrito este proceso, y ya en específica atinencia a la problemática enlazada con nuestra preocupación especulativa al respecto —conectada con el análisis de esta cuestión a la luz del sistema tutelante del Control de Cambios—, tengo que poner de relieve que el fenómeno asuntivo que acabamos de considerar, cuando el mismo se proyecte sobre una finca hipotecada en garantía del precio aplazado consistente en la aportación dineraria exterior a la que alude la Resolución de 30 de julio de 1975 (o en garantía de cualquier otro aplazamiento autorizado en el sector de la inversión extranjera inmobiliaria), sólo es de posible instrumentación, sin una aquiescencia previa y discrecional de la DGTE, cuando el ulterior comprador del inmueble de que se trate sea asimismo un no residente, calidad territorial que se impone por obvias razones de Control de Cambios y cuya exigencia deviene lógica si tenemos en cuenta que los residentes no tienen acceso normal a la tenencia de la supradicha aportación dineraria exterior, componente crematístico de presencia inexcusable en estas áreas.

Así pues, el proceso asuntivo diseñado por el artículo 118 de la Ley Hipotecaria, cuando el mismo tenga por objeto una finca hipotecada en garantía del aludido precio aplazado, permite su desglose según cual sea la calidad residencial del asuntor —pleno o satisfactivo— de la deuda, siendo de libre articulación cuando el referenciado comprador asumente de dicha obligación sea asimismo un comprador no residente (requiera o no su adquisición ser sometida al trámite de la previa verificación prevista por el artículo 12 del RIE, cuestión distinta a la que ahora es objeto de nuestra atención interpretativa) y requiriendo autorización específica de la DGTE cuando el hipotético asumente (y ello en cualquiera de las variantes

funcionales dichas) sea un residente, exigencia demandada ante la imposibilidad de que el referido comprador acredite lícitamente la titularidad de los fondos monetarios externalizados imprescindibles para el pago de la obligación asumida.

#### 4. HIPOTESIS ESPECIAL EN LA QUE LAS CANTIDADES APLAZADAS QUEDAN INCORPORADAS A LAS CORRESPONDIENTES LETRAS DE CAMBIO

Partiendo de la base de que según las normas civiles básicas, el precio convenido en la compraventa puede cifrarse en «dinero o signo que lo represente», artículo 1.445 del Código Civil, es evidente que el correspondiente aplazadamente pactado en la compraventa inmobiliaria inversora que nos ocupa podía (y puede) ser instrumentado bajo tal modalidad solutoria no dineraria, atendida por lo demás a los efectos previstos en el artículo 1.170.2 de dicho Código Civil («La entrega de pagarés a la orden o letras de cambio u otros documentos mercantiles, sólo producirán los efectos del pago cuando hubiesen sido realizados, o cuando por culpa del acreedor se hubieren perjudicado»).

Siguiendo por esta misma línea argumental, hemos de poner de relieve que desde el ángulo normativo del Control de Cambios, la modalidad solutoria reseñada resulta perfectamente de recibo, habiendo merecido incluso el refrendo expreso por parte de la Resolución que estamos evidenciando que arranca en su tarea jurisdicente de la legitimidad de su operatoria al decir en los apartados 3 y 4 de su Instrucción cuarta que:

«3. En caso de que el precio aplazado se formalice mediante la emisión de letras de cambio, éstas deberán domiciliarse en una entidad bancaria delegada con cargo a una cuenta extranjera para pagos en España (Cuentas A) o cuenta extranjera en pesetas convertibles (Cuentas B).

4. Se autoriza, con carácter general, el descuento de los efectos a que se refiere el párrafo anterior y la concesión de créditos en pesetas a los residentes, a cuenta de los cobros pendientes, en los casos de aplazamiento de pago previstos en el apartado 1.»

Así pues, al igual que en las compraventas «comunes» fue (y es) factible el que el precio diferido quedase representado por letras de cambio, posibilidad que suscitó en innumeradas ocasiones una densa problemática dado el carácter prioritariamente abstracto de las cambiales que en su vigor ejecutivo quedan netamente desconectadas del contrato basal (el de la compraventa) con incontestable deterioro del caudal defensivo al que

podiere acceder el comprador, operador jurídico que no podrá alegar lógicamente ninguna de las excepciones causales que fueren justificativas de un aplazamiento (legítimo, pero no inicialmente convenido) del precio debido de presente —activado por el mismo— como consecuente y lícita medida de presión para que el vendedor subsane incumplimientos contractuales propios a él sólo imputables.

En todo caso, conviene tener presente que la problematicidad mencionada experimenta una evidente agravación cuando el correspondiente derecho de crédito del vendedor se garantice condicionando resolutoria-mente —tema que veremos con detalle en el capítulo ulterior— la estabilidad contractual del negocio jurídico motivante de la titularidad dominical o posesoria transmitida al inversor extranjero a que se produzca (o no) el hecho antijurídico del incumplimiento del pago del precio, ya que en tal peripecia —inserta en la más acendrada noxología negocial— debe diferenciarse nítidamente cuál es la porción cuantitativa del total importe a pagar en virtud de la cambial librada oportunamente, que es la netamente representativa de su *quantum* estricto (sustrayendo de los consabidos efectos resolutorios contractuales que en su caso deban producirse, los incumplimientos solutorios que a afecten a aquellos importes englobados en los totales incluidos en las cambiales libradas al efecto, comprensivos tanto de gastos asumidos e impuestos repercutidos en su caso como de los eventuales intereses convenidos, intereses que, en puridad, no son constituyentes de la entidad jurídica «precio»).

En cualquier caso, el Notario interviniente en la formalización de la inversión extranjera de que se trate debe —en el ejercicio de sus previas e inexcusables funciones controladoras— depurar la regularidad de las pretensiones deducidas al efecto por los vendedores a fin de que no se instrumenten fedatariamente con su legítima intervención competencial situaciones de profunda injusticia en este ámbito, hecho que acaecería de considerarse como «precio» —tal como hemos apuntado— cantidades dinerarias que no acreditan tal calidad (intereses, impuestos repercutidos), cantidades que una vez debidamente refundidas y trasladadas a la categoría jurídico-financiera de la «letra de cambio» han de ser inexcusablemente pagadas por el comprador a fin de evitar la consecuente —y arrasadora— rigurosidad ejecutiva de la acción cambiaria. Asimismo, el Registrador inscribiente de la escritura de venta invasora, en sus indeclinables funciones calificadoras, debe propiciar en la inscripción, cuando el impago se condicione resolutoria-mente en virtud de lo establecido al efecto por el artículo 11 de la Ley Hipotecaria, un desmenuzamiento singularizador de los importes incluidos en la correspondiente cambial, a fin de impedir que a través de la resolución registral que pueda instar el vendedor en el supuesto del impago de la letra de cambio representativa del precio, prosperen

pretensiones de retransmisión dominical que poco o nada tienen que ver con el elemento medular justificativo de tal resolución, al intentarse la misma no por el impago del aludido precio, sino del que concierna singularmente a las cantidades a él irregularmente adheridas (intereses, gastos e impuestos). Todo ello obliga a una muy acendrada labor de depuración registral de las escrituras formalizadoras de inversiones extranjeras materializadas en adquisiciones inmobiliarias cuando el precio interviniente en la articulación de las mismas se hallase representado por letras de cambio, pero en todo caso, la indiscutible y congénita dificultad de la tarea no exonera a ningún Registrador de la Propiedad de la carga de efectuarla, carga cuya legitimidad operativa, y por lo concerniente al supuesto concreto que estamos comentando, fue contundentemente corroborada por la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 16 de septiembre de 1987, Resolución (sobre la que volveremos en el capítulo siguiente) en la que se debatió la posibilidad de considerar como «precio» determinadas cantidades repercutidas por el concepto de tráfico de empresas, cantidades que la sociedad vendedora de un inmueble había previamente satisfecho a Hacienda por su gestión mercantil en el tráfico de bienes raíces, y que previamente diluidas en las sumas propiamente indicativas del precio convenido fueron incorporadas a las pertinentes letras de cambio oportunamente aceptadas por el comprador.

Tras las oportunas alegaciones de los intervinientes en el recurso planteado, procedentes tanto del Registrador calificador como del Notario autorizante de la escritura (que se recurrió a efectos estrictamente doctrinales), la Dirección General de los Registros y del Notariado, tras confirmar el auto apelado del Presidente de la Audiencia que coincidió en sus apreciaciones con las dimanantes del Registrador calificador, sostuvo veredictivamente la no consideración como precio de la suma debida por el comprador por la repercusión pactada por el impuesto de tráfico de empresas, no accediendo a la pretensión exteriorizada en la escritura sometida a calificación de que tales cantidades repercutidas figurasen en la condición resolutoria cuyo evento técnicamente condicionante era el hipotético incumplimiento de la obligación del pago del precio, precio cuya depuración tabular exigía sustraer del mismo las cantidades repercutidas por el anterior concepto dicho.

Ello expuesto, y a fin de concluir lo más adecuadamente posible con la puesta de manifiesto de estas ideas generales cuya vertencia —en apretada síntesis— resulta imprescindible para la actual e inicial comprensión de lo que el capítulo siguiente aduciremos con mayor rigor, tengo que señalar que por expresa imposición del apartado 4 de la Resolución de 30 de julio de 1975 (tal como vimos) —y por la acrisolada coherencia sistemática con el resto del ordenamiento en materia de inversiones extranjeras—, cuando

se concertase por las partes involucradas un diferimiento del pago del precio estipulado (que en todo caso debía figurar en los partes que oportunamente se remitían (y remiten) al Registro de Inversiones Extranjeras) devenía (y deviene) requisitalmente imprescindible el que los plazos que resultaren ulteriormente abonados fuesen (y sean) correspondientemente satisfechos con la congruente aportación dineraria exterior, y que en caso de que el aludido aplazamiento se instrumentase (o instrumente) mediante la emisión de las oportunas letras de cambio, éstas debían domiciliarse de modo imprescindible en una entidad bancaria delegada con cargo precisamente a una cuenta extranjera para pagos en España (Cuentas A) o cuentas extranjeras en pesetas convertibles (Cuentas B), *ex* regla 3, apartado 4, de la Resolución supracitada (en la actualidad, y tal como ampliamente apuntamos en los comentarios que formulamos respecto al artículo 2.º del RIE, la dúplice posibilidad contable supraaludida ha devenido absoleta al ser sustituida la misma por una nueva alternativa financiera en virtud de lo establecido por el Real Decreto 1723/1985, norma ampliamente elucidada en los supraindicados comentarios al artículo 2.º a los que nos referimos).

En cualquier caso, conviene tener en cuenta que la aludida domiciliación (que puede tener como destinataria o bien una cuenta de las integradas en la nueva categoría de cuentas extranjeras de pesetas convertibles instaurada por el Real Decreto supradicho o bien una de las cuentas en divisas a las que alude la también citada Circular 7/1987 del Banco de España) debe ser coetánea con el otorgamiento de la escritura que se autorice al efecto y resultar indubitada de la misma, coetaneidad escrituraria impuesta por el carácter de absoluto presupuesto contemporáneo condicionante que tal domiciliación acreditada para la puesta en marcha de la liberalización diseñada por la Resolución que estamos viendo, debiéndose asimismo constarse tal extremo en los libros del Registro como antecedente imprescindible para que en su día pueda provocarse la extensión de la nota marginal a la que alude el artículo 58 del Reglamento Hipotecario, asiento que tiene como finalidad fundamental reflejar tabularmente los pagos sucesivos (o el único) con aportación dineraria exterior que a cuenta del total precio aplazado vayan teniendo (o tenga) lugar.

Por otra parte, también hemos de puntualizar que en línea con las directrices procedentes del anteriormente vigente conjunto normativo disciplinante de las inversiones extranjeras (la LIE y RIE de 1974), la regla 2 del apartado 4 de la Resolución que analizamos se encargó de consignar una puntual referencia al número 4 de la Resolución de la DGTE de 25 de enero de 1975 (referencia que con posterioridad debió ser entendida como hecha a la de 28 de abril de 1982, que derogó el aludido número 4 de al supracitada Resolución en cuanto a la forma de acreditar

la existencia y foraneidad del metálico con que se pagó la inversión de que se tratase, tema que nosotros hemos debatido con suficiente amplitud expositiva en los comentarios que hicimos al artículo 4 del RIE).

En último término, y retomando analíticamente la problemática que suscitó el pago aplazado instrumentado con letras de cambio, sólo me queda añadir ahora, como colofón de estas apresuradas consideraciones generales, que las cambiales libradas representativas del precio aplazado eran perfectamente negociables, autorizándose expresamente, como una concreta modalidad de la hipotética utilización financiera de las letras de cambio emitidas, el descuento de las mismas, resultando tal permisión —concebida con visos de convicente generalidad e incondicionalidad— de la regla cuarta, del apartado 4, de la Resolución determinante de estos comentarios, a cuyo tenor. «Se autoriza con carácter general el descuento de los efectos a que se refiere el párrafo anterior y la concesión de créditos en pesetas a los residentes, a cuenta de los cobros pendientes, en los casos de aplazamiento del pago previsto en el apartado 1».

Al respecto, tengo que señalar que la figura de descuento —en sus distintas modalidades bancarias— no nos interesa en este momento peculiarmente, siendo ahora únicamente reseñable el hecho de que las letras de cambio en las que figurase como librado aceptante el inversor extranjero no presentaba especificidad alguna en cuanto a su factible utilización como instrumento de garantía, siendo el aludido descuento [contrato por el cual el Banco, previa deducción del interés convenido, anticipa al cliente (descontante) el importe de un crédito frente a un tercero, todavía no vencido, mediante la cesión, salvo buen fin, del crédito mismo, artículo 1.858 del Código Civil italiano] uno de los medios más intensivamente empleado a efectos de anticipaciones solutorias y que permitía al vendedor del inmueble transmitido con finalidades inversoras obtener de forma inmediata el *quantum* económico pendiente de ejecución de la operación convenida, provocando tal operación la cesión del crédito al Banco interviniente, a quien, en su caso, debía pagar, en cuanto nuevo tomador, el inversor extranjero librado, llegado el vencimiento de la cambial transmitida objeto del descuento consumado, pago, por supuesto, cifrable en la pertinente aportación dineraria exterior a la que alude la Resolución pluriarticulada de la DGTE de 30 de julio de 1975

## 5. HIPOTESIS ESPECIAL EN LA QUE EL COMPRADOR NO RESIDENTE PAGA DE CONTADO EL INMUEBLE ADQUIRIDO MEDIANTE LA UTILIZACION SOLUTORIA A TALES EFECTOS DEL CAPITAL CIFRADO EN PESETAS COMUNES OBTENIDO A TRAVES DE LA CONCESION DE UN CREDITO POR PARTE DE UN RESIDENTE

### A) IDEAS GENERALES

La posibilidad de que el aludido comprador acuda al crédito interior cifrado en pesetas a fin de financiar las eventuales adquisiciones que al efecto pueda consumir de los correspondientes bienes raíces ubicados en España queda fuera de toda duda, tanto si la misma es analizada desde la óptica del Derecho civil puro, como si es sometida a debate posibilista a la luz del Control de Cambios, normativa que, por otra parte, deberá ser tenida especialmente en cuenta por lo atañente a las condiciones en que tales operaciones crediticias deben desarrollarse a fin de lograr su perfecto ensamblaje con la legalidad y que nosotros tendremos ocasión de reseñar cuando recojamos en el tomo siguiente —al efectuar la glosa del artículo 15 del RIE—, lo más señero de las peculiaridades operativas en este contexto.

Ello quiere decir que únicamente vamos a hacer referencia en este preciso *tempus* expositivo a aquellas posibilidades crediticias liberalizadas que aparecen recogidas por la Resolución cuyo friso ordinamental constituye el objeto prioritario de nuestra preocupación exegetica actual, mosaico de potencialidades materializadas normativamente por la Instrucción quinta de la meritada disposición que se encarga de explicitar en su apartado 1, que:

«1. Se autoriza con carácter general a las personas físicas no residentes para que puedan obtener de las Instituciones de crédito oficial, Banca delegada y Cajas de Ahorro Confederadas créditos hipotecarios en pesetas con destino a la adquisición de inmuebles al amparo de lo dispuesto en el capítulo VI del Reglamento de Inversiones Extranjeras o en los números anteriores de esta Resolución, siempre que éstos créditos reúnan las siguientes condiciones:

a) Sólo podrán utilizarse para la adquisición de un inmueble de nueva construcción o, en primera transmisión, a una persona de nacionalidad española residente en España.

b) No podrán ser otorgados en condiciones más favorables que aquellas que se apliquen con carácter general a los créditos similares otorgados a favor de residentes.

c) Deberán amortizarse con alguno de los medios de aportación dineraria exterior que señala el artículo 2.1.1 del Reglamento de Inyecciones Extranjeras en España.

d) Deberán destinarse al pago del inmueble que se hipoteca.»

B) APROXIMACIÓN CONCEPTUAL A LA HIPÓTESIS PREVISTA  
EN LA INSTRUCCIÓN QUINTA DE LA RESOLUCIÓN DE LA DGTE  
DE 30 DE JULIO DE 1975

La modalidad crédito-solvencial prevista en la disposición que acabamos de transcribir, y cuya concreta *ratio* provenía de lo establecido al efecto por el artículo 20.2 del anterior RIE («con la previa autorización de la Dirección General de Transacciones Exteriores, las personas a las que se refiere el número 1 del artículo 19 de este Reglamento podrán recibir préstamos hipotecarios de entidades de crédito españolas para la adquisición de inmuebles») ofrecía metodológica y sindéricamente (y ofrece) un innegable carácter especial que la diferenciaba enérgicamente de todas las variantes crediticias y satisfactivas supraaludidas, toda vez que en la misma, el referido pago del inmueble comprado con finalidades congruentemente materializadoras de una inversión extranjera tenía lugar «efectivamente» al contado, abonándose el mismo con las pesetas comunes concedidas por un Banco delegado, Institución de crédito oficial o Caja de Ahorros Confederada, Instituciones que concomitantemente o con posterioridad a dicho pago realizado por el prestatario comprador (inversor extranjero) devenían legítimos acreedores del mismo por el concreto importe abonado, garantizándose éste con una hipoteca constituida precisamente sobre el inmueble adquirido.

C) REQUISITOS CONDICIONANTES DE LA LIBERALIZACIÓN  
DE TALES CRÉDITOS SEGÚN LA SUPRADICHA DISPOSICIÓN

A ellos alude el bloque de requisitabilidad contenido en la anteriormente mencionada Instrucción quinta, incluyéndose en el mismo los pertinentes componentes de legítima constitutividad objetivos (gravar un inmueble de nueva construcción o en primera transmisión en determinados supuestos, siempre que su adquisición resultase liberalizada en los términos diseñados por el RIE y la Resolución que estamos analizando), teleológicos (destinarse exclusivamente al pago del precio del inmueble adquirido) y funcionales (no poder ser otorgados en condiciones más favorables para el prestatario no residente que las que sean operativas en los créditos

similares concedibles a residentes), requisitos adobados por la exigencia de que el inmueble objeto de la adquisición y ulterior gravamen pertenciere a un *tradens* en quien concurriere un doble requisito: que fuere español y residente en España.

De todos estos requisitos, sólo merece que nos ocupemos de los indicados en los párrafos *b)* y *d)*, ya que los otros son tan palmariamente claros en su sentido literal que cualquier intento explicativo por nuestra parte resultaría presuntuoso por inútil. Efectuada tal precisión, me acojo al superior magisterio de NÚÑEZ LAGOS, que en su obra dicha, página 139, señala que la exigencia contenida en el apartado *b)* «queda fuera de la calificación notarial; afecta a la entidad que concede el crédito hipotecario, sujeta a la alta inspección del Banco de España. El destino de préstamo debe expresarse en la escritura de préstamo y resulta necesario que se exprese en la de compra, al reseñar la justificación de la procedencia del dinero invertido en la adquisición. Pero no es necesario sea un préstamo de los que oficialmente se destinan “al adquirente” en la nomenclatura que los contrapone a los préstamos al promotor o a la construcción».

Tras la adopción del nuevo RIE, la Confederación Española de Cajas de Ahorros formuló consulta a la DGTE acerca de las condiciones de operatividad en que debían moverse las entidades integradas en la misma en relación con los préstamos a los que estamos haciendo alusión, consulta que fue contestada por dicho Organismo el 27 de octubre de 1987 a través del escrito que inserto literalmente:

«En relación a su escrito sobre el asunto de referencia, esta Dirección General, vistos los artículos 12.3 y 23 del Real Decreto 2077/1986, de 25 de septiembre (*BOE* 7 de octubre), por el que se aprueba el Reglamento de Inversiones Extranjeras en España, le comunica los siguientes puntos:

1. La concesión de préstamos hipotecarios en divisas a no residentes para adquisición de inmuebles no viene afectada por el citado artículo 12.3 del Real Decreto 2077/1986, de 25 de septiembre, regulándose por las instrucciones de las Circulares números 5 y 6 de 1987 del Banco de España.

2. Esa entidad crediticia queda autorizada por la presente Resolución a conceder préstamos hipotecarios en pesetas a no residentes, para la adquisición de inmuebles, con las siguientes condiciones:

*a)* El prestatario deberá realizar la amortización mediante aportación dineraria exterior. En el caso de obtención de rentas por arrendamiento del inmueble adquirido, el prestatario podrá aplicar dichas rentas a la amortización del préstamo hipotecario, siempre que la cuantía del préstamo no supere el 70 por 100 del precio de compraventa del inmueble. En

todo caso, esa entidad delegada deberá exigir al interesado la documentación descrita en la Circular de esta Dirección General número 32/1985, de 8 de marzo, rúbricas números 112 y 113 (*BOE* de 13 de abril).

b) La cuantía de cada préstamo no debe superar la cifra de 50 millones de pesetas.

c) Esta autorización general no exime al prestatario de la obligación de solicitar la verificación previa que, en su caso, viniera exigida para la adquisición del inmueble, por el artículo 12.2.1 del vigente Reglamento de Inversiones Extranjeras en España.

d) Esta entidad delegada deberá observar las normas de carácter operativo que se establecen en la Instrucción 85 de la Circular 4/74 de esta Dirección General, de 20 de diciembre de 1974 (transmitida a la Banca delegada por la Circular 106 del Banco de España, de 14 de enero de 1975), actualizada, en lo que respecta a los códigos estadísticos y denominación de cuentas extranjeras.

e) Se entiende que la autorización administrativa exigida a los titulares de las inversiones extranjeras en inmuebles, por el artículo 12.3 del vigente Reglamento de Inversiones Extranjeras en España, queda subsumida en la autorización genérica concedida por la presente Resolución.

f) Esta Resolución tiene un plazo de validez de seis meses. Una vez finalizado este plazo deberán presentar una relación de los préstamos concedidos al amparo de esta autorización.»

En relación con el texto normativo transcrito, cuyo alcance preceptual ha sido sucesivamente prorrogado hasta el día de hoy por períodos de seis meses por la DGTE, y cuyo valor ordinal es más que dudoso al no haber sido publicado en el *BOE*, tengo que poner de relieve su sentido discriminatorio para las entidades de crédito destinatarias de su impulso (las Cajas de Ahorros), a las que se les limita sus facultades concesivas al respecto, imponiéndosele un techo cuantitativo de 50 millones por crédito concedido, tope que no rige para los Bancos delegados, que no han sido tomados en cuenta como hipotéticos destinatarios de su protagonismo normativo, rigiéndose en consecuencia por las coordenadas comunes de funcionalidad diseñadas por la Resolución de 30 de julio de 1975, cuya Instrucción quinta, antes transcrita, no establece tope cuantitativo alguno al respecto.

Asimismo, es de reseñar que el referenciado escrito viene a quebrar una de las características más tradicionalmente arraigadas en este entorno y que es la referente a que la amortización del préstamo concedido al no residente con las finalidades adquisitivas a las que estamos aludiendo tuviere que efectuarse exclusivamente con la pertinente aportación dineraria exterior, criterio que en dicho escrito aparece incomprensiblemente

mitigado —desde el punto de vista del Control de Cambios— al permitirse que tal amortización se efectúe en parte con fondos integrantes de las denominadas ahora cuentas extranjeras en pesetas ordinarias, siempre que los mismos tengan el origen rentario al que el supradicho escrito alude, posibilidad que ha venido a enturbiar, por otra parte, la nitidez de la mecánica cancelatoria antes descrita que requería como premisa fundamental que se acreditase registralmente que el pago del crédito hipotecario cuya garantía tuviere que extinguirse tabularmente había sido satisfecho en su integridad con la pertinente aportación dineraria exterior a la que alude la fundamental Resolución de 30 de julio de 1975, exigencia que ahora resulta absolutamente mixtificada por la ciertamente extravagante posibilidad amortizatoria ofertada por la disposición que acabamos de transcribir íntegramente.

D) SUPUESTO DE ENAJENACIÓN DE LA FINCA COMPRADA  
POR EL INVERSOR EXTRANJERO E HIPOTECADA EN LAS CONDICIONES  
PREVISTAS POR LA SUPRADICHA DISPOSICIÓN

La posibilidad que da título a este epígrafe no plantea ningún tipo de dudas en cuanto a su eventual entrada en juego, remitiéndome a todos los planteamientos especulativos generales que con anterioridad tuvimos ocasión de exponer en estas mismas páginas. Siendo ello así, únicamente vamos a hacer referencia al caso de que tal enajenación acredite los peculiares tintes subrogatorios que hipotecariamente hállanse cubiertos por el artículo 118 de la Ley Hipotecaria (precepto que asimismo quedó transcrito con anterioridad), bien acrediten tales tintes los caracteres emblemáticos de la figura de la asunción plena o de la estrictamente satisfactiva, dualidad de admisible factura perfectamente comprensible —en sus dos hipotéticas alternativas— en las derivas preceptuales resultantes de la Resolución inserta en el título de este epígrafe que se refiere al tema sometido a debate en estos momentos diciendo en el apartado 2 de su Instrucción quinta que:

«Se autoriza, con carácter general, a las personas físicas no residentes para subrogarse, en el caso de transmisión sucesiva de uno de los inmuebles a que se refiere el número anterior, en los créditos hipotecarios que los graven siempre que los mismos cumplan las condiciones especificadas en los apartados *b)*, *c)* y *d)* de dicho número 1.»

En virtud de los pronunciamientos ordinamentales consignados en la norma que acabamos de transcribir, es evidente que la viabilidad del evento subrogatorio previsto en términos generales en el artículo 118 de la

Ley Hipotecaria respecto al supuesto que estamos contemplando no presenta problemas a la luz del Control de Cambios, posibilidad no obstante reconducida por la supradicha Resolución al único caso de que el adquirente que efectivamente se subroga sea una persona física no residente, exigencia lógica teniendo en cuenta lo que con anterioridad dijimos también acerca de que si el supradicho adquirente fuese un residente, éste no podría acreditar de forma legítima la titularidad de ningún tipo de aportación dineraria exterior, categoría crematística indispensable para proceder a la regular amortización del préstamo hipotecario concedido.

Aparte de ello, para la pertinente virtualidad de la disyuntiva asuntiva suprarrelacionada resulta indispensable la concurrencia en la eventualidad a considerar de todo el bloque requisital al que alude la Instrucción quinta de la Resolución objeto de nuestra presente investigación, bloque que se exige en un integridad excepto por lo tocante al requerimiento de que la finca a hipotecar sea «un inmueble en primera transmisión», demanda que resultaría incoherente de plantearse en el supuesto que estamos considerando.

## 6. ADECUACION (O NO) DE LA NORMATIVA DOMESTICA A LA QUE HEMOS HECHO ALUSION EN ESTE CAPITULO A LA PRECEPTIVA DE LA CEE

El análisis referente al presunto acomplamiento del sistema de garantías y créditos en general diseñado por el ordenamiento español al esquema ordinalmente sobre la misma materia impuesto por la preceptiva europea acaecerá con amplitud en el tomo siguiente de esta obra cuando efectuemos el comentario del artículo 15 del RIE. Siendo ello así, vamos a limitarnos ahora a poner de relieve el presunto acomodo a las directrices de la CEE del sistema liberalizador propuesto por la Resolución de la DGTE de 30 de julio de 1975 respecto a los aplazamientos de pago del precio de la compraventa inversora que al efecto pudieren articularse, así como al posible encaje en las mismas del régimen jurídico disciplinante de los créditos que, cifrados en pesetas, pudieren conceder las entidades crediticias a las que alude la Instrucción quinta de dicha Resolución a los compradores no residentes.

En este orden de cosas, tengo que poner de relieve que en el tratamiento especulativo de esta cuestión se plantea un inicial problema de enfoque, toda vez que la figura de los supradichos aplazamientos es de difícil engarce metodológico con las categorías crediticias emblemáticamente tipificadas en la normativa comunitaria y, concretamente, en el anexo I de la Directiva de 11 de mayo de 1960 (tras las sucesivas modificaciones im-

puestas en tal anexo por el conjunto de Directivas que subsiguieron a la antes citada y que nosotros reseñamos en el capítulo I de esta obra), figuras que sólo de forma conjetural pueden referirse a los mismos, alusión en cualquier caso azarosa que puede provenir, por lo tocante a la relación contenida en la lista A del precitado anexo I, de su presunta inclusión implícita en el epígrafe del mismo genéricamente rotulado en la polisémica locución «inversiones inmobiliarias» o bien considerar el mismo englobado dentro del relativo a «concesión y reembolso de créditos relacionados con transacciones comerciales o con prestaciones de servicios en las que participe un residente», dicotomía de perfiles asimismo ampliamente evanescentes sujeta a la liberalización incondicional programada por la normativa comunitaria para los supuestos incluidos en tal lista.

En cualquier caso, es de tener en cuenta que cuando la compraventa inversora de donde resulte el aplazamiento que estamos considerando se vertebrase entre dos no residentes, entonces todo el conjunto de alegaciones que hemos vertido resultaría absolutamente improcedente, toda vez que la operación en sí quedaría sustraída en su integridad a la normativa comunitaria dada la condición de homogeneidad territorial de los sendos intervinientes en la misma.

Ello dicho, tengo que puntualizar que sea cual fuere la mejor opinión sobre la hipotética imbricación de los aplazamientos aludidos con los supuestos previstos en la normativa comunitaria, lo que resulta incontestable es que el sistema de liberalización propuesto por la Resolución de 30 de julio de 1975, en lo tocante a los compradores comunitarios residentes, se acomoda perfectamente a las pautas de juridificación dichas, acomodo que más bien supone su rebasamiento al tenerse en cuenta que tal sistema (el oportunamente delineado por la supradicha Resolución) es de ejecutividad inmediata, cosa que puede no suceder según la normativa comunitaria al ser admisible según la misma un proceso «verificador» de la tipicidad y regularidad de las operaciones efectivamente liberalizadas, trámite cuya procesalidad burocrática viene a enlentecer y complicar considerablemente la instancia seguible al efecto.

Ahora bien, tal liberalización (que se extiende por otra parte a todo tipo de aplazamientos solutorios concertados por compradores no residentes personas físicas, sean éstas comunitarias o no) no es predicable, por indubitada exigencia de la meritada Resolución, para las personas jurídicas extranjeras, sea cual fuere su concreta nacionalidad, cuando las mismas materialicen las pertinentes inversiones inmobiliarias foráneas respecto a bienes raíces ubicados en España, criterio de rigurosa restricción que exige para las mismas la obtención de la pertinente habilitación administrativa y que respecto a las personas jurídicas comunitarias relacionadas en el artículo 58 del TCCEE («las sociedades constituidas de conformidad con

la legislación de un Estado miembro y que tengan su sede estatutaria, su Administración central o su establecimiento principal en el interior de la comunidad, serán asimiladas, por aplicación de las disposiciones del presente capítulo, a las personas físicas nacionales de los Estados miembros. Por sociedades se entienden las sociedades de Derecho civil o mercantil incluso las sociedades cooperativas, y las otras personas morales de Derecho público o privado, excepción hecha de las sociedades que no persigan una finalidad lucrativa», resulta teóricamente impertinente dada la asimilación de éstas a las físicas en cuanto a la aplicación a una y otras de las normas comunitarias, reglas que en este ámbito exigirían que los aplazamientos solutorios que las mismas pudieren convenir en las compraventas inversoras en las que participasen negociablemente discurrieren por los cauces liberalizadores que acabamos de reseñar.

De todo modos, tal impertinencia no es predicable de inmediato para la Resolución que nos ocupa, en cuanto a la desaparición que la misma efectúa respecto a las personas jurídicas comunitarias en el orden de cosas que estamos viendo, toda vez que la liberación plena de los créditos ligados con transacciones comerciales —categoría jurídica en la que, como hemos dicho, resultarían incluidos los aplazamientos solutorios considerados— propugnada por el Derecho derivado comunitario procede de la Directiva del Consejo de la CEE número 566/1986, de 17 de noviembre, disposición que con la finalidad de paliar en la medida de lo posible los indeseados efectos que tal liberalización pudiese producir en los esquemas financiero-económicos de España y Portugal —Estados ciertamente novicios en las lides eurocomunitarias, dada su reciente adhesión a la CEE—, previó para los mismos un período de adaptación al efecto, consistente en permitir que España pudiese mantener hasta el 31 de diciembre de 1990 el mismo sistema que se hallaba operativo en el momento en que se adoptó tal Directiva, sistema que no era otro que el resultante de la Resolución de 30 de julio de 1975, cuya legitimidad a niveles de contraste con la europeceptiva queda advenida en base al sistema transitorio referenciado, legitimidad que conlleva la de la aludida desaparición afectante a las mencionadas personas jurídicas comunitarias.

En último término, y por lo que hace referencia a los préstamos cifrados en pesetas concedidos por residentes a no residentes, y cuya modalidad liberalizada hemos tenido ocasión de exponer cuando aludimos a la preceptividad dimanante de la Instrucción quinta de la Resolución de 30 de julio de 1975, hemos de decir que todo lo que adujimos con anterioridad de su hipotético encaje metodológico en el prolijo y policromo rosario de supuestos contenido en la lista A del anexo I de la Directiva de 11 de mayo de 1960 (y de la intervención en este ámbito de la transitoriedad antes dicha) es perfectamente reproducible aquí, si bien la dificultad parangonal

a estos niveles del supuesto que estamos considerando se enriquece notablemente teniendo en cuenta que tal modalidad crediticia no sólo puede incluirse en alguna de las categorías comunitarias antes dichas (las orbitantes bajo los epígrafes genéricos del supradicho anexo «Inversiones inmobiliarias» y «Concesión y reembolsos de créditos relacionados con transacciones comerciales o con prestaciones de servicios en las que participe un residente»), sino que, y dada su situación de alejamiento fenomenológico de la propia adquisición inmobiliaria —al implicar una negociabilidad autónoma sobrelapada a la genuinamente motivante de tal adquisición— el supuesto crediticio que nos ocupa podría asimismo incluirse en la lista C, concretamente, bajo su rúbrica «préstamos de carácter personal». Siendo ello así, la liberalización aportada por la referida Instrucción quinta, cuya fuerza ordinamental afecta a todo tipo de compradores inmobiliarios no residentes en España —residentes o no en los países comunitarios—, se adecua perfectamente —y con creces— a los pronunciamientos liberalizadores aportados por la europeceptiva.

De todos modos, en la hipótesis de que se considere que los referidos préstamos en pesetas constituyen, en suma, movimientos de capital de carácter personal, entonces la preceptiva interna española a tales efectos, demandante, como dijimos de una autorización administrativa previa para su concreta articulación tratándose de personas jurídicas adquirentes, resultaría perfectamente adaptable a la comunitaria en su esencial mismidad, y ello sin necesidad de la apoyatura del interregno transitorio antes dicho, dado que la inserción de tales movimientos en la lista C del supradicho anexo I de la Directiva antes indicada de 11 de mayo determina que su liberalización en el plano de la europeceptiva no sea sino una entelequia (ver el sistema propiciado por tal normativa respecto al listado de casos incluidos en tal lista C en el capítulo I, volumen I, del tomo I de esta obra), no resultando discriminatoria en tal supuesto la diferencia de trato entre las personas físicas y las jurídicas proveniente de la Resolución sometida a debate, toda vez que según la precitada Directiva ni unas ni otras resultan protagonistas de ningún tipo de liberalización comunitaria y siendo ello así, el hecho de que la normativa doméstica española privilegie internamente a las físicas no menoscaba en modo alguno el *status* comunitario de las jurídicas, *status* de flagrante inanidad de admitir como válida la tesis de que los préstamos últimamente evidenciados son incluíbles —comunitariamente— en la calendada lista C.

JOSÉ ANTONIO MIQUEL CALATAYUD  
Registrador de la Propiedad

# La vivienda familiar en el régimen del Código Civil reformado. Especial referencia a los actos dispositivos sobre la misma (\*)

**SUMARIO** I LA «VIVIENDA FAMILIAR» PRECISIONES CONCEPTUALES —II PROTECCIÓN DE LA FAMILIA Y «VIVIENDA FAMILIAR»: LA CONSTITUCIÓN Y EL CÓDIGO CIVIL.—III. NACIMIENTO (CREACIÓN O CONSTITUCIÓN) DE LA «VIVIENDA FAMILIAR» INNECESIDAD DE ACTO FORMAL DE DESTINACIÓN HABITUALIDAD —IV. AMBITO OBJETIVO: EL AJUAR TRASTEROS, GARAJES, TERRAZAS, ETC —V AMBITO SUBJETIVO.—VI ATRIBUCIÓN DE LA «VIVIENDA FAMILIAR». MATIZACIONES PREVIAS A) *Atribución posible*: a) Casos de titularidad con base de derecho real: 1. Titularidad en régimen de copropiedad ordinaria (comunidad por cuotas de tipo romano). 2. Titularidad en régimen de propiedad ganancial. 3. Titularidad en régimen de propiedad privativa de uno de los cónyuges 4. Titularidad usufructuaria b) Casos de titularidad con base de derecho personal Titularidad arrendaticia. B) *Atribución imposible*: 1. Titularidad de uso o habitación. 2. Titularidad arrendaticia por razón de empleo 3. Precario.—VII. DISPOSICIÓN DE LA «VIVIENDA FAMILIAR». A) *Situación familiar normal: el artículo 1.320 del Código Civil*: a) Finalidad de la norma b) Consentimiento c) Sanción por infracción. d) Eficacia frente de terceros. B) *Situación familiar anormal: el artículo 96, oficio último del Código Civil*: Paralelismo relativo con la situación normal Finalidad de la norma, consentimiento, sanción por infracción y eficacia respecto de terceros.—VIII. EXTINCIÓN. CAUSAS Y EFECTOS.

## I. LA «VIVIENDA FAMILIAR»: PRECISIONES CONCEPTUALES

Pese al reiterado uso que en el lenguaje coloquial se hace del término «vivienda familiar», éste carece, a mi juicio, de una perfecta delineación conceptual en el ámbito jurídico. Y ello, por muy diversas razones, de las que creo merece destacar, como más importante, el hecho de que, tanto el

---

(\*) Conferencia en el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España el 22 de junio de 1989

vocablo sustantivo «vivienda», como el adjetivo «familiar» que la califica, tienen un trasfondo sociológico que dificulta su perfecto encuadre en el marco, obviamente más rígido, del Derecho.

En efecto, por lo que atañe al sustantivo «vivienda», entiendo que, aunque sea salvando las debidas distancias, lo mismo merece tal concepto el carromato en el que transcurre la azarosa vida del artista de un circo ambulante, como, en el otro extremo del arco, el lujoso chalé del acaudalado hombre de negocios.

Y por lo que respecta al adjetivo «familiar», el aludido trasfondo sociológico resulta evidente si se tienen en cuenta no sólo las connotaciones agnaticias, aunque sean residuales, de la familia de nuestro tiempo, ya que con frecuencia ésta se extiende hasta los parientes políticos (p. ej., el suegro o la suegra, la cuñada viuda, etc.), sino también, y esto es lo más importante, aunque ahora no podamos extendernos en ello, porque el concepto sociológico actual de familia ha desbordado los antiguos esquemas jurídicos, sin duda muy rígidos, y da cabida en su seno a relaciones transitorias y situaciones que, aun siendo puramente fácticas, generan vínculos familiares tan protegidos por el Derecho como los que resultan del clásico núcleo esencial, esto es, el del matrimonio.

Así se explica que tan vivienda familiar sea la del matrimonio que convive con sus hijos, como la que comparte con los suyos, extramatrimoniales por supuesto, una pareja no casada. En cambio, ello no quiere decir que en todo caso, respecto de la vivienda familiar, sea idéntico su régimen jurídico, especialmente en materia de atribución y limitaciones dispositivas, pues, obviamente, la inexistencia de hijos en las uniones extramatrimoniales hace que, en caso de ruptura, pierda interés para el Derecho, tanto en el ámbito del puro Derecho de Familia como en el de su régimen económico o en el sucesorio, cualquier intento de protección a favor de uno u otro de los miembros de la pareja.

Por todo ello, la exposición del tema sobre vivienda familiar que seguidamente haré, centrada ya en las normas del Código Civil y sus disposiciones complementarias, debe entenderse circunscrita a los casos de la familia matrimonial.

## II. PROTECCION DE LA FAMILIA Y «VIVIENDA FAMILIAR»: LA CONSTITUCION Y EL CODIGO CIVIL

Hechas las precisiones conceptuales que anteceden, cabe decir, en primer lugar, que cualquier ordenamiento jurídico que se precie de dispensar algún tipo de protección normativa al núcleo familiar, sea cual sea la extensión o composición que a este término se dé, debe empezar por

admitir la ineludible necesidad de garantizar al máximo nivel, esto es, con rango constitucional, la protección adecuada al reducto físico (la vivienda, el hogar), donde la convivencia familiar se realiza cotidianamente; protección que, lógicamente, admite diversos cauces, desde el administrativo, encaminado a facilitar la adquisición de la vivienda (viviendas de protección oficial), o el fiscal, dirigido a reducir sus costes impositivos (benéficos o exenciones), hasta el estrictamente civil que es el objetivo de nuestro tema, proyectado, en esencia, al mantenimiento de la integración familiar, incluso, paradójicamente, en aquellos casos en que la familia se desintegra por ruptura de la convivencia de los padres, haciendo de la vivienda un instrumento residual de tal integración.

Pues bien, nuestra Constitución, tan minuciosa, como dice ENTRENA KLETT (1), que casi desciende a niveles reglamentarios en muchos preceptos, no es demasiado explícita que digamos en la materia que nos ocupa, hasta tal punto que de los dos artículos en que prácticamente roza, sin excesiva profundidad, los temas de matrimonio y familia, me refiero a los artículos 32 y 39, únicamente el apartado 1 de este último, al decir que «los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia», permite afirmar que nuestra vigente Constitución insinúa someramente la posibilidad de un régimen jurídico delimitador y protector de la vivienda familiar. Régimen jurídico que, eso sí, hoy podemos encontrarlo en determinados artículos del Código Civil, que veremos seguidamente, pero no en su primitiva versión de 1889, cuyo primer centenario ahora conmemoramos, sino en sus dos recientes modificaciones introducidas por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, y por la Ley 30/1981, de 7 de julio, sobre regulación del matrimonio y determinación del procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio. Dichos artículos y otras disposiciones complementarias, que también veremos, aun sin ser demasiado abundantes ni de feliz redacción, contrastan con la parquedad, casi indigente, del texto anterior del Código Civil que, tan sólo en su artículo 68, regla segunda, modificado por Ley de 24 de abril de 1958, prestaba atención a la suerte de la vivienda familiar —vivienda común la denominaba—, al tratar de las medidas a adoptar por el Juez tras la admisión de las antiguas demandas de nulidad o separación.

A partir de aquí y a fin de facilitar la exposición, voy a adoptar una sistemática que, aunque parezca arbitraria a fuer de clásica, puede resultar de cierta utilidad; a tales efectos, voy a analizar sucesivamente los siguientes extremos: nacimiento (esto es, creación o constitución), de la vivienda

---

(1) ENTRENA KLETT «Matrimonio, separación y divorcio», *Aranzadi*, 1982, página 20.

familiar; ámbito objetivo; ámbito subjetivo; atribución; disposición, y extinción de la vivienda familiar.

### III. NACIMIENTO (CREACION O CONSTITUCION) DE LA «VIVIENDA FAMILIAR»

#### INNECESIDAD DE ACTO FORMAL DE DESTINACIÓN

Bajo este dudoso, pero socorrido, término, nacimiento, quiero aludir a la cuestión de si es o no necesario algún tipo de declaración formal, y, en su caso, de quién, para que podamos hablar de vivienda familiar. En principio hay que optar por la negativa, es decir, que parece obligado pensar que el carácter de vivienda familiar atribuible a una vivienda proviene de circunstancias fácticas, sociológicas o metajurídicas, de suerte que allí, y en el momento mismo en que en determinado recinto o espacio físico, cualquiera que sea su grado de confortabilidad y su título posesorio, convivan los componentes del núcleo familiar básico, esto es, la pareja matrimonial, allí mismo y, entonces, repito, surge espontáneamente, sin necesidad de acto o declaración formal de destinación, el concepto de vivienda familiar, la cual por su propia condición y en la medida en que al Derecho interesa la protección de la familia, rebasa la frontera de la sociología para entrar en el terreno de los intereses jurídicamente protegibles.

Ahora bien, aun siendo verdad lo que antecede, no es toda la verdad. En efecto, la asignación formal del carácter familiar a una vivienda puede situarse en tres planos distintos: judicial, legal y convencional.

En el plano judicial y anticipándome a lo que luego diré, cabe señalar que, en los casos de ruptura matrimonial, la necesidad de atribuir el uso de la vivienda familiar a uno de los cónyuges supone que el carácter de tal aflora formalmente en la sentencia judicial, sentencia que incluso puede trascender al Registro de la Propiedad.

En el plano legal debemos recordar que, frente a la regla general del artículo 1.357, párrafo primero, del Código Civil, según el cual «los bienes comprados a plazos por uno de los cónyuges antes de comenzar la sociedad, tendrán siempre carácter privativo aun cuando la totalidad o parte del precio aplazado se satisfaga con dinero ganancial», se alza el párrafo segundo del propio artículo, con arreglo al cual «se exceptúa la vivienda y ajuar familiares, respecto de los cuales se aplicará el artículo 1.354», en virtud del cual «los bienes adquiridos mediante precio o contraprestación en parte ganancial y en parte privativo, corresponderán *pro indiviso* a la sociedad de gananciales y al cónyuge o cónyuges en proporción al valor de

las aportaciones respectivas». Curiosamente, estos artículos, que, como todos los incluidos en el título III del Libro IV del Código (arts. 1.315 a 1.444), deben su texto vigente a la Ley de 13 de mayo de 1981, dejan en el aire la cuestión básica de saber cuándo estamos en presencia de una vivienda familiar que permita la aplicación excepcional del artículo 1.354. A resolver tal cuestión viene el artículo 91, párrafo tercero, del Reglamento Hipotecario, en su redacción, dada por Real Decreto de 10 de octubre de 1984, según el cual «la determinación de la cuota indivisa de la vivienda familiar habitual que haya de tener carácter ganancial en aplicación del artículo 1.357.2 del Código Civil, requerirá el consentimiento de ambos cónyuges y se practicará mediante nota marginal». Pues bien, no ofrece duda de que este consentimiento y la subsiguiente nota marginal tiñen de formalismo a la atribución del carácter familiar de la vivienda.

La interpretación y correcta aplicación de este artículo reglamentario no deja de suscitar algunos problemas prácticos en los que, desde luego, no puedo detenerme. Baste citar, a título de ejemplo, el caso de la elevación a escritura pública del contrato en documento privado de una vivienda, realizado, mediante precio parcialmente aplazado, por una persona soltera que, más tarde, se casa. Presumiblemente, una parte del precio aplazado ha podido pagarse después de contraído el matrimonio y, por tanto, con dinero ganancial. Pero como no existe ningún dato que permita ni obligue a entender que la vivienda comprada se ha destinado a vivienda familiar, civil y registralmente puede quedar vulnerado el artículo 1.357.2, en relación con el 1.354 del Código Civil, y, por tanto, excluida la ganancialidad de tal vivienda, en perjuicio del otro cónyuge, mediante la simple manobra, no necesariamente maliciosa, de eludir la comparecencia de este último —por lo demás innecesaria— en la escritura de elevación a público del documento privado y de omitir en ella cualquier referencia a la circunstancia fáctica de haberse destinado la vivienda así adquirida a vivienda familiar.

Por último, en el plano convencional, aún resalta más el formalismo de tal caracterización si tenemos en cuenta el acto de destinación *a posteriori* que prevé el artículo 91 2 del propio Reglamento Hipotecario, según el cual el posterior destino a vivienda familiar de la comprada a plazos por uno de los cónyuges antes de comenzar la sociedad no alterará la inscripción a favor de éste, si bien en las notas marginales en las que se hagan constar con posterioridad los pagos a cuenta del precio aplazado, se especificará el carácter ganancial o privativo del dinero entregado.

## LA HABITUALIDAD

En línea con lo que antecede, cabría preguntarse si la habitualidad, o mejor dicho, la convivencia habitual es o no inherente al concepto de vivienda familiar que el Código Civil, en su sistema vigente, trata de proteger. A primera vista, tal pregunta parece capciosa si se tiene en cuenta, por un lado, el propio sustrato sociológico de los conceptos «vivienda» y «familia», ambos con vocación de permanencia y reiteración cotidiana; y, por otro lado, el hecho de que no todos pero sí algunos de los artículos que configuran el régimen de la vivienda familiar en el Código Civil, expresamente hablan de «vivienda habitual de la familia» (así el 1.320), «vivienda habitual común de los esposos» (así el 1.321) o «vivienda donde tuviese la residencia habitual el cónyuge difunto» (el 1.406). Sin que estos artículos ni ninguno otro del Código Civil, como apunta M. MUÑOZ DE DIOS (1 bis), exija un tiempo mínimo de ocupación.

Pero dejará de parecer capciosa tal pregunta si, aunque sea con carácter anecdótico, nos planteamos la cuestión de la hoy tan frecuentemente llamada «segunda vivienda», esto es, el chalé o el apartamento del campo, la montaña o la playa, que, a veces, cuando están próximos geográficamente a la primera vivienda, alcanzan un alto grado de ocupación real o habitual y continuada, sobre todo en los períodos iniciales de la familia, cuando la prole y también los padres mantienen un mayor nivel de ilusión en la utilización de esa segunda vivienda.

Creo, no obstante que, tanto por su carácter no habitual, o al menos infrahabitual, como por la accesoriidad de las necesidades que esta segunda vivienda viene a satisfacer (ocio, descanso, deporte, etc.), el tratamiento jurídico que merece, sin mengua de su eventual interés pecuniario o sentimental, debe ser, y de hecho es, marginal respecto del tema central de mi exposición, relativo al régimen de la vivienda familiar en el Código Civil.

Pero también creo con LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA (2) que, al menos, en algunos casos cuya delimitación fáctica y trascendencia jurídica corresponderá al arbitrio judicial, no cabe excluir la coexistencia simultánea de dos viviendas familiares habituales, por ejemplo, si los padres viven en la población donde uno o ambos residen y ejercen su profesión y algunos hijos ocupan un piso en otra ciudad en la que cursan estudios.

Por lo demás, y con ello concluyo este punto, creo que pueden suscitarse problemas prácticos de gran interés para el Juez, en aquellos casos

---

(1 bis) MARIANO MUÑOZ DE DIOS «La vivienda familiar y el mobiliario del artículo 1.320 del Código Civil», *Anales AMN*, t. XXVII.

(2) LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA *Derecho de familia* Bosch, 192, página 300.

en los que un mismo espacio físico (piso, chalé, etc.) coincidan el uso de una parte para vivienda habitual familiar y el uso de otra parte para el ejercicio de una profesión, arte, oficio o industria.

#### IV. AMBITO OBJETIVO DE LA VIVIENDA FAMILIAR

Diversas son las cuestiones que suscita la delimitación de este ámbito. Algunas de las que acaban de ser insinuadas a propósito del carácter habitual de la vivienda familiar (me refiero a la doble vivienda, a la posible simultaneidad de dos viviendas familiares habituales o a la coetaneidad de vivienda y despacho profesional), podrían tratarse ahora también bajo la perspectiva a que alude este nuevo epígrafe. Sin embargo, a fin de evitar repeticiones, voy a centrar el mismo en el somero análisis de otras cuestiones como son las relativas al denominado ajuar o a determinados elementos arquitectónicos accesorios de la vivienda, como pueden ser los trasteros, garajes, patios, terrazas, etc.

#### AJUAR

Ni que decir tiene que no pretendo ahora realizar un estudio exhaustivo del denominado «ajuar», entendiendo por tal, en palabras del artículo 1.321 del Código Civil, «las ropas, mobiliario y enseres de la vivienda, a excepción —según el propio artículo— de las alhajas, objetos artísticos, históricos y otros de extraordinario valor». En cambio, sí quiero destacar que, tanto en las situaciones normales de la familia, como en las patológicas o de ruptura, el ajuar se integra en el ámbito objetivo del concepto «vivienda familiar», de suerte que, aun sin constituir un concepto unitario, ambos, vivienda y ajuar, alcanzan un tratamiento homogéneo a la hora de atribuir su uso y su eventual disposición. Así resulta en el régimen vigente del Código Civil, aunque con terminología cambiante que a veces puede ser perturbadora, de sus artículos 90, 96 y 103, todos ellos incluidos en el título IV del Libro I y redactados por la Ley de 7 de julio de 1981 para los casos de ruptura matrimonial, y del 1.320 para los demás casos.

En efecto, entre las medidas provisionales que, a falta de acuerdo de los cónyuges, ha de adoptar el Juez una vez admitida la demanda de nulidad, separación o divorcio, el artículo 103, 2.<sup>a</sup>, señala la de determinar cuál de ellos ha de continuar en el uso de la vivienda familiar, y asimismo, previo inventario, los bienes y objetos del ajuar que continúan en ésta y los que se ha de llevar el otro cónyuge. Y al regular los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio, el artículo 90, B, establece que el convenio

regulador debe referirse, al menos, y entre otros extremos, a «la atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar», añadiendo el artículo 96, en su párrafo primero, que «en defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el Juez, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella, corresponden a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden», mientras que en su párrafo último limita, como luego veremos, la disponibilidad de la vivienda y bienes indicados cuyo uso corresponda al cónyuge no titular. Limitación dispositiva que, en los casos de normalidad familiar, afecta también, según el artículo 1.320, a los derechos sobre la vivienda habitual y los muebles de uso ordinario de la familia.

De los citados artículos resulta, pues, un tratamiento idéntico para el continente (esto es, el espacio físico o vivienda propiamente dicha) como para el contenido (llámense muebles, objetos, enseres o ajuar, que en aquél se albergan), lo cual nos permite concluir que, a nuestros efectos y a la hora de fijar su ámbito objetivo, la vivienda familiar es un concepto complejo en el que cabe integrar tanto el inmueble como el mobiliario enmarcado en el concepto de ajuar, con la extensión que a éste da el mencionado artículo 1.321 del Código Civil. Artículo éste que, dicho sea de paso, en la medida en que establece una detracción del caudal hereditario del cónyuge difunto que no se computa en el haber del sobreviviente, parece contradecir lo antedicho sobre la homogeneidad del tratamiento de la vivienda familiar en el régimen del Código Civil, si bien tal contradicción no existe, pues en tales casos, por hipótesis, esto es, por fallecimiento de uno de los cónyuges, sobreviene una causa de alteración familiar, que lógicamente rebasa el ámbito del Derecho familiar para entrar de lleno en el Derecho sucesorio, y escapa, por tanto, al objeto propio de nuestro tema.

#### TRASTEROS, GARAJES, TERRAZAS, ETC.

Avanzando un poco más en el tema de la delimitación del ámbito objetivo de la vivienda familiar, hemos de referirnos ahora a la cuestión de si dentro de tal concepto deben o no incluirse determinados elementos arquitectónicos que con frecuencia acompañan al de la vivienda, tales como trasteros, garajes, patios, terrazas, etc.

La respuesta que exige tal cuestión en modo alguno puede ser ni unitaria ni categórica; y no puede ser ni lo uno ni lo otro por varias razones, de las que cabe resaltar las tres siguientes:

En primer lugar, porque la configuración jurídico registral que puede darse a tales elementos es muy diferente, incluso admite combinaciones diversas, y puede prejuzgar la solución; en efecto, pensemos, por ejemplo,

que, tratándose de un piso en régimen de propiedad horizontal, ya sea propiedad común de ambos cónyuges, ya sea privativo de uno de ellos, la existencia de un trastero de utilización familiar (y lo mismo puede decirse con las oportunas reservas respecto de las plazas de garaje o de ciertos patios o terrazas en el mismo edificio), puede estar configurada, al menos, de alguna de las siguientes formas: como anejo inseparable del piso; como elemento común del edificio con atribución individualizada del uso de una parte de dicho elemento; como finca individualizada totalmente independiente; como porción indivisa de otro local independiente con atribución individualizada de uso, etc. Pues bien, salvo los casos citados en primero y segundo lugares, esto es, los de configuración como anejo del piso o como elemento común con uso individualizado, en los que no ofrece duda su integración en el ámbito objetivo de la vivienda, los demás casos se prestan a toda clase de opiniones, que si en un plano meramente teórico pudieran parecer lucubraciones conceptuales y por ello puramente dogmáticas, en el terreno de las realidades cotidianas pueden suscitar interesantes controversias, especialmente a la hora de la atribución convencional o judicial del uso de la vivienda familiar o del ejercicio del *ius disponendi* sobre la misma.

La segunda de las razones que antes invocábamos para eludir una contestación unitaria y categórica al problema de la eventual extensión objetiva de la vivienda familiar a determinados elementos arquitectónicos accidentales o accesorios, estriba en la misma variedad de posibilidades que ofrece el derecho en virtud del cual se detenta la vivienda familiar (propiedad, arrendamiento, usufructo, precario, ocupación inherente a una relación laboral, etc.); claro está que, pese a tal variedad de posibilidades, cabe afirmar que, como regla general, habrá que atender a la extensión objetiva que en cada caso permita el propio título de atribución del derecho de ocupación de la vivienda.

Por último, y aunque ello implique entrar en el resbaladizo terreno de cierto subjetivismo, no podemos ocultar que en la solución que se dé a la delimitación objetiva de la vivienda familiar, con la trascendencia que ello supone a la hora de la atribución de su uso y de su disponibilidad, pueden influir, y de hecho influyen, consideraciones inherentes al propio *status* familiar. En efecto, del mayor o menor nivel que alcance tal *status* puede depender el que, en unos casos sí y en otros no, pueda y deba extenderse el ámbito objetivo del concepto de vivienda familiar a determinados elementos arquitectónicos que no estando configurados como anejo inseparable, constituyan un mero lujo o puro recreo, por ejemplo, una sauna.

## V. AMBITO SUBJETIVO DE LA VIVIENDA FAMILIAR

En un plano puramente teórico, la delimitación de este ámbito parece que presupone señalar los límites conceptuales del propio concepto de familia, lo cual, como dijimos al principio, ni es fácil, a causa del trasfondo sociológico y las connotaciones agnaticias que todavía perduran y acompañan a dicho concepto, ni es tampoco nuestro verdadero propósito, lo cual no es excusa para que, al menos desde el punto de vista tuitivo de la familia, tan cicateramente proclamado en el artículo 39.1 de la Constitución, dejemos de intentar un somero análisis del círculo familiar al que, en concreto, se dirigen las normas que el Código Civil, en su redacción vigente, dedica a la vivienda familiar. Pues bien, a tal efecto, cabe resaltar que dichas normas pueden ser clasificadas en dos grandes grupos: las que contemplan la situación normal de la familia, y las que contemplan a ésta en trance patológico o de ruptura, esto es, de separación, nulidad o divorcio de los cónyuges.

Las normas del primer grupo parecen dictadas tan sólo en consideración al círculo familiar más reducido, esto es, a la pareja hombre-mujer unida por el vínculo del matrimonio en cualquiera de las formas que el propio Código Civil admite, con exclusión, por tanto, de las uniones extramatrimoniales y desentendiéndose, al menos, en apariencia, de cualquier proyección a los intereses de la prole. Son, en efecto, normas de estricto régimen económico-matrimonial, ya sea primario (arts. 1.320 y 1.322), ya sea en su modalidad ganancial (arts. 1.357, 2.º, en relación con el 1.354), o, incluso, normas de Derecho sucesorio que otorgan ciertos privilegios al cónyuge viudo en relación con la vivienda que fue común con el difunto (así los arts. 1.322, 1.406 y 1.407).

En cambio, las normas que pueden ser incluidas en el segundo grupo rebasan la reducida órbita de la pareja unida por el vínculo del matrimonio, y, en la medida en que la ruptura precaria o definitiva de éste afecta al interés de los hijos, dichas normas extienden su ámbito de aplicación a ellos, no sólo para tomarlos en consideración como supuesto de hecho determinante de las medidas que los propios cónyuges en el convenio regulador o el Juez han de adoptar en torno a la protección de su persona (art. 103., 1.º, y 90, A), sino también para atribuir a uno de los cónyuges el uso de la vivienda familiar, aunque la titularidad de la misma corresponda al otro, como resultado de la ponderación de los intereses más necesitados de protección (arts. 90, B, 96, 1.º, y 103, 2.ª).

En todo caso, resulta digno de mención el hecho de que, presupuesta la identidad de trato que en la actualidad recibe la filiación matrimonial y la extramatrimonial (arts. 39, 2.º y 3.º, de la Constitución, y art. 108 Código Civil), este último omita toda referencia al caso de ruptura de

aquellas parejas que, sin estar casadas entre sí, tienen descendencia, cuya vivienda habitual, aunque extramatrimonial, no por ello deja de ser familiar y por ello digna de protección. Ni que decir tiene que tal vacío normativo habrá de rellenarse por la jurisprudencia que, sin duda, tiene un notable campo de actuación en toda esta materia.

## VI. ATRIBUCION DE LA VIVIENDA FAMILIAR

### MATIZACIONES PREVIAS

Llegados a este punto, podemos afirmar que estamos en el umbral del meollo o núcleo esencial de nuestro tema. Ahora bien, antes de entrar en él, debemos hacer algunas matizaciones previas; más concretamente, debemos resaltar las grandes diferencias que existen entre la posibilidad de enfocar el tema de la atribución de la vivienda familiar desde la perspectiva del derecho que corresponde al titular o titulares de un inmueble apto para ser habitado, para darle libremente tal destino de vivienda de su familia, en las situaciones pacíficas de ésta, y la posibilidad, muy distinta de la anterior, de enfocar tal tema bajo el prisma de la atribución judicial del derecho al uso de esa misma vivienda, en los casos patológicos de crisis familiar, en los que eventualmente cabe incluso atribuir tal uso al cónyuge no titular. Este último enfoque, en los casos de litigio conyugal dirigido a la separación, nulidad o divorcio, es, sin duda, el que resulta de los ya citados artículos 103, 2.<sup>a</sup> (medidas provisionales), 90, párrafo primero, *b*) (convenio regulador), y 96, párrafo primero (sentencia judicial). Ahora bien, pese a la apuntada diferencia de enfoques posibles, lo cierto es que, como dice RAMS ALBESA (3), «los derechos que la atribución judicial del uso de la vivienda familiar crea, dependen en su caracterización de la clase de titularidad que el cónyuge no atributario ostente sobre la misma». La cual equivale a reconocer la interdependencia entre ambos enfoques y a admitir los peculiares escollos que puede originar la atribución judicial del derecho a usar la vivienda familiar a favor de quien no es titular de la misma. Como es lógico, a esta atribución judicial limitamos nuestro análisis en este apartado VI.

Prescindiendo de las agrupaciones o clasificaciones sistemáticas de otros autores, por ejemplo, O'CALLAGHAN (4), yo, por mi parte, prefiero dividir en dos grandes grupos los distintos casos de titularidad a los efectos

(3) RAMS ALBESA *Uso, habitación y vivienda familiar*. Tecnos, 1987, pág. 109

(4) O'CALLAGHAN «El derecho de ocupación de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales» (*Actualidad Civil*), pág. 1332

que ahora nos interesan. En el primero incluyo los casos en que la atribución al cónyuge no titular es posible y, en el segundo, los casos en los que tal atribución es imposible. Dentro de ambos grupos cabe subdistinguir los casos de titularidad con base de derecho real y los casos de titularidad con base de derecho personal. Veamos cada uno de estos casos.

### A) *Atribución posible*

#### a) Casos de titularidad con base de derecho real

##### 1. Titularidad en régimen de copropiedad ordinaria (comunidad por cuotas de tipo romano)

La cotitularidad sobre la vivienda familiar que se produce en este caso puede ser anterior a la celebración del matrimonio (caso de la adquisición en estado de solteros), o posterior (caso de la adquisición en régimen legal o convencional de separación de bienes, o como consecuencia de la disolución de la sociedad de gananciales). Pues bien, presupuesta tal cotitularidad, la atribución del uso de la vivienda familiar a uno solo de los cónyuges origina a favor del atributario un doble tipo de cotitularidad: la copropiedad sobre su propia cuota indivisa, normalmente la mitad, prevista en el artículo 392 del Código Civil, y el derecho de uso sobre la cuota restante. Esta duplicidad de cotitularidades, dice RAMS ALBESA (5), si por un lado comporta la coexistencia armónica de dos regímenes jurídicos en la gestión y administración ordinaria de la vivienda familiar, por otro, impide al cotitular no usuario, mientras subsista el derecho de uso atribuido al otro, ejercitar la acción de división que, conforme al artículo 400 del Código Civil, es connatural al condominio. A fin de evitar repeticiones, de la naturaleza jurídica del derecho de ocupación o uso sobre la vivienda atribuido a uno solo de los cónyuges, me ocuparé más adelante al tratar del caso de titularidad dominical privativa y exclusiva de uno de ellos.

##### 2. Titularidad dominical en régimen de gananciales

No ofrece duda de que esta situación es la más frecuente en los matrimonios acogidos al régimen legal del Código Civil. Sin embargo, su tratamiento es menos conflictivo, quizá por ser la situación menos duradera, pues, obviamente, en los casos de crisis matrimonial, la titularidad ganancia-

---

(5) RAMS ALBESA *Ob. cit.*, pág. 111

cial de la vivienda familiar, como la de cualquier otro bien de este carácter, es claudicante, toda vez que únicamente perdura mientras se sustancia el proceso de nulidad, separación o divorcio, esto es, durante la fase de medidas provisionales, y desaparece con la sentencia correspondiente, lo cual comporta la disolución y subsiguiente liquidación de la sociedad de gananciales conforme a los artículos 1.392, 1.396 y concordantes del Código Civil. Pues bien, en virtud de tal liquidación y sin perjuicio de permanecer atribuido el uso de la vivienda familiar a uno solo de los cónyuges en función de los intereses más dignos de protección, o bien se adjudica dicha vivienda en *pro indiviso* y por cuotas a ambos, lo cual hace tránsito al caso anterior, o bien se adjudica por entero a uno de ellos con las oportunas compensaciones al otro. Si el cónyuge usuario no es el adjudicatario, la situación hace tránsito al caso que veremos a continuación, es decir, al de la titularidad dominical privativa de uno de los cónyuges. A este respecto estoy de acuerdo con RAMS ALBESA (6) cuando afirma que «se echa de menos en el Código Civil, en tema de liquidación de la sociedad de gananciales, la previsión de un derecho potestativo de atribución preferente sobre la vivienda familiar, acordado en favor del cónyuge en cuya compañía quedan los hijos».

### 3. Titularidad dominical privativa de uno solo de los cónyuges

Cuando por virtud del convenio regulador (art. 90, párrafo B) o de la sentencia judicial (art. 96.1), el uso de la vivienda familiar se atribuye al cónyuge titular dominical exclusivo de la misma, se purifica, por así decirlo, su titularidad, de suerte que en tal caso no se genera especialidad alguna a los efectos del tema que ahora nos ocupa, ni siquiera en torno al *ius disponendi* sobre aquélla. Cosa bien distinta sucede cuando, conforme a dichos artículos, el uso de la vivienda familiar se disocia de su titularidad por quedar atribuido el derecho de uso al cónyuge no titular en virtud de la autoponderación de intereses verificada por los propios cónyuges en el convenio o, a falta de acuerdo, por decisión judicial.

Por razones de mera oportunidad, y según anuncié antes, creo que este es el momento de analizar la naturaleza jurídica de este peculiar derecho de ocupación de la vivienda ajena, análisis que, por supuesto, se predica de los tres casos de titularidad con base de derecho real vistos hasta ahora, y que ha suscitado opiniones muy encontradas en nuestra doctrina. Para O'CALLAGHAN (7) se trata de un derecho real limitado, autónomo, de

---

(6) RAMS ALBESA *Ob. cit.*, pág. 110

(7) O'CALLAGHAN *Ob. cit.*, págs. 1333 y sigs.

nueva creación, aunque quizá sin pensarlo el legislador que, por ello mismo, dejaría de ser atípico. Más conservador, LUNA SERRANO (8) sostiene, al igual que en la doctrina italiana hace AMAGLIANNI, que se trata de un verdadero derecho real de habitación, a lo que se opone RAMS ALBESA (9), diciendo que se trata de un derecho real típico de uso, y ello no sólo porque, en contra de LUNA SERRANO, piensa que el derecho de habitación constriñe a la ocupación exclusiva de las piezas necesarias para el habitacionista y su familia —en nuestro caso, los hijos convivientes— a diferencia del derecho que ahora analizamos, que permite la ocupación de toda la vivienda, sino también porque, en su opinión, el derecho de uso no es de esencia que recaiga sobre cosas fructíferas por naturaleza, ni en nuestro ordenamiento la separación del derecho de uso respecto del de habitación obedece a criterios radicalmente objetivos. En el Derecho italiano, algunos autores como A. FINOCHIARO y M. FINOCHIARO, hablan de la posibilidad de configurar este derecho como un comodato en base a la gratuidad de la relación, a lo que objeta ENCARNA ROCA TRÍAS (10) que ni ello es exacto, porque puede acordarse el pago de determinadas prestaciones relacionadas con la vivienda, ni la atribución en comodato, por ser un contrato nuevo, cumpliría los requisitos de consentimiento exigidos en el artículo 1.261 del Código Civil. También puede decirse que se trata de un arrendamiento forzoso en favor del cónyuge no titular, tal y como ocurre en el Derecho francés, pero esta opinión debe rechazarse también, en opinión de la citada autora, porque la constitución de derechos de carácter forzoso debe ser sancionada de forma expresa por la Ley, y no existe ninguna norma que lo permita en las actuales circunstancias; para ENCARNA ROCA, la atribución de la vivienda familiar no es sino una forma de contribución a las cargas familiares, relacionada con el deber de alimentos, y cree que el cónyuge a quien se atribuye el uso de la vivienda familiar en exclusiva no tiene otro título que el de poseedor y sus obligaciones serán las que deriven de la posesión sin más.

Sin ánimo de terciar en esta polémica, creo que constituye un vano intento el esfuerzo de asimilar o identificar este derecho con cualquiera de los moldes típicos tradicionales utilizados por los autores; ello no es obstáculo para aceptar su tipicidad, por el mero hecho de haber obtenido su consagración normativa. Pero puestos en el trance de tener que optar por encuadrar este derecho en el marco de los derechos personales o en el de los derechos reales, me inclino por la primera opción, para lo cual me apoyo sobre todo en el propio sustrato personal, incluso personalísimo

---

(8) LUNA SERRANO, citado por RAMS ALBESA, pág. 110.

(9) RAMS ALBESA *Ob. cit.*, pág. 110.

(10) ENCARNA ROCA TRÍAS «Comentario al art. 96 del Código Civil», en *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, Tecnos, 1982.

diría yo, de la relación matrimonial, que se pone claramente de relieve en los párrafos segundo y tercero del artículo 96, conforme a los cuales «cuando alguno de los hijos quede en la compañía de uno de los cónyuges y los restantes en la del otro, el Juez resolverá lo procedente» y que «no habiendo hijos podrá acordarse que el uso de la vivienda y del ajuar por el tiempo que prudencialmente se fije corresponda al cónyuge no titular, siempre que atendidas las circunstancias lo hicieren aconsejable, y su interés fuera el más necesitado de protección». Todo lo cual resulta, ciertamente, poco compatible con la estructura más estable del derecho real. Ahora bien, mi opción a favor de la naturaleza personal que, sinceramente confieso aceptar sin excesiva convicción, no me impide reconocer que, en todo caso, el derecho que analizamos, en la práctica, y según veremos más adelante, funciona como una auténtica limitación del dominio que a su eficacia frente a terceros proveniente de su base legal, y su eventual refrendo judicial en caso de controversia, añade la posibilidad de obtener la eficacia *erga omnes* característica de los derechos reales, a través de la publicidad registral que consagra el párrafo segundo de la disposición adicional novena de la Ley, antes citada, de 7 de julio de 1981, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil, sobre la cual volveremos más adelante

#### 4. Titularidad usufructuaria

Ni que decir tiene que el usufructo previamente constituido sobre la vivienda familiar puede ser privativo de cualquiera de los cónyuges o ganancial; si es privativo, únicamente interesa resaltar el caso de que la ocupación se atribuya al cónyuge no titular, caso éste en que al derecho de usufructo se le yuxtapone el derecho de uso y únicamente presentaría como especialidad digna de mención la relativa a su extinción, es decir, que el derecho de ocupación atribuido por hipótesis al cónyuge no usufructuario, además de extinguirse por sus causas específicas, se extinguirá anticipadamente cuando concorra alguna de las causas de extinción del usufructo previstas en el artículo 513 del Código Civil, excepción hecha de la renuncia del usufructuario (art. 513, 4.º), pues tal renuncia sería, no en fraude de ley, como dice RAMS ALBESA (11), de quien discrepo en este extremo, sino simplemente en perjuicio de terceros, y, por tanto, invalida según el artículo 6.2 del Código Civil.

Si la titularidad usufructuaria de la vivienda es ganancial, parece lógico pensar que el usufructo se habrá constituido con carácter sucesivo, es

---

(11) RAMS ALBESA *Ob cit.*, pág. 111

decir, por el tiempo que tarde en morir el cónyuge que más viva. Pues bien, a nuestros efectos, parece irrelevante la atribución del uso u ocupación de la vivienda familiar a uno u otro cónyuge; si el ocupante premuere, desaparece el problema de la vivienda familiar como tal, y si quien premuere es el no ocupante, su cónyuge sobreviviente conservará, mientras viva, su derecho a la ocupación, depurado de toda connotación familiar, a título de usufructuario.

b) Casos de titularidad con base de derecho personal

— Titularidad arrendaticia

Nos enfrentamos con uno de los supuestos más frecuentes en la vida real y, curiosamente, pese a ello, uno de los más problemáticos porque además de no haber sido contemplado expresamente por las normas del Código Civil, se da en esta hipótesis la circunstancia de que el contrato de arrendamiento, me refiero, claro está, a los acogidos al régimen de la Ley de Arrendamientos Urbanos, suele estar concertado por uno solo de los cónyuges, bien sea antes del matrimonio o en contemplación a él, bien sea durante el matrimonio; de suerte que cuando se atribuye la vivienda arrendada como vivienda familiar al cónyuge no firmante del contrato se implica, marginándole, a un tercero, el arrendador, que ve cómo se modifican los sujetos de la relación arrendaticia sin tener oportunidad de intervenir.

Sea como sea, parece obligado entender con la doctrina virtualmente unánime, que las soluciones que pueden barajarse para justificar la atribución de la vivienda familiar al cónyuge no arrendatario, resultan, desde la perspectiva de la propia Ley de Arrendamientos Urbanos, claramente insatisfactorias, por no tener más apoyo que el de la dudosa analogía que ofrecen la cesión *inter vivos* o la subrogación *mortis causa* previstas en los artículos 24 y 58, respectivamente, de dicha Ley. El recurso a cualquiera de estas figuras, aunque se las califique de cesión o subrogación *ex judice*, parece una solución forzada de difícil armonización con el régimen del Código Civil, dado que la temporalidad de la atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge cesionario o subrogado, conforme el artículo 96, está en contradicción con el carácter virtualmente definitivo de la cesión y la subrogación arrendaticia, a menos que se admita que éstas son, como dice irónicamente RAMS ALBESA (12), «de ida y vuelta», porque el titular no usuario no cesa en la titularidad, que puede recuperar en el momento de extinción del derecho del usuario. Por lo demás, la imposi-

---

(12) RAMS ALBESA *Ob. cit.*, pág. 112.

bilidad de que en todo este juego de eventuales cesiones y retrocesiones intervenga el arrendador, verdadero «convitado de piedra» y auténtico tercero perjudicado con la novación subjetiva del contrato de arrendamiento es, cuando menos, una práctica dudosamente constitucional que, por eso mismo, en opinión generalizada de la doctrina científica, o bien debe regularse taxativamente, o debe erradicarse de la práctica judicial, sin que sean convincentes al respecto las apelaciones al artículo 39 de la Constitución.

Una forma parcial y, por ello mismo insuficiente, de eludir los problemas hasta ahora expuestos en tema de atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge no titular del arrendamiento, consistente en dar un tratamiento especial y separado a todos los casos de arrendamiento de viviendas concertados por uno solo de los cónyuges, normalmente el marido, durante el matrimonio, para hogar común; dicho tratamiento no es otro sino atribuir a todo arrendamiento así concertado el carácter de solidario o, al menos, mancomunado, distinción ésta en la que no puedo detenerme, pero que podría ir vinculada al diferente tipo de régimen económico adoptado por el matrimonio. En tal sentido y aun reconociendo que tal tratamiento carece hoy de un apoyo legal explícito, creo con LACRUZ y SANCHO REBULLIDA (13) que en estos casos, cuando el Juez adjudica el uso del piso o casa alquilados a uno de los cónyuges, se concentra en él, a efectos de goce del inmueble y el pago de la renta, la titularidad arrendaticia y sin que ello suponga cesión, transmisión, subrogación, sucesión ni novación en el contrato de arrendamiento, sino adaptación del elemento subjetivo del mismo a la situación legal del matrimonio.

## B) *Atribución imposible*

### 1: Titularidad de uso o habitación

Cuando la vivienda familiar, antes de la ruptura matrimonial, corresponda a uno solo de los cónyuges a título de derecho real de uso (lo que sólo es concebible si se admite la tesis antes apuntada de RAMS ALBESA), o de habitación, no es posible atribuir el derecho de ocupación al cónyuge no titular, no sólo por el carácter personalísimo de la atribución, sino también por el mismo carácter personalísimo de los derechos de uso y habitación. Y es que el carácter familiar y tuitivo del derecho a la ocupación de la vivienda familiar que resulta de los artículos 90, B), o 96, 1, no

(13) LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA *Ob. cit.*, pág. 272.

bastan, como dice acertadamente el autor citado últimamente para propiciar una interpretación extensiva del artículo 524 del Código Civil, ya que la familia contemplada en este precepto es conviviente con el usuario o habitacionista y no beneficiaria directa de los derechos de uso o habitación.

Caso distinto, pero de resultados análogos, se produce cuando los derechos de uso o habitación aparecen constituidos *ab initio* a favor de ambos cónyuges con carácter ganancial. Entonces no creo aventurado pensar que la atribución, ya sea convencional, ya sea judicial, de la vivienda familiar a uno solo de los cónyuges no desvirtúa su titularidad preexistente de usuario o habitacionista; en otras palabras, esta titularidad absorbe, por así decirlo, el eventual derecho de ocupación resultante de la ruptura conyugal, de suerte que este último deviene irrelevante por quedar subsumido en el propio derecho de uso o habitación.

## 2. Titularidad arrendaticia por razón de empleo

Se trata ahora de una subespecie dentro del caso de la titularidad genérica arrendaticia, pero una subespecie tan peculiar que nos aleja totalmente de las consideraciones hechas anteriormente. Y es que, en efecto, si el arrendamiento está convenido a favor de uno de los cónyuges por razón del cargo, en la medida en que éste sea personal o, mejor aún, personalísimo, sólo él podrá continuar ocupando la vivienda cualquiera que sean las contingencias de su vida familiar, sin que pueda ser atribuida la ocupación de la misma al otro cónyuge, ni por vía de convenio, ni por resolución judicial. Obsérvese, no obstante, que he dicho «en la medida en que el cargo es personal, o mejor dicho personalísimo», pues soy consciente de que pueden existir casos especiales, como era el relativo al antiguo régimen laboral de Empleados de Fincas Urbanas (porteros), en los que en función de la categoría de la finca, cabía la posibilidad de que el cargo lo desempeñara indistintamente el marido o la mujer, lo cual podría dar lugar a soluciones discordantes de las antes apuntadas.

De cualquier modo, creo con O'CALLAGHAN (14), que se podrían distinguir los casos, ciertamente no idénticos, de la vivienda «para» desempeñar el cargo —así la de conserje— y de la ocupada «por» tener el cargo por ejemplo, la de militar—. Pero en todo caso esta ocupación en arrendamiento por razón de empleo o cargo es personalísima y no cabe su desdoblamiento y atribución al cónyuge de quien desempeña el empleo u ostenta el cargo.

---

(14) O'CALLAGHAN *Ob. cit.*, pág. 1336.

### 3. Precario

Omitimos aquí anteponer la expresión «titularidad» al término «precario» porque, por hipótesis, el precario supone la ocupación de la vivienda familiar sin título, ni real ni personal; siendo ello así, resulta evidente que la atribución del derecho de ocupación al cónyuge precarista, no tiene la virtud taumatúrgica, como diría el maestro ROCA SASTRE, de convertir la falta de derecho que supone el precario, en un derecho de otra índole; por ello, si anteriormente la situación era de precario, tanto o más lo será después de la atribución al cónyuge que estaba en tal situación.

Para cerrar el análisis de todos estos casos que, con las obligadas reservas, he englobado bajo el epígrafe «Casos de imposible atribución», conviene advertir que, como denominador común a todos ellos, resalta la imposibilidad de obtener algún tipo de publicidad registral, o, lo que es igual, en todos estos supuestos resulta de imposible aplicación la disposición adicional novena de la Ley de 7 de julio de 1981 sobre reforma del Código Civil en materia matrimonial que, como ya he apuntado anteriormente, permite la publicidad registral de las sentencias de separación, nulidad o divorcio, pues, en unos casos falta el presupuesto de la previa inscripción de la vivienda familiar a favor del cónyuge titular, y en otros, como son los de titularidad de derecho real de uso o de habitación, aun estando inscrito este derecho, se produce la propia imposibilidad de la atribución al cónyuge no titular.

## VII. DISPOSICION DE LA «VIVIENDA FAMILIAR»

El estudio de esta cuestión, en la que sin duda cristalizan los aspectos más reveladores del régimen protector del vigente Código Civil en cuanto a la vivienda familiar, reviste para nosotros, profesionales del Derecho, un especial interés práctico que, a su vez, exige de nuevo una previa distinción entre los casos de disposición de la vivienda familiar atribuida al cónyuge no titular como consecuencia de un proceso de separación, nulidad o divorcio (hipótesis de la patología familiar), y los casos de disposición de la vivienda dentro de la normalidad pacífica del matrimonio. A los primeros se refiere el artículo 96, párrafo final, del Código Civil, y a los segundos, el artículo 1.320 de dicho Cuerpo legal. Veamos ambos casos por separado, no sin antes advertir que, por razones prácticas, conviene alterar el orden sistemático de la exposición, y comenzar por los casos últimamente citados, esto es, los de la:

### A) *Situación familiar normal*

Dice el artículo 1.320, párrafo primero, del Código Civil en su redacción de 1981 que «para disponer de los derechos sobre la vivienda habitual y los muebles de uso ordinario de la familia, aunque tales derechos pertenezcan a uno solo de los cónyuges, se requerirá el consentimiento de ambos o, en su caso, autorización judicial».

#### a) Finalidad de la norma

La finalidad tuitiva de esta norma es evidente, pues, como dicen LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA (15), «se trata de salvar el alojamiento del matrimonio y los muebles que lo guarnecen de la arbitrariedad o mala voluntad del cónyuge que puede disponer de ellos, dueño o arrendatario, es decir, de impedir que un cónyuge pueda por sí dejar al otro en la calle, o en una casa sin amueblar, ni aunque sea el dueño de la habitación o el mobiliario». Ahora bien, presupuesta la indudable finalidad protectora de la norma, cabe preguntarse si su aplicación debe ser tan rigurosa que resulta exigible incluso cuando el acto dispositivo se articula de tal modo que deja a salvo, precisamente, el interés familiar protegible del cónyuge no titular, por ejemplo, cuando el cónyuge propietario exclusivo vende la vivienda familiar con reserva del usufructo a su favor y al de su consorte. Creo que, pese a la literalidad del artículo 1.320, no debe desdeñarse la posibilidad de excluir su aplicación, siempre que quede totalmente garantizado el respeto al interés familiar. La Dirección General en alguna de sus Resoluciones, concretamente en la de 26 de octubre de 1987, parece avalar esta flexible opinión, pues en un caso en que se discutía si el cónyuge nudo propietario de la vivienda familiar precisaba o no el consentimiento de su cónyuge para hipotecar su derecho sobre aquélla, y habida cuenta de que no es la nuda propiedad sino el usufructo el que habilita para el goce y disfrute de la vivienda, entendió el Centro directivo que, «aun cuando de la literalidad del artículo 1.320 parece desprenderse la respuesta afirmativa, la finalidad práctica de esta norma, cual es el impedir que los actos unilaterales de unos de los cónyuges puedan provocar el desalojo del hogar familiar, así como su carácter excepcional para el caso de que los derechos pertinentes correspondan privativamente a uno de los esposos, imponen la respuesta negativa».

Claro es que, frente a la doctrina tan liberal que acabamos de invocar, cabría citar otros casos de la realidad cotidiana que permiten dudar,

---

(15) LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA *Ob. cit.*, pág. 299

aunque yo no dudo, del acierto de aquélla. De todos modos, creo con BUENAVENTURA CAMY (16), que el contenido de la Resolución antes citada y otras que posteriormente veremos y, por tanto, el principio en que parecen inspirarse, nos han de llevar a la conclusión de que las limitaciones estatuidas para la enajenación de la vivienda que constituye la residencia habitual de la familia, han de referirse a aquellos derechos que afecten o pueden afectar a su utilización, como son; por ejemplo: la propiedad, el usufructo, el uso y la habitación, y también el arrendamiento. Pero no sólo a tales derechos, sino también a aquellos otros que, constituidos sobre los mismos (cuando ello es jurídicamente posible, así la propiedad y el usufructo) pueden propiciar una enajenación forzosa de la vivienda y, por tanto, la privación de su utilización. Como ejemplo, paradigmático de lo que acabo de decir, está el derecho real de hipoteca, cuya constitución voluntaria, no ofrece duda, está sometida a las limitaciones del artículo 1.320.

#### b) Consentimiento

Al analizar el texto literal de la norma que comentamos, cabe resaltar el empleo de la conjunción adversativa «aunque» («aunque tales derechos pertenezcan a uno solo de los cónyuges...»); conjunción ésta que, a diferencia de lo que sucede en la hipótesis del artículo 96, produce un efecto totalizador, es decir, que extiende su ámbito de aplicación y hace exigible el consentimiento de ambos cónyuges, tanto en los casos de titularidad exclusiva de cualquiera de ellos como en los de titularidad compartida: copropiedad, gananciales, cusufructo, coarrendamiento, etc. Ahora bien, la diferencia entre uno y otros casos estriba en que, cuando de cotitularidad se trata, el consentimiento exigible de ambos cónyuges se sitúa en el mismo plano, pues ambos consienten y codisponen, mientras que en los casos de titularidad exclusiva de uno de ellos, sólo el titular presta un verdadero consentimiento al acto dispositivo, al tiempo que su cónyuge, al consentir, lo que en realidad hace es prestar su asentimiento a un acto de disposición ajeno. En este sentido se pronuncian LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA (17). En cualquier caso, no parece dudoso que tal limitación al acto dispositivo del cónyuge titular no afecta en absoluto a su capacidad; no es problema de capacidad, pero tampoco parece oportuno, como hace con ciertas reservas DÍEZ PICAZO (18) y más frontalmente

---

(16) BUENAVENTURA CAMY «Proyección legal de la vivienda familiar», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, septiembre-octubre 1988, pág. 1591.

(17) LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA *Ob. cit.*, pág. 301.

(18) DÍEZ-PICAZO *Comentario al artículo 1 320 del Código Civil*.

BUENAVENTURA CAMY (19), entroncar esta norma con las prohibiciones de disponer. Discrepo de tal opinión porque, como en seguida veremos, la sanción que normalmente acompaña a la infracción de las prohibiciones de disponer, dada su fundamentación en razones objetivas, es la nulidad radical, mientras que la infracción del artículo 1.320 se reconduce al mundo de la anulabilidad. En definitiva, pues, el consentimiento, más bien asentimiento del cónyuge no titular es una declaración de voluntad del tipo de las licencias o aprobaciones, o dicho en otros términos, un derecho de veto mediante el cual se protege su interés personal, y a través de él, el de la familia. Asentimiento éste del cónyuge no titular que puede ser prestado preventiva y genéricamente, incluso con el alcance relativamente irrevocable que permiten las capitulaciones matrimoniales, y que, en caso de faltar, ha de ser suplido por la autorización judicial, la cual presupone la imposibilidad material o jurídica de prestar el consentimiento, o la negativa injustificada a otorgarlo y, por supuesto, la ponderación de los intereses familiares en juego. Por lo demás, ocioso es decir que la autorización judicial es impropcedente para suplir el verdadero consentimiento del cónyuge cotitular.

#### c) Sanción por infracción

Según el artículo 1.322 del Código Civil, «cuando la Ley requiera para un acto de administración o disposición que uno de los cónyuges actúe con el consentimiento del otro, los realizados sin él y que no hayan sido expresa o tácitamente confirmados, podrán ser anulados a instancia del cónyuge cuyo consentimiento se haya omitido o de sus herederos. No obstante, serán nulos los actos a título gratuito sobre bienes comunes si falta en tales casos el consentimiento del otro cónyuge».

Una lectura apresurada de este precepto puede hacernos pensar que en él se consagra la sanción por infracción del artículo 1.320, sanción que, ciertamente, con arreglo al párrafo primero del 1.322, es la anulabilidad; sin embargo, una lectura más reposada nos permite llegar a conclusiones que, sin apartarnos de la idea central, esto es, la de que la sanción por infracción del 1.320 es la anulabilidad, resulta más matizada de conformidad con las apreciaciones siguientes que comparto con B. CAMY (20): por un lado es de advertir que el consentimiento del otro cónyuge, que exige el artículo 1.320, puede ser suplido por la autorización judicial, mientras que el consentimiento del 1.322 no puede ser suplido sino mediante la

---

(19) BUENAVENTURA CAMY. *Ob. cit.*, pág. 1619.

(20) BUENAVENTURA CAMY *Ob. cit.*, pág. 1620.

confirmación expresa o tácita (salvo, claro es, el caso de que la cosa sea ganancial en que se permite la autorización judicial supletoria, conforme al artículo 1.377 del Código Civil). Por otra parte, el consentimiento del cónyuge no disponente del artículo 1.322 puede ser impugnado por el otro cónyuge o «por sus herederos», en tanto que al artículo 1.320, difícilmente podría aplicársele esto, ni siquiera por analogía, pues, si falleciese el cónyuge que debe asentir, sus herederos no podrían impugnar la disposición, dado que faltaría ya la hipótesis de la norma, pues ya no se estaría ante una vivienda habitual de la familia. En síntesis, pues, la anulabilidad inherente a la infracción del artículo 1.320 tiene su verdadero acomodo, no en el 1.322, sino en los artículos 1.300 y 1.301, párrafo último del Código Civil y sus concordantes. Por ello, creo también con BUENAVENTURA CAMY (21), que la falta de consentimiento del cónyuge no titular (o de autorización judicial supletoria) no subsanada por su prestación con posterioridad, al originar sólo una anulabilidad del acto o contrato dispositivo, permitirá que pueda tener lugar la caducidad de la acción de la anulación dentro de los cuatro años siguientes al momento en que el cónyuge de que se trate hubiera tenido conocimiento suficiente de dicho acto (lo que difícilmente dejará de suceder dada la situación posesoria), o bien contados esos mismos cuatro años desde el día de la disolución de la sociedad conyugal.

#### d) Eficacia frente a terceros

El párrafo segundo del citado artículo 1.320 del Código Civil establece que «la manifestación errónea o falsa del disponente sobre el carácter de la vivienda no perjudicará al adquirente de buena fe».

La simple lectura de este precepto pone de manifiesto que el legislador de 1981, al redactarlo, se enfrentó con la necesidad de optar por uno de estos dos intereses dignos de protección: a) el interés familiar, proyectado hacia la defensa de su asentamiento físico que es la vivienda, de donde dimanan las limitaciones dispositivas que acabamos de analizar, y b) el interés de la seguridad del tráfico, dirigido a la protección del adquirente de buena fe, que sin duda es tercero respecto del cónyuge no interviniente en el acto dispositivo, cuando la manifestación del disponente es errónea o falsa. Ni que decir tiene que me estoy refiriendo a los casos en que el disponente es titular exclusivo de la vivienda familiar, pues cosa distinta sería si fuese cotitular el otro cónyuge.

No parece demasiado afortunada la redacción de este precepto, y ello

---

(21) BUENAVENTURA CAMY *Ob. cit.*, págs. 1620 y 1621 .

no sólo por poner en pie de igualdad la manifestación errónea (que resulta difícilmente imaginable tanto si se refiere el error vicio de la voluntad, como al error obstativo o error en la declaración), y la manifestación falsa (expresión ésta que parece pensada para los casos de manifestación deliberadamente no verdadera), sino también porque, a pesar de las apariencias y de la literalidad del precepto, la postura adoptada por el Código Civil resulta ambiguamente favorable a la seguridad del tráfico, cuando, en realidad, frente a una situación fáctica de vivienda familiar comprobada, no ofrece duda de que prevalecerá siempre el interés familiar del cónyuge no interviniente en el acto dispositivo, y que el adquirente de buena fe no tendrá más alternativa que la puramente indemnizatoria.

Para eludir en lo posible tales situaciones que, dígase lo que se diga, perjudican o, al menos, no favorecen a los terceros adquirentes de buena fe, el Reglamento Hipotecario ha tratado de salir al paso de la ambigüedad e insuficiencia normativa del Código Civil, estableciendo en su artículo 91.1, en su redacción dada por Real Decreto de 10 de octubre de 1984, que «cuando la Ley aplicable exija el consentimiento de ambos cónyuges para disponer de derechos sobre la vivienda habitual de la familia, será necesario para la inscripción de actos dispositivos sobre una vivienda perteneciente a uno solo de los cónyuges que el disponente manifieste en la escritura que la vivienda no tiene aquel carácter».

Por razones obvias, no voy a extenderme en el análisis de este precepto que, excusado es decir, sólo opera respecto de titularidades previamente inscritas en el Registro o que pretendan acceder a él por primera vez —inmatriculación—. Baste decir que la doctrina lo ha acogido con satisfacción, en la medida en que, desde el punto de vista formal, llenaba el vacío que, según hemos visto, deja el artículo 1.320, párrafo segundo, del Código Civil; pero ello no ha impedido a la propia doctrina reprochar a tal artículo reglamentario, por un lado, el hecho de que no se haya referido expresamente, como hipótesis de la norma, al artículo 1.320 del Código Civil (si bien creo puede alegarse en su descargo su eventual aplicación, como norma registral, a hipótesis semejantes del Derecho de territorios no regidos por el Código); y, por otro lado, que, en contra de su texto literal, no será necesaria la manifestación prevista en dicho artículo 91 del Reglamento Hipotecario en los casos, por lo demás frecuentes en la práctica, de que conste el asentamiento del otro cónyuge o la autorización judicial subsidiaria, e incluso excepcionalmente, como dice BUENAVENTURA CAMY (22), «si se acredita que se ha producido la caducidad de la acción de impugnación del acto anulable».

En todo caso, y cualquiera que sea el alcance crítico que merezca esta

---

(22) BUENAVENTURA CAMY *Ob. cit.*, pág. 1622

norma reglamentaria, creo conveniente resaltar aquí que la misma ha dado lugar a diversos pronunciamientos de la Dirección General, de los que debo destacar los de las Resoluciones de 26 de octubre de 1987, antes aludida, y de 10 de noviembre del mismo año. Esta última contempla un supuesto en el que se trataba de una adquisición hereditaria realizada por varios herederos, que devenían, por virtud de la propia partición, copropietarios, y enajenaban seguidamente una vivienda sin hacer ningún tipo de manifestación, pese al carácter privativo de la adquisición. La Dirección sostiene que en tales supuestos «no deben exagerarse en la calificación registral las exigencias formales», y que «no deben, pues, imaginarse hipotéticos derechos individuales de un comunero sobre el uso o goce de la cosa común, los cuales no derivarían naturalmente del título de comunidad, sino de un eventual acuerdo comunitario posterior, que no consta, y que por cierto vendría a entorpecer la extinción de la comunidad». Por otra parte, la misma Dirección ha abordado el tema de si en la venta por apoderado, puede entenderse que éste se halla o no implícitamente facultado para hacer la manifestación prevista por el 91 del Reglamento Hipotecario, inclinándose, en su Resolución de 17 de diciembre de 1987, por la tesis afirmativa.

#### B) *Situación familiar anormal*

Dice el artículo 96, párrafo último, del Código Civil, en su versión actual de 1981, que «para disponer de la vivienda y bienes indicados cuyo uso corresponda al cónyuge no titular, se requerirá el consentimiento de ambas partes, o, en su caso, autorización judicial».

A fin de evitar repeticiones innecesarias, vamos a analizar este precepto siguiendo una línea sistemática análoga a la del artículo 1.320, resaltando en primer lugar que el paralelismo existente entre ambos preceptos es evidente; no obstante, según quedó señalado anteriormente, también existe entre ellos la diferencia sustancial de que las limitaciones dispositivas previstas en este artículo 96 tan sólo se predicen de los casos en que el uso de la vivienda familiar haya sido atribuido al cónyuge no titular, lo cual es coherente con la finalidad tuitiva del interés familiar que ambos preceptos tratan de proteger, si bien, ahora, cuando el matrimonio está escindido por causa de separación, nulidad o divorcio, es lógico que la protección no pueda ir más allá de sus justos límites, lo que, dicho de otra forma, significa que en estos casos de patología familiar, si el uso de la vivienda corresponde y se atribuye a su titular, éste tiene la libertad dispositiva normal, inherente a su titularidad.

Sin embargo, lo dicho no impide recordar que, pese a la liquidación de las sociedades conyugales que necesariamente acompaña a la ruptura conyu-

gal, pueden perpetuarse, aun transformadas, ciertas situaciones de cotitularidad (p. ej., la vivienda ganancial se adjudica por mitades indivisas a ambos cónyuges, pero su uso se atribuye a uno solo de ellos), que provocan una yuxtaposición de las limitaciones dispositivas del cónyuge desplazado del uso de la vivienda; en efecto, a la imposibilidad de disponer de la cuota ajena, se superpone la exigencia del consentimiento del cónyuge usuario de la vivienda familiar y, en su caso, la autorización judicial. La naturaleza jurídica de este consentimiento no difiere en absoluto del previsto por el artículo 1.320, y debe configurarse también como un asentimiento que funciona como un derecho de veto al acto dispositivo ajeno. *Mutatis mutandis* cabe, pues, remitirse a lo antes dicho, si bien no parece inoportuno resaltar que, aunque ambos preceptos admiten, incluso con el mismo tenor literal, la autorización judicial subsidiaria, la posibilidad de que ésta se conceda, en su caso, es mucho más limitada cuando la atribución de la vivienda familiar es fruto de la ruptura conyugal, dadas las tensiones internas, a veces dramáticas, que la acompañan, que cuando sin tal atribución, el carácter familiar de la vivienda constituye una mera situación fáctica dentro de la normalidad conyugal.

Por otra parte, también cabe decir que la infracción de lo dispuesto en el artículo 96, párrafo final, nos traslada al campo de la anulabilidad resultante de los artículos 1.300 y siguientes del Código Civil. Es más, reiterando ideas antes expuestas, resulta obligado entender inaplicable a este caso la anulabilidad prevista en el artículo 1.322, y ello no sólo porque este precepto forma parte del llamado régimen primario económico-matrimonial, que por hipótesis no afecta cuando el matrimonio está separado, anulado o divorciado, sino también porque, en la medida en que dicho artículo atribuye a los herederos del cónyuge usuario de la vivienda familiar el derecho de anular los actos dispositivos del titular, está contemplado la hipótesis del fallecimiento del usuario, hipótesis ésta que, por sí misma, excluye la posibilidad de que la vivienda sea familiar. Ahora bien, el reconocimiento de que los actos realizados en contravención del artículo 96, párrafo último, son válidos pero anulables, nos enfrenta con otro problema cual es el del cómputo del plazo de cuatro años de caducidad de la acción sentado con carácter general por el artículo 1.301, párrafo primero. A primera vista, y en apariencia, la solución está contemplada en el párrafo último de ese mismo artículo 1.301, a cuyo tenor, «si la acción se dirigiese a invalidar actos o contratos realizados por unos de los cónyuges sin consentimiento del otro, cuando este consentimiento fuera necesario (... dichos cuatro años empezarán a contarse...), desde el día de la disolución de la sociedad conyugal o del matrimonio, salvo que antes hubiese tenido conocimiento suficiente de dicho acto o contrato». Sin embargo, se trata de una apariencia fácilmente desvanecible, ya que si el

término inicial del plazo para ejercitar la acción coincidiese precisamente con la hipótesis del artículo 96, párrafo último, esto es, el día de la disolución de la sociedad conyugal o del matrimonio, resultaría que el derecho impugnatorio del cónyuge usuario de la vivienda familiar, frente a los actos dispositivos del titular, se esfumaría inexorablemente a los cuatro años de la separación, nulidad o divorcio, dejándolo indefenso frente a terceros adquirentes. Por ello, y sin perjuicio de volver más adelante sobre este tema, creo que la solución de *lege ferenda* está en reconocer que en estos casos el plazo se computa desde que el cónyuge usuario tuviere conocimiento suficiente del acto o contrato realizado por el titular.

El paralelismo entre las limitaciones dispositivas de los artículos 1.320 y 96 del Código Civil que hasta aquí hemos venido resaltando, se difumina e incluso desaparece en materia de relaciones con los terceros. Por lo pronto, destaquemos la circunstancia de que el artículo 96 carece de toda referencia explícita a la protección de los adquirentes de buena fe, omisión ésta que no puede ser suplida con la aplicación, ni siquiera analógica, del párrafo segundo del 1.320, pues también éste se halla incluido entre las disposiciones del régimen primario económico-matrimonial. Tratándose de propiedad no inscrita, y algo parecido sucede cuando la vivienda está arrendada, la verdad es que tan difícil, por no decir imposible, resulta que conste el carácter de vivienda familiar en las hipótesis del artículo 1.320, como en las del 96; pero si está inscrita, el impedimento formal que supone el artículo 91 del Reglamento Hipotecario para los actos dispositivos del 1.320, no alcanza a los del artículo 96, en los que el cónyuge usuario no titular, para neutralizar los eventuales efectos de la buena fe del adquirente que contrata con el titular no usuario, únicamente cuenta con la posibilidad de *anotar* o *inscribir* su derecho de uso de la vivienda familiar que le reconoce la disposición adicional novena de la Ley de 7 de julio de 1981, sobre reforma del Código Civil en materia matrimonial, y conste que tal posibilidad, por hipótesis, no se da cuando la vivienda es arrendada. He subrayado las palabras «anotar» o «inscribir» porque quiero aclarar que la anotación debe quedar reservada para la fase procesal de demanda y la inscripción para la fase de sentencia; de lo contrario, dado la duración tasada de las anotaciones, según prevé el artículo 86 de la Ley Hipotecaria (cuatro años prorrogable por otros cuatro), se daría el contrasentido de que transcurrido ese plazo legal máximo, dejaría de producirse el efecto típico de esta anotación, que, sin duda, puede ser incluida en la referencia genérica que hace el artículo 42.10 de la Ley Hipotecaria a las anotaciones preventivas previstas en otras Leyes. A semejanza de otras anotaciones, este efecto no es otro sino advertir a posibles adquirentes del carácter familiar de la vivienda y de las consiguientes limitaciones dispositivas que afectan a su titular no usuario, enervando así, a través de la

publicidad registral, cualquier intento del adquirente, sobre todo si es a título oneroso, de invocar su buena fe por desconocimiento de esta peculiar situación de la vivienda adquirida. Este mismo efecto, pero sin limitación temporal, se obtiene mediante la inscripción del carácter familiar de la vivienda reconocido en la Sentencia y de su atribución al cónyuge no titular.

A modo de resumen de cuanto acabo de decir, creo con ENCARNA ROCA (23) que «concurriendo la buena fe del tercero, el cónyuge usuario no podrá oponerse a la validez del contrato que no obstará para que siga manteniendo la misma situación posesoria existente antes de la enajenación, ya que en caso contrario resultaría sumamente fácil la burla de los derechos del usuario». Y es que, en definitiva, la finalidad tuitiva que destilan todas las normas del Código Civil tras su reforma de 7 de julio de 1981 acerca del régimen de la vivienda en los casos de patología familiar, anteponen su eficacia protectora frente a cualquier otra situación que entre en colisión con aquellas normas; ésta afirmación reviste especial interés en los casos en que, perteneciendo privativamente la vivienda a uno de los cónyuges y hallándose inscrito su derecho, se embargue éste e incluso se llegue a la ejecución mientras el uso de la vivienda está atribuida al otro cónyuge que, por las razones que sean, no ha anotado ni inscrito su derecho en el Registro de la Propiedad. Ni que decir tiene que tales casos y sus eventuales consecuencias indemnizatorias para los terceros ajenos a la confrontación conyugal y familiar caen de lleno en el ámbito de la competencia judicial.

### VIII. EXTINCIÓN: CAUSAS Y EFECTOS

En la sistemática, bastante clásica por cierto, que he adoptado para la redacción y exposición de esta conferencia, no podía faltar, como broche o punto final de la misma, una alusión, siquiera sea breve, a la extinción del régimen jurídico aplicable a la vivienda familiar, con particular referencia a sus causas. También aquí se ofrece a nuestra consideración, machaconamente, la obligada distinción entre las situaciones normales de la familia y las patológicas o de ruptura por causa de separación, nulidad o divorcio, pese a lo cual, no puede desconocerse que existen causas comunes de extinción, ya afectantes a los sujetos (p. ej., la muerte), ya al objeto (así la destrucción o la expropiación), que carecen de interés específico a los objetos de nuestro tema, y que las causas de extinción relativas a la situación familiar normal son asimismo irrelevantes desde la perspectiva

---

(23) ENCARNA ROCA TRÍAS *Ob. cit.*, pág. 614.

que hemos adoptado, pues, o bien atañen a otras ramas del Derecho, como es el de Sucesiones, o bien agotan su interés en los umbrales del Derecho, sin salir de la sociología, como son los casos en que la vivienda deja de serlo por decisión compartida de ambos cónyuges o por la decisión unilateral del cónyuge en quien concurra la doble condición de titular exclusivo y atributivo de su uso.

Mayor interés tiene, a mi juicio, la extinción de la vivienda familiar, mejor dicho, la pérdida del carácter familiar de la vivienda, cuando el uso de ella ha sido atribuido al cónyuge no titular por el convenio regulador de ambos cónyuges, aprobado por el Juez o, en su defecto, por decisión de éste conforme al artículo 96.1 del Código Civil. Este mayor interés dimana del hecho, por lo demás razonable, de hacerse necesaria una resolución judicial de signo contrario a la que produjo la atribución del uso de la vivienda al cónyuge no titular de la misma; normalmente esta resolución judicial se produciría a instancia de parte y habrá de fundarse en alguno de los múltiples y variados motivos que presenta la vida real. A título de simple ejemplo podemos citar, entre otros, los siguientes:

1. La privación, también, por decisión judicial, de la guarda y custodia de los hijos, que por haber quedado en compañía del cónyuge no titular de la vivienda, determinó la atribución a éste del uso de la misma, o la cesación de tal compañía, por ejemplo, por razón de matrimonio de los hijos, por traslado a causa del trabajo, etc.

2. Cuando no habiendo hijos cambien las circunstancias y el cónyuge no titular no ostente el interés más digno de protección; y en estos mismos casos cuando, conforme al artículo 96.3 del Código Civil, haya transcurrido el plazo prudencialmente fijado para la atribución del uso de la vivienda al cónyuge no titular.

3. Por no uso de la vivienda atribuida. En cuanto a la duración del no uso y, a falta de norma directamente aplicable, parece razonable entender con LETE DEL RÍO (24) que «por analogía con lo dispuesto en el artículo 62.3 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, podría considerarse el de más de seis meses en el curso de un año, como plazo adecuado».

4. Por nuevas nupcias del ex-cónyuge usuario salvo que, aunque esto es dudoso, haya hijos del anterior matrimonio que permanezcan en compañía de aquél bajo su guarda y custodia.

En cambio, no creo que sea causa de extinción del carácter familiar de la vivienda la extinción de la patria potestad, toda vez que, como dice O'CALLAGHAN (25), cuya opinión comparto en contra de la de LETE DEL

---

(24) LETE DEL RÍO «Comentario al art. 96 del Código Civil», en *Matrimonio y divorcio*, Civitas, 1982, pág. 745.

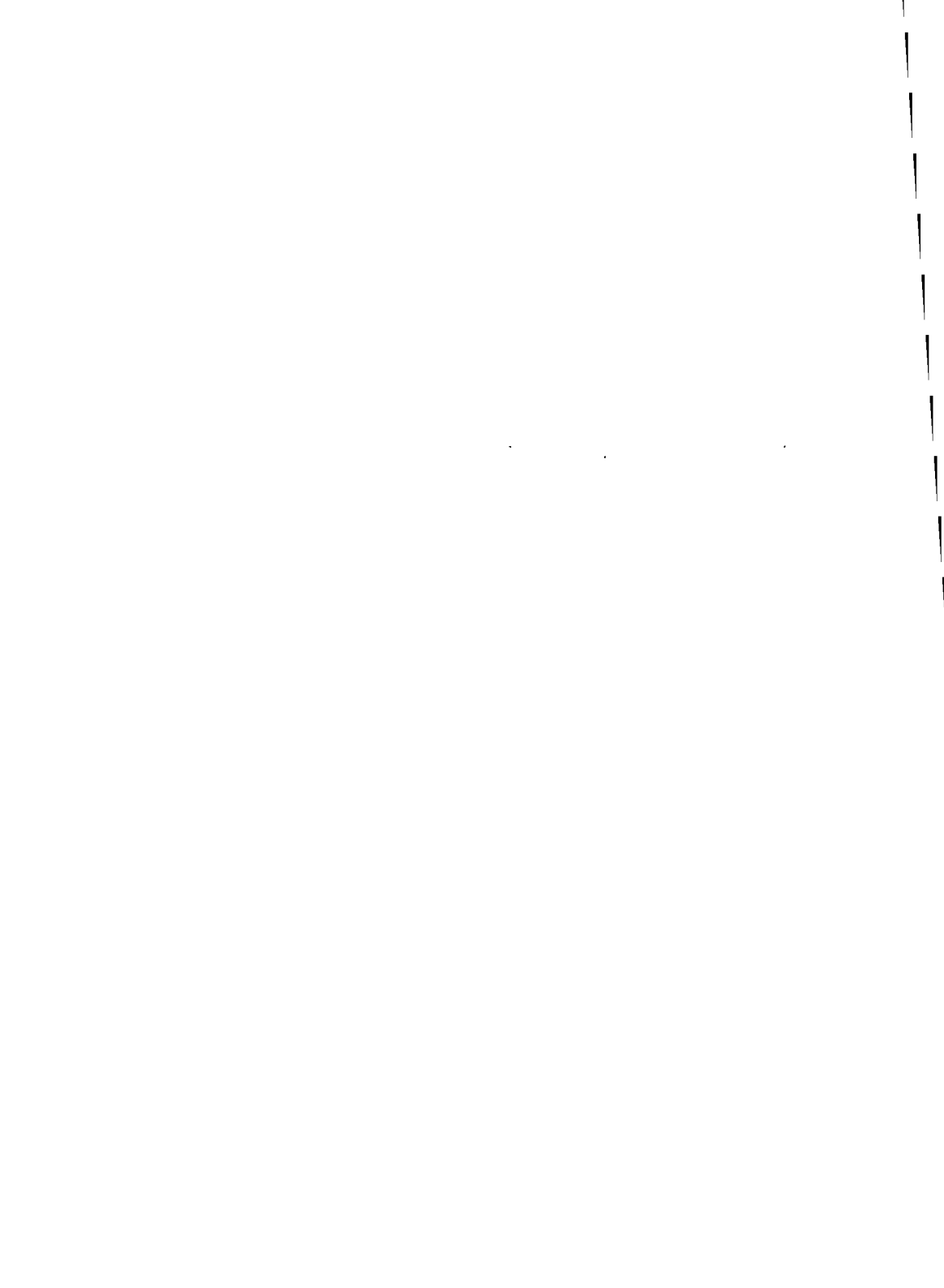
(25) O'CALLAGHAN *Ob. cit.*, pág. 1338

RÍO , el artículo 96 se refiere a los hijos que vivan en compañía del cónyuge ocupante, abstracción hecha de si perdura o no la patria potestad, la cual, a mayor abundamiento, puede ser prorrogada según el artículo 171 del Código Civil en el caso especial de quienes estando incapacitados llegan a la mayoría, manteniéndose así la convivencia y con ello la justificación de la vivienda familiar.

Ni que decir tiene, a modo de conclusión sintética, que, extinguido el carácter familiar de la vivienda, cesan las limitaciones afectantes a su disponibilidad, lo cual, por sí solo, justifica el que le hayamos dedicado estas breves líneas finales, con las que concluyo mi exposición, no sin antes pedir disculpas por haber abusado DESMESURADAMENTE de «su» paciencia. Muchas gracias.

ÁNGEL LUCINI CASALES

# DICTAMENES Y NOTAS



# XV Congreso y Coloquio Europeos de Derecho Rural

Durante los días 2 al 6 de octubre pasado, tal como reseñamos en nuestro número anterior, se celebró en Gante (Bélgica) este Congreso con asistencia de agraristas de todos los países de Europa.

En la Comisión I se trató el tema del Estatuto Jurídico del Patrimonio Mobiliario e Inmobiliario de la Empresa Agraria. Se presentaron ponencias por los representantes de los diversos países y con ellas el Ponente general, Mr. Meyer, Profesor de aquella Universidad, redactó un informe general de gran valor en cuanto recoge la esencia de los distintos sistemas de nuestra área, dando una visión general del Derecho comparado.

Publicamos a continuación la ponencia española, presentada por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS, Registrador de la Propiedad de Madrid, Vocal de la Junta Directiva de la Asociación Española de Derecho Agrario, y también el informe general de Mr. Meyer, por su gran valor informativo, al hacer un resumen de los sistemas en Europa.

También fue interesante el tema tratado en la mesa redonda: «Las consecuencias jurídicas del abandono de tierras agrícolas». Reproducimos la ponencia española sobre el particular, cuyo autor es CARLOS ALONSO GARCÍA, Letrado del Instituto Nacional de Reforma y Desarrollo Agrario y también Vocal de la Junta Directiva de la Asociación dicha.

La ponencia española sobre el Estatuto Jurídico de la Mujer en la Empresa Agraria se presentó por DESAMPARADOS LLOMBART BOSCH, Profesora de la Universidad Politécnica de Valencia. Es de gran profundidad y también la publicamos.

## A) EL ESTATUTO JURIDICO DEL PATRIMONIO INMOBILIARIO Y MOBILIARIO DE LA EXPLOTACION AGRICOLA EN ESPAÑA

### INTRODUCCIÓN

#### 1. *Normas reguladoras*

La explotación agraria se rige en España, principalmente, por las siguientes normas:

a) Ley 49/1981, de 24 de diciembre, que regula el Estatuto de la Explotación Familiar Agraria en general, dando normas para su desarrollo y para proteger su integridad.

b) Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, texto de 12 de enero de 1973, que contiene normas generales para el régimen de las tierras agrícolas, especialmente sobre explotaciones y unidades de cultivo.

c) Con carácter general y supletorio, los preceptos aplicables al suelo rústico contenidos en el Código Civil, Ley Hipotecaria, Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin desplazamiento. En lo referente al arrendamiento, la Ley de Arrendamientos Rústicos de 31 de diciembre de 1980.

#### 2. *Concepto y finalidades de la explotación familiar*

El Estatuto contenido en la Ley de 1981 define en su artículo 2.º la explotación familiar agraria como el conjunto de bienes y derechos organizados empresarialmente por su titular para la producción agraria, siempre que constituya el medio de vida principal de la familia y pueda proporcionarles un nivel socioeconómico análogo al de otros sectores.

Como objetivos, esta Ley se propone, en su artículo 1.º, constituir explotaciones agrarias viables y mantener su integridad y continuidad como unidades empresariales, promoviendo su desarrollo y modernización; estimular el acceso de los agricultores jóvenes y facilitar la inscripción registral de los bienes y derechos que constituyen las explotaciones familiares agrarias.

#### 3. *Titularidad*

Aunque la regulación tradicional del dominio atribuye su titularidad a la persona individual, el Código Civil español, en caso de matrimonio, presupone como régimen normal y supletorio, si no hay convenio en

contrario, el de comunidad de bienes, considerándose incluidos en la llamada «sociedad de gananciales» los bienes obtenidos por el trabajo de cualquiera de los cónyuges, los frutos que produzcan todos los bienes de los esposos y todos los bienes adquiridos a título oneroso durante el matrimonio a costa del caudal común (art. 1.347).

La comunidad matrimonial en sus diversos tipos está arraigada en las distintas regiones de España (salvo en Cataluña y Baleares) y mucho más en los ámbitos rurales, por lo que la institución de la explotación familiar agraria es la más frecuente y común, casi sin excepción.

De aquí que sea perfectamente aceptable la norma establecida en el artículo 4.º del Estatuto de 1981, señalando que la titularidad de la explotación podrá recaer, en caso de matrimonio, en ambos cónyuges, siendo suficiente que uno de ellos reúna los requisitos del artículo 2.º: Que desarrolle la actividad agraria como principal, con asunción del riesgo empresarial, y que los trabajos de la explotación se realicen personalmente por el titular y su familia. El mismo artículo 4.º del Estatuto reafirma la continuidad familiar al expresar que a efectos sucesorios o de continuación de la comunidad conyugal, en lo que se refiere específicamente a la explotación familiar agraria, se entenderá que el cónyuge superviviente reúne tales requisitos profesionales y empresariales exigidos.

Junto a la explotación familiar, que es la más común, existen también en España, naturalmente, numerosas formas asociativas en las que se manifiesta la agricultura de grupo, de las que nos ocuparemos después.

#### 4. *Inscripción en el Registro de la Propiedad*

En España, la Ley Hipotecaria considera en principio a la finca como unidad básica para la inscripción en el Registro, no admitiéndose los folios a base de títulos o personas.

Sin embargo, esa misma Ley contiene las normas precisas que conceden al Registrador la posibilidad de encuadrar y recibir esta figura insoslayable de nuestra realidad campesina que es la explotación agraria, familiar o asociativa.

El artículo 8, 2.º, de la Ley Hipotecaria, aclarado por el artículo 44 de su Reglamento, permite la inscripción de toda explotación agrícola, con o sin casa de labor, que forme una unidad orgánica aunque constituida por predios no colindantes. Por su parte, el Estatuto de la Explotación Familiar Agraria de 1981 contiene varios preceptos que facilitan su inscripción registral a los efectos de asegurar su integridad y de publicar frente a todos el régimen de protección que se le concede. Hay, pues, el doble dato de la seguridad jurídica y de evitar su disgregación.

Aunque la inscripción en el Registro de la Propiedad no alcanza a todos los elementos de la explotación, sino sólo a los inmuebles por naturaleza o por destino que la integran, hay que reconocer que ya esto es bastante para proteger la unidad de la empresa al ser sus elementos más estables y valiosos. La legislación registral española tiene los resortes suficientes para garantizar la seguridad y la permanencia de la explotación agraria.

## I. PATRIMONIO DE LA EXPLOTACIÓN AGRARIA

### 1. *Concepto y bienes que comprende*

El civilista español Profesor Federico de Castro considera el patrimonio como una *situación unitaria organizada* en que se encuentra una serie de relaciones jurídicas de carácter económico a las que la Ley confiere una titularidad que por un lado significa un ámbito de poder y por otro de responsabilidad del sujeto titular.

El Estatuto de la Explotación Familiar Agraria de 1981, aunque reflejando el vínculo de la afectación a los fines de la explotación, sólo contiene una enumeración inorgánica; donde mezcla, sin distinguirlos, los inmuebles y los muebles. En su artículo 3.º dice que constituyen elementos de la explotación los bienes inmuebles de naturaleza jurídica y los edificios, incluida la vivienda, construidos sobre los mismos; las instalaciones agropecuarias, incluso de naturaleza industrial, y los ganados, máquinas y aperos integrados en la explotación y afectos a la misma que pertenezcan al titular, a su cónyuge o a ambos en propiedad. Constituyen también elementos de la explotación, sigue diciendo el artículo 3.º, los arrendamientos y los derechos de uso y disfrute que, en virtud de cualquier título, puedan pertenecerle sobre tales bienes, así como los demás derechos que puedan corresponder a su titular y sirvan a aquélla.

### 2. *Clasificación legal*

El Código Civil español acepta la distinción clásica entre bienes muebles e inmuebles (art. 333). Dice que son bienes muebles los que se pueden transportar de un punto a otro, aceptando un criterio de movilidad física, junto al de exclusión: son muebles los no relacionados entre los inmuebles. El patrimonio inmobiliario no se define en el Código: el artículo 334 adopta un simple sistema de enumeración, sin seguir criterios definidos.

Tomando como base estos preceptos legales, la doctrina ha clasificado los bienes en diversos tipos. Recogemos sólo los que nos interesan a efectos del patrimonio agrícola:

*a)* Bienes inmuebles por naturaleza o incorporación:

- El suelo: tierras, edificios, caminos y construcciones de todo género adheridos al suelo (art. 334, 1.º).
- Los árboles y plantas y los frutos pendientes, mientras estuvieren unidos a la tierra o formaren parte integrante de un inmueble (art. 334, 2.º)
- Todo lo que esté unido a un inmueble de una manera fija, suerte que no pueda separarse de él sin quebrantamiento de la materia o deterioro del objeto (art. 334, 3.º).
- Las aguas vivas o estancadas (art. 334, 8.º). Es de señalar la fuerte limitación introducida por la nueva Ley de Aguas de 2 de agosto de 1985, que parte de una consideración pública de las aguas territoriales, sustrayéndolas en general del dominio privado.

*b)* Inmuebles por destino del propietario:

- Las máquinas, vasos, instrumentos o utensilios destinados por el propietario de la finca a la explotación que se realice en la heredad y que directamente concurren a satisfacer sus necesidades (art. 334, 5.º).
- Los viveros de animales, palomares, colmenas, estanques de peces o criaderos análogos, cuando el propietario los haya colocado o los conserve con el propósito de mantenerlos unidos a la finca y formando parte de ella de un modo permanente (art. 334, 6.º).
- Los abonos destinados al cultivo de una heredad que estén en la tierra donde hayan de utilizarse (art. 334, 7.º).

*c)* Inmuebles por definición de la Ley:

Las concesiones administrativas y las servidumbres y demás derechos reales sobre bienes inmuebles (art. 334, 10). En este punto se pueden señalar las concesiones de aguas para riegos, las servidumbres prediales y los derechos reales de uso y disfrute sobre cosa ajena.

*d)* Bienes muebles por naturaleza:

- Los que se pueden mover sin menoscabo de la finca en que estén situados (art. 335).
- De modo especial, los ganados, máquinas y aperos señalados en el artículo 3.º del Estatuto de 1981.

e) Bienes muebles por definición de la Ley:

- En general, todos los no comprendidos en la enumeración del artículo 334 (art. 335).
- Las rentas o pensiones que no graven con carga real a un inmueble y los títulos representativos de préstamos hipotecarios (art. 336).

Por tanto, son inmuebles el suelo, las construcciones, los árboles y demás derechos unidos a la tierra de modo inseparable. Son muebles, en cambio, la maquinaria agrícola, los aperos y el capital móvil, en general.

Las cosechas pendientes se consideran en Derecho español como bienes inmuebles en tanto que estén unidas a la tierra (art. 334, 2.º), mientras que pasarán a ser consideradas bienes muebles en cuanto los frutos se recojan y sean almacenados.

Los abonos tienen también una doble posibilidad: se consideran muebles si están fuera de la tierra o almacenados; serán inmuebles, en caso contrario, si están en la tierra que haya de utilizarlos.

Para terminar este apartado diremos que en el Derecho español estas distinciones entre muebles e inmuebles no sufren alteración tanto si pertenecen en propiedad al titular de la explotación agraria como si éste no es el propietario.

## II. FORMAS DE EXPLOTAR LA TIERRA

Puede ser en propiedad o a título distinto.

Cuando el titular es dueño de las fincas y de los instrumentos de labranza, no se presentan demasiadas cuestiones jurídicas, en el puro ámbito del Derecho civil, que puedan afectar a la explotación. El dueño ejercita las facultades que le concede su derecho sin más limitaciones que las establecidas en la Ley.

En España son también bastantes comunes los casos en que el cultivador no es propietario de las tierras, sino que las lleva en arrendamiento, en usufructo, aparcería o cualquier otra relación que le permite el disfrute de las fincas ajenas integradas en su explotación. Lo frecuente en estos casos es que sea el propio cultivador titular de la explotación quien aporte la maquinaria, el capital y los demás elementos mobiliarios precisos y no el propietario; éste se limita a ceder el suelo y nada más.

Sin embargo, puede darse y se da cualquiera otra combinación al respecto, dado el sistema de libertad contractual y dados los supuestos concretos en la práctica. Es más, cuando el contrato toma la forma de «aparcería», que es una modalidad arrendaticia, el artículo 102 de la Ley de Arrendamientos Rústicos de 1980 obliga al dueño de la finca no sólo

a ceder su cultivo, sino también a aportar al menos una cuarta parte del total del ganado, maquinaria y capital circulante.

Con esto queda claro que en España, salvo el supuesto dicho, hay absoluta autonomía de la voluntad en estas relaciones, por lo que es perfectamente posible y son frecuentes los casos de aportación por los propietarios no sólo de las tierras sino también de los elementos que en cada caso sean precisos.

### III. GARANTÍAS DE LAS OBLIGACIONES DE LA EXPLOTACIÓN

#### 1. *Responsabilidad general*

El principio de la responsabilidad patrimonial universal está expresado claramente por el artículo 1.911 del Código Civil español, según el cual el deudor responde del cumplimiento de sus obligaciones con todos sus bienes presentes y futuros. Siendo así, no hay excepción alguna y por tanto los bienes integrantes de una explotación agrícola garantizan con su valor tanto las actuaciones contractuales de su titular como el cumplimiento de los deberes que las Leyes puedan imponer al mismo. En la norma general expresada se incluyen todas las obligaciones y todos los bienes, muebles o inmuebles, de cualquier clase que sean.

#### 2. *Tipos de garantías especiales*

Aparte esa responsabilidad general, en el sistema español los distintos bienes pueden gravarse con derechos o garantías particulares y así pueden ser objeto:

a) *De hipoteca*, los bienes inmuebles susceptibles de inscripción en el Registro de la Propiedad y los demás derechos enajenables impuestos sobre los mismos inmuebles (art. 106 de la Ley Hipotecaria).

b) *De hipoteca mobiliaria*, que es una figura intermedia de hipoteca sobre muebles individualizables en un registro público: los vehículos de motor y especialmente los tractores agrícolas (arts. 12 y 34 de la Ley de Hipoteca Mobiliaria).

c) *De prenda sin desplazamiento de la posesión:*

- Los frutos pendientes o separados y las cosechas esperadas dentro del mismo año.
- Los animales, sus crías y productos.
- Y las máquinas o aperos de las explotaciones agrícolas. Así lo

recoge el artículo 52 de la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento de 16 de diciembre de 1954.

En cuanto a quién puede gravar estos bienes con garantías especiales:

— Sólo el propietario de las fincas, si se trata de hipoteca.

En cambio, el cultivador de la explotación, aunque no sea propietario de las tierras, puede constituir prenda sin desplazamiento, como hemos visto, sobre los frutos, animales, máquinas y aperos, pues así lo permite el artículo 52 de la Ley citada; basta con que sea arrendatario o tenga una relación contractual o real que le configure como «titular legítimo de la explotación» para que la Ley le autorice expresamente a pignorar.

Con lo anterior queda dicho que en España existe también, al igual que en Derecho belga, una garantía o privilegio de carácter real, bien sea mediante hipoteca sobre inmuebles o hipoteca mobiliaria, ambas objeto de inscripción registral, que cubre el ejercicio del derecho de los acreedores para hacer efectivos sus créditos, bien sobre las fincas, bien las cosechas y frutos de los árboles, sean pendientes o recogidos, o bien sobre la maquinaria y utensilios de la explotación, cubriendo todo caso de deudas del cultivador titular de la explotación.

#### IV. AGRICULTURA ASOCIATIVA

Ya hemos dicho que en España son cada vez más frecuentes los casos de constitución de sociedades, cooperativas u otras formas de agrupaciones que tiene por objeto la gestión comunitaria de explotaciones agrícolas, sean puramente individuales o familiares.

En todos estos casos, los fundadores pueden aportar las fincas, los demás inmuebles por destino, así como los muebles, útiles de labranza, trabajo en común, el capital circulante y todos los demás elementos integrantes de sus respectivas explotaciones. Estas aportaciones pueden ser en su totalidad o por elementos aislados, según acuerden y les convenga, dada la libertad de contratación y la total autonomía de la voluntad que preside nuestro Derecho de obligaciones.

Estas aportaciones, al incorporarse al patrimonio común de la explotación agrupada se rigen por las normas generales de las comunidades de bienes y en especial por las reglas que sean aplicables a cada uno de los tipos de sociedad que se haya elegido para efectuar la aportación.

En España se conocen variados tipos de estas asociaciones:

— La comunidad municipal o parroquial, que históricamente se ha concretado en los aprovechamientos colectivos o comunales de montes y pastos.

- La comunidad familiar, muy arraigada en las regiones de Derecho Foral, que tiende a mantener la unidad de la casa familiar sin disgregarse por muerte del titular.
- La asociación o sociedad civil, regida por las normas generales del Código Civil para el contrato de sociedad, que sigue el régimen personalista por cuotas.
- Las sociedades mercantiles, regidas por el Código de Comercio o más bien por las Leyes especiales de Sociedades Anónimas (17 julio 1951) o Sociedades de Responsabilidad Limitada (Ley 17 julio 1953).
- Las cooperativas, regidas por la Ley General de 2 de abril de 1987, que dedica disposiciones especiales a las cooperativas agrarias (arts. 133 a 138). Las define como aquellas que asocian a personas físicas o jurídicas, titulares de explotaciones agrícolas, forestales o ganaderas y tienen por objeto la prestación de suministros y servicios y la realización de operaciones encaminadas al mejoramiento económico y técnico de las explotaciones de sus socios. El artículo 137 establece las normas para la cesión del uso y aprovechamiento de los bienes.
- Las sociedades agrarias de transformación son una figura típicamente española, derivada de los antiguos Grupos Sindicales de Colonización. Se rigen por su Estatuto de 3 de agosto de 1981, cuyo artículo 1.º las define como sociedades civiles de finalidad económico-social en orden a la producción, transformación y comercialización de productos agrícolas, ganaderos o forestales, la realización de mejoras en el medio rural, promoción y desarrollo agrarios y la prestación de servicios comunes que sirvan a aquella finalidad.

En materia de aportación de bienes a estos distintos tipos de sociedades o agrupaciones, las normas que las rigen suelen ser bastante análogas y contienen muy pocas especialidades diferenciadoras.

No hay en España disposiciones legales que restrinjan la aportación de elementos patrimoniales, cualquiera que sea su clase, al capital o patrimonio de una sociedad o asociación agraria. Al contrario, la aportación del derecho arrendaticio está expresamente reconocido; así, la Ley de Arrendamientos Rústicos de 1980 autoriza en su artículo 71, *f*), la aportación del uso y disfrute de las tierras por el arrendador a las cooperativas, sociedades agrarias de transformación u otras formas de asociación de agricultores; y el artículo 137 de la Ley de Cooperativas, en su número 3, establece que el arrendatario y demás titulares de un derecho de goce podrán ceder el uso y aprovechamiento de los bienes por el plazo máximo

de duración de su contrato o título jurídico, sin que ello sea causa de desahucio o resolución del mismo.

## V. EFECTOS DEL MATRIMONIO Y SU DISOLUCIÓN

### 1. *El matrimonio y la explotación agraria*

En España, salvo pacto en contrario, rige para el matrimonio el sistema de comunidad de bienes antes reseñado. Los bienes que cada uno de los cónyuges adquirió antes de casarse o los que sean privativos por adquirirlos a título gratuito conservan su naturaleza y pertenecen a cada esposo en cuanto al dominio y administración. Los que sean comunes por ser adquiridos a título oneroso o mediante el trabajo de los esposos pertenecen a los dos en comunidad germánica y se administran conjuntamente por ambos (art. 1.375 Código Civil).

Por ello, si por voluntad de los esposos se incorporan a la explotación agraria familiar, se registrarán en lo interno por las normas de administración y disposición propias de la comunidad y frente a terceros como integrantes de la explotación. El artículo 1.367 del Código Civil dice que los bienes gananciales responderán de las obligaciones contraídas por los dos cónyuges o por uno de ellos con el consentimiento del otro; el artículo 1.365 también sujeta a responsabilidad a los gananciales cuando se trate del ejercicio ordinario de la profesión de un cónyuge, que será la agrícola en este caso.

Es norma especial el artículo 13 del Estatuto de la Explotación Familiar Agraria, estableciendo que en caso de matrimonio, si la titularidad de la explotación recae en ambos cónyuges, para disponer de la explotación o de alguno de los inmuebles que la integran será preciso el consentimiento de los dos o, en su caso, autorización judicial con independencia del carácter común o privativo de dichos bienes. Sigue diciendo dicho artículo que, faltando el consentimiento de uno de los cónyuges o la autorización judicial, los actos dispositivos podrán ser anulados durante un plazo de cuatro años desde la realización del acto.

### 2. *Disolución del matrimonio*

En caso de divorcio se procede a la liquidación de la comunidad conyugal por el convenio de los esposos o por sentencia judicial, para distribuir entre ellos los bienes que les eran comunes.

Estos convenios entre esposos, en principio libres en cuanto a su con-

tenido y modo de distribuir los bienes, pueden ser modificados por el Juez si son gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges. Aparte esa medida precautoria general, existe un precepto especial válido para impedir la desintegración de la explotación agraria existente que supone el artículo 1.406 del Código Civil. Este dispone que el cónyuge a quien corresponda «tendrá derecho a que se incluyan con preferencia en su haber, hasta donde éste alcance..., la explotación agrícola que hubiera llevado con su trabajo».

La disolución de la comunidad conyugal se da también, naturalmente, en caso de fallecimiento de uno de los esposos; entonces deberá liquidarse el caudal común entre el esposo sobreviviente y los herederos del fallecido. Para este supuesto rige igualmente la preferencia antes señalada en el artículo 1.406 del Código Civil, que tiende a la continuación de la explotación agraria.

Pero veremos más ampliamente los efectos del fallecimiento de un cónyuge en las normas de Derecho sucesorio de la explotación que exponemos a continuación.

## VI. SUCESIÓN «MORTIS CAUSA» DE LA EXPLOTACIÓN

### 1. *Normas generales*

El Código Civil español, de tinte individualista, inicialmente señala en el artículo 1.061 un criterio de partición exageradamente igualitaria entre los herederos, ordenando que se hagan lotes semejantes para adjudicar a cada uno de ellos cosas de la misma naturaleza, calidad y especie.

Sin embargo, en el artículo 1.062 se corrige un tanto este principio al establecer que cuando una cosa sea indivisible o desmerezca mucho por su división podrá adjudicarse tan sólo a uno de los herederos, a calidad de abonar a los otros el exceso en dinero. Y como norma especial favorable al mantenimiento de la empresa agraria debe resaltarse el artículo 1.056, 2.º, según el cual el padre que en interés de la familia quiera conservar indivisa una explotación agrícola podrá efectuar la partición de sus bienes disponiendo que se satisfaga en metálico la herencia legítima que haya de corresponder a los demás hijos.

### 2. *Normas especiales*

En diversas Leyes especialmente agrarias se establecen normas protectoras de la integridad de la explotación para caso de sucesión hereditaria:

a) El Estatuto de la Explotación Familiar Agraria de 1981 establece un régimen especial sucesorio, extensivo a las explotaciones creadas por el Instituto de Reforma y Desarrollo Agrario, y consiste, en esquema, en lo siguiente:

- Al fallecimiento de un cónyuge, la explotación se atribuirá en usufructo al sobreviviente, con la obligación de atender al sostenimiento de la familia (art. 14).
- El titular de la explotación podrá convenir la sucesión en dicha titularidad mediante pacto sucesorio; éste deberá ser otorgado por ambos cónyuges si se trata de explotación familiar. El orden de prelación de esta sucesión pactada es:
  - 1.º Colaborador en la explotación, que sea legitimario.
  - 2.º Si no hay legitimarios o con consentimiento de éstos, podrá dejarse la explotación al colaborador con una experiencia profesional mínima de dos años (arts. 16, 17 y 5.º).
- En la sucesión por testamento, que puede ser mancomunado por ambos cónyuges o por comisario nombrado por ellos. La sucesión tiene este orden de prelación: En primer lugar, el heredero forzoso designado. Si no hay herederos forzosos o renuncian, el que sea designado. (art. 21).
- En la sucesión intestada, el orden es el siguiente (art. 27):
  - 1.º Heredero legítimo más próximo, que sea colaborador.
  - 2.º Si hay varios, el que permaneció más tiempo en la explotación.
  - 3.º Quien se comprometa a continuarla, con acuerdo de la mayoría.
  - 4.º Si no son legitimarios, el más antiguo; si hay varios de igual antigüedad se precisa el acuerdo de la mayoría.

En los artículos 28 a 37 del Estatuto de la Explotación se sientan como disposiciones comunes a las diversas clases de sucesión el principio de adjudicación a un solo heredero que será el continuador de la explotación agraria y que sólo tendrá, respecto a los demás herederos con derecho a parte legítima, la obligación de abonarles su parte en metálico en plazo de diez años.

b) Cuando el titular de la explotación no es propietario y sólo lleva las tierras como arrendatario, la Ley de Arrendamientos Rústicos de 1980 establece la sucesión en los derechos del colonato y por tanto en la titularidad de la explotación agraria en los siguientes términos, señalados en los artículos 79 a 81 de dicha Ley:

- El sucesor ha de ser, en todo caso, profesional de la agricultura.
- Sólo sucederá al causante una persona; cuando haya varios con el mismo derecho sucederá en el arrendamiento quien elija la mayoría. La relación arrendaticia es indivisible, por lo que la explotación basada en ella tampoco se divide.
- El orden de preferencia se determina en los artículos 71, *d*), y 79, del siguiente modo:
  - 1.º El subarrendatario descendiente que lo haya pactado así con el arrendatario, a título de sucesión.
  - 2.º El legitimario cooperador en el cultivo que designe en su testamento el arrendatario.
  - 3.º El cónyuge supérstite.
  - 4.º El heredero que al abrirse la herencia fuese subarrendatario o colaborador. En su defecto, cualquiera otro heredero.

### 3. *Sucesión en caso de sociedades*

Si bien hay alguna disposición particular para la sucesión «mortis causa» de un socio en los artículos 40-5 y 137-8 de la Ley General de Cooperativas, en España se siguen las normas generales sucesorias aplicables a las distintas sociedades, sean personalistas o de capital.

Caso de fallecimiento de un socio, el sucesor se subroga en su lugar, sin repercutir en la marcha de la sociedad ni, por tanto, en la marcha de la explotación agraria, cuando ésta está incardinada en el ente social. La sociedad permanece y no se altera aunque se muden algunos de sus componentes.

La sucesión seguirá, pues, las normas comunes.

El artículo 40-5 de la Ley de Cooperativas dice que las aportaciones al capital social de los asociados podrán transmitirse por sucesión «mortis causa» si los derechohabientes adquieren la condición de socios en el plazo de seis meses desde la aceptación de la herencia. Una norma paralela establece el artículo 137-8 para el caso genérico de baja del socio, sin distinguir si es por fallecimiento, pero será perfectamente aplicable.

Y el número 9 del mismo artículo 137 de la Ley de Cooperativas dice que el que haya sido designado colaborador o sucesor de una explotación familiar agraria podrá representar al socio causante en los acuerdos sociales y derechos elegibles.

## B) EL ESTATUTO JURIDICO DEL PATRIMONIO MOBILIARIO E INMOBILIARIO DE LA EMPRESA AGRICOLA EN EUROPA

### INFORME GENERAL

A partir de los excelentes informes nacionales que han sido presentados, trataremos de desligar las normas y principios que, de forma general, son característicos del Estatuto Jurídico de los Bienes Patrimoniales de las Explotaciones Agrícolas. Buscaremos los «denominadores comunes» que aparecen en los sistemas jurídicos de la mayor parte de los países europeos, mientras que por otra parte pondremos el acento en las reglas específicas de uno u otro de estos países.

Desde este momento transmito mi sincero agradecimiento a todos los informadores nacionales por su colaboración eficaz y la ayuda inestimable que han aportado a nuestros trabajos, y especialmente procurando una respuesta detallada a las numerosas preguntas reiteradas en el formulario que fue difundido.

Con ocasión de la breve introducción a nuestro informe general, no es inútil recordar que las nociones *empresa agrícola* y *explotación agrícola* deben ser entendidas, en el contexto de nuestros trabajos, en el amplio sentido del término, mencionando los cultivos de cereales, la horticultura, ganadería, los cultivos hortícolas, los cultivos de plantas ornamentales, la viticultura, no citamos más que las formas más corrientes de explotaciones agrícolas, entre otras.

La denominación *explotación agrícola* no es unánimemente admitida como término más apropiado; algunos textos dan preferencia al término *empresa agrícola*.

En nuestro informe trataremos de delimitar la diferencia de aproximación que cada una de estas denominaciones representa, en vista del tema objeto de los trabajos de nuestra comisión.

### I

En agricultura varios factores, unos más importantes que otros, influyen y determinan la rentabilidad, hasta la viabilidad de una explotación agrícola.

Nadie puede negar que entre estos factores, los bienes —inmuebles y muebles— destinados a la explotación agrícola ejercen un papel preponderante y constituyen una real *conditio sine qua non*.

Ciertamente, las cualidades profesionales, el trabajo del agricultor, incluso en ello sus capacidades de administrar la empresa representan

igualmente factores esenciales para la viabilidad de la explotación agrícola. No obstante, ¿cuáles serían las posibilidades de producción de un agricultor que no dispusiera de tierras, material agrícola, ganado, pasto, simientes, etc.?

Esta consideración justifica ampliamente el interés dado al tema recogido por nuestros trabajos, a saber: el Estatuto Jurídico del Patrimonio Inmobiliario y Mobiliario de la Empresa Agrícola.

De entrada aparece una cuestión fundamental: el problema de la distinción entre bienes inmuebles y bienes muebles. Esta distinción ¿se comprueba importante, aun fundamental? ¿O está superada por la evolución de los conceptos jurídicos o incluso por la evolución de las condiciones de explotación en agricultura?

En respuesta a estas preguntas, constatamos de entrada que la distinción clásica entre bienes inmuebles y bienes muebles figura (incluso) en el Código Civil de numerosos países europeos.

Las disparidades se presentan, no obstante, cuando se trata de definir lo que pertenece a los bienes inmuebles, de un lado, y a los bienes muebles, por otro lado.

Con miras a poder tomar en consideración estas disparidades es inexcusable profundizar más en los sistemas jurídicos, en las situaciones concretas adecuadas a ciertos países.

En general, la distinción entre bienes muebles e inmuebles no atañe solamente a los bienes corporales, sino también a los bienes incorporeales: los derechos y las creencias. Por otra parte, la distinción entre bienes muebles e inmuebles se traduce en reglas particulares relativas a las medidas de publicidad de las transacciones inmobiliarias, así como a las posibilidades de hipoteca, de beneficio, embargo y prescripción adquisitiva.

La distinción fundamental entre bienes muebles e inmuebles puede con todo ser desnaturalizada por las disposiciones legales del Código Civil que atribuyen a objetos susceptibles de desplazamiento el carácter de inmuebles.

Es el caso de bienes denominados inmuebles *por destino*, en razón de su aplicación como accesorios de un bien inmueble por naturaleza.

Esta clasificación, de hecho ficticia, en tanto cuanto que bienes inmuebles (por destino) no es lo mismo que los bienes inmobiliarios por naturaleza y los bienes inmuebles por destino que pertenecen al mismo propietario.

A la inversa, ciertas cosas inmuebles por naturaleza son consideradas como bienes muebles, en función de su estado futuro, su destino más o menos alejado en el tiempo. Tal es, por ejemplo, el caso en que los árboles, que formando parte de un arbolado o de un bosque, son vendidos antes de la cosecha.

Los bienes incorporeales, tales como los derechos y las creencias, son considerados como bienes inmuebles o como bienes muebles, según que el objeto al que se refieran sea mueble o inmueble.

Frecuentemente la Ley no se limita a dar una definición de los conceptos *mueble e inmueble*, sino que enumera igualmente los principales objetos que dependen de una o de otra categoría de bienes. Es el caso, por ejemplo, de los Países Bajos y Bélgica.

*El derecho alemán* no admite definición de las nociones bienes inmuebles y bienes muebles, más la distinción se presupone y no atañe más que a los bienes corporales.

Por otra parte, el Código Civil alemán no conoce los bienes inmuebles por aplicación. Por contra, introduce nociones diferentes enunciando qué cosas, bienes (Sachen) pueden estar compuestas por varios elementos constitutivos y especialmente de elementos esenciales (Wesentliche Bestandteile).

Así, los edificios son considerados como elementos constitutivos esenciales de los terrenos sobre los cuales están construidos; lo mismo sucede con todo lo que está ligado al suelo, especialmente las cosechas no recolectadas.

Los derechos ligados a la propiedad de un fundo son igualmente considerados como elementos esenciales de este predio, tales como, por ejemplo, las servidumbres, el derecho de caza...

Por otro lado, los bienes muebles pueden ser definidos como *accessorios* (Zubehör), cuando se destinan a ser útiles, de manera permanente, a propósito de la cosa principal, especialmente al efecto del carácter económico de aquélla. Es el caso de un fundo agrícola, de una granja.

Entre los bienes que pueden ser considerados como accesorios, el Código Civil alemán cita especialmente el material agrícola y el arriendo de ganado.

Sobre el plano de las consecuencias jurídicas, señalemos que el adquirente de un fundo obtiene al mismo tiempo la propiedad de los accesorios, salvo estipulación contraria, y que los accesorios forman parte, igualmente, de la garantía de los créditos hipotecarios.

Noruega no conoce definición formal de bienes inmuebles y muebles, nociones relativas que pueden tener una comprensión diferente según el contexto jurídico: propiedad, venta, arrendamiento, hipoteca...

El informe noruego incide igualmente en la preponderancia de la libertad de contratar de las partes en numerosas posesiones.

Las disposiciones legales aplicables en caso de venta o de hipoteca derogan sin embargo este principio, determinando que los accesorios (appurtenances) forman parte integrante de la cosa principal.

El Código Civil suizo establece una distinción entre bienes inmuebles y bienes muebles, estos últimos se definen como «Fahrnis».

A la categoría de bienes inmuebles —esencialmente los predios— corresponden igualmente ciertos derechos referidos a ellos: derechos de construcción, propiedad de fuentes, derechos de explotación minera.

El informe suizo, además, registra la tendencia reciente de abandonar la distinción fundamental entre bienes inmuebles y bienes muebles.

En España, el Código Civil comporta la distinción clásica entre bienes inmuebles y bienes muebles. Los bienes son inmuebles ya por naturaleza o incorporación, ya por el destino que le dé el propietario, ya aun por definición de la Ley. Los bienes son muebles por naturaleza o por definición de la Ley.

La situación es semejante en Turquía, mientras que el Derecho civil polaco reconoce igualmente la existencia de bienes inmuebles y de bienes muebles. El Código Civil no define más que la noción de bien inmueble; es preciso deducir que todo lo que no responda a esta noción constituye *eo ipso* bienes muebles.

El Código Civil reconoce, por otro lado, subsidiariamente otros dos conceptos: *las partes integrantes* de la cosa y *los accesorios*. Las partes integrantes tienen el carácter jurídico ora de bienes inmuebles, ora de bienes muebles, según que la cosa principal tenga el carácter de bien inmueble o de bien mueble, respectivamente.

Las accesorias son cosas muebles necesarios o útiles a una cosa principal, en la óptica de su destino, del fin perseguido, y con la cual tienen un lazo permanente.

Finalmente, constatamos que las disposiciones legales en materia de patrimonio tienen una coloración muy diferente en Inglaterra, principal país en el que reina el Derecho anglosajón, basado esencialmente en el régimen tradicional de «Common Law», así como en la jurisprudencia de las audiencias y tribunales (Clase Law).

De buenas a primeras resulta que la terminología allí es diferente y específica del sistema jurídico inglés: ésta no conoce las nociones de bienes inmuebles y bienes muebles, pero distingue, de un lado, la noción *real property o realty*: los terrenos y los edificios o construcciones que están ligadas allí de manera permanente, por lo tanto que pertenecen al mismo propietario, y de otro lado la noción de *chattels*, subdivididos en *chattels real* (derechos ejercidos sobre un fundo o edificio) y *chattels personal* (todos los demás bienes).

El excelente informe nacional inglés señala igualmente que la posición jurídica de las personas: propietario, arrendatario de larga duración (*leasehold*), granjero (*agricultural tenant*)... ofrece una importancia no despreciable para régimen de bienes.

Por último, la intervención del legislador no es tan importante en Inglaterra como en el continente, y desde luego la libertad de contratar de las partes está allí aún muy extendida.

\* \* \*

Sobre la base de los principios generales anteriormente enunciados, busquemos ahora la manera en que estos principios encuentren aplicación en lo referente al patrimonio, los bienes de una empresa agrícola.

En regla general se consideran bienes inmuebles por naturaleza:

- los predios (superficie del suelo y subsuelo), los edificios y construcciones incorporados al suelo;
- los vegetales, cuyas raíces arraiguen en el suelo;
- las cosechas sobre raíz y las cosechas pendientes, de hecho que se adhieran al suelo.

En ciertos casos, los bienes inmuebles por naturaleza dejan de presentar esta calificación mucho antes su desincorporación. Esta situación se presenta fundamentalmente en caso de embargo de las cosechas pendientes o de los frutos aún no recogidos, durante un plazo fijado precedente al momento presumido de su madurez, o también en caso de venta anticipada de cosechas, de monte bajo o de monte alto, impuestas privaciones.

En Bélgica se tienen por bienes inmuebles por destino mediante el respeto de las condiciones fijadas por la Ley para *la inmovilización* de bienes muebles por naturaleza y, en primer lugar, por tanto, que sea el propietario del predio quien destine estos bienes al servicio y a la explotación de este fundo:

- el material y la maquinaria agrícola;
- los animales ligados al cultivo del predio (salvo los animales de cría destinados a la venta, alimentados con productos ajenos a la explotación agrícola);
- las semillas, pajas y granos;
- los utensilios de arar.

En cambio, los bienes arriba mencionados conservan su Estatuto jurídico de bienes muebles cuando no pertenecen al propietario del fundo, sino a un explotador que ejerce derechos diferentes al derecho de propiedad u otro derecho real sobre las tierras y los edificios de la explotación.

El mobiliario que no está directamente afectado a la explotación, sino que se encuentra allí para el uso personal del explotador, tiene el carácter de bien mueble (mobiliario familiar, automóvil para uso particular...).

Las cosechas cortadas o almacenadas y las frutas recogidas son siempre bienes muebles por su naturaleza (salvo en caso de embargo inmobiliario sobre los bienes de la explotación).

Los bienes incorporeales, incluso útiles de la explotación agrícola, son muebles, con excepción de los derechos reales, tales como el derecho de propiedad, derecho de usufructo, derecho de utilización, derechos de enfiteusis o de superficie. Desde entonces, son muebles los derechos de explotación resultantes de un acuerdo entre partes (arriendo de tierras, contrato de aparcería, contrato de asociación) o también las cuotas lecheras y remolacheras.

Según el Código Civil holandés, los bienes mencionados en la lista sobre la cuestión I/3 son considerados todos bienes muebles, con la excepción de las cosechas sobre tierra.

Entre los bienes inmuebles hay que mencionar los invernaderos que en horticultura ejercen un papel importante. En regla general, el Estatuto del explotador (propietario, usufructuario, granjero...) no tiene influencia sobre la calificación de los bienes de la explotación agrícola.

En Alemania, la maquinaria agrícola, los útiles y el material, así como los aperos son bienes muebles, considerados como *accesorios* de la explotación agrícola, dado que están destinados a ayudar a la realización del fin económico de la explotación agrícola.

El mobiliario forma igualmente parte de los bienes muebles, no obstante sin presentar el carácter de accesorios.

Las cosechas sobre tierra forman parte del fundo cuando constituyen un elemento esencial.

Las cosechas almacenadas, al contrario, son bienes muebles y no se consideran como accesorios, salvo si deben servir de semilla o de forraje para la explotación agrícola misma.

El Estatuto del explotador, propietario o no propietario, ejerce una influencia sobre el régimen de los bienes. Así, cuando un no-propietario de un predio, por ejemplo, un usufructuario o un arrendatario construye allí un edificio, éste no se considera como elemento esencial del predio. Sucede lo mismo con otros bienes ligados al fundo.

Por el contrario, en Noruega y en Dinamarca, la clasificación de los bienes es independiente del Estatuto del explotador.

En Noruega, de todos los bienes mencionados en la cuestión I/3, sólo son asimiladas al fundo las cosechas sobre tierra; los otros bienes son considerados bienes muebles.

La misma regla vale para Turquía y Polonia, así como para Suiza, país en el que las cosechas de tierra se consideran elementos constitutivos del predio (*Bestandteile*).

En Suiza, también, si el explotador es usufructuario o granjero goza de

un derecho real sobre los productos del suelo antes de la recolección. La situación jurídica del explotador no tiene prácticamente influencia en cuanto al Estatuto de los bienes de la explotación agrícola. A excepción de los terrenos y de los edificios, los bienes de la explotación agrícola forman parte, generalmente, de un *inventario*, de la empresa.

En España, no obstante el hecho de que el Código Civil admita la distinción entre bienes inmuebles y bienes muebles, el legislador ha reconocido, sin embargo, la importancia de la explotación agrícola en tanto que conjunto de bienes necesarios o útiles para alcanzar un fin económico preciso, a saber, la producción de productos agrícolas destinados a la venta.

La existencia de la explotación agrícola, considerada como una entidad específica y compuesta de bienes de naturaleza diferente, ha sido reconocida por Ley de 24 de diciembre de 1981, fijando el Estatuto de la explotación familiar agrícola. Esta Ley enumera los bienes que pueden formar parte de una explotación agrícola —en este contexto la denominación empresa agrícola parece más adecuada y menciona especialmente los terrenos y los edificios erigidos sobre el predio, el ganado arrendado vivo, las máquinas y aperos que forman parte integrante de la explotación y pertenecientes al explotador o a su cónyuge, así como los derechos de arriendo, los derechos de uso y disfrute y otros derechos que se relacionan con la explotación agrícola.

En Derecho griego, los instrumentos, el material y el ganado arrendado vivo se consideran accesorios (*appurtenances*) del predio agrícola. Son los bienes muebles los que no constituyen elementos de la cosa principal (el fundo), sino que se destinan a contribuir de manera permanente a la realización del fin económico de la explotación.

El Estatuto de los bienes no está afectado por la situación jurídica del explotador.

En lo concerniente a Inglaterra, la cuestión sub I/3 no se juzga pertinente, ya que allí la Ley no ha instituido distinción entre bienes muebles e inmuebles.

El régimen de bienes de una explotación agrícola depende esencialmente de la forma jurídica que rige la explotación en tanto que empresa económica (el informe nacional inglés pone el acento en la importancia de la *farm business*).

En lo relativo a los bienes de la empresa, tomada individualmente, las reglas serán diferentes según qué bienes son objeto de una explotación en beneficio directo del propietario, de un arriendo de tierras, de un contrato de subarriendo o de cualquier otra forma convencional.

Recordemos que la libertad de contratar es grande en Inglaterra, no obstante las disposiciones legales promulgadas recientemente con miras a

proteger al granjero, explotador de una empresa agrícola, cara a cara con el propietario (Agricultural Holdings Act-1986).

La situación en Italia y el interés que presenta merece nuestra atención particular.

El Código Civil italiano distingue bienes inmuebles y bienes muebles, siguiendo el principio de *summa divisio*.

La noción de bienes inmuebles por destino figuraba en el Código Civil de 1865, pero no ha sido reasumida en el nuevo Código Civil de 1942. Esta figura jurídica ha sido reemplazada por la de «pertinencias» (pertinenze), hace referencia a los bienes destinados de manera durable al servicio o a la ornamentación de otro bien, considerado como cosa principal.

Señalemos que puede haber pertinencia de una cosa inmobiliaria respecto de otra cosa, ya sea inmobiliaria, ya sea mobiliaria.

Las pertinencias no se convierten en parte integrante del bien principal, constituyen entidades individuales y pueden desde ese momento efectuar actos y comunicaciones jurídicas separados.

Para que haya pertinencia entre una cosa principal y bienes accesorios, el Código Civil demanda que el interesado tenga un derecho de propiedad u otro derecho real sobre el bien principal. Está generalmente admitido que el bien accesorio deba igualmente pertenecer a quien tiene la voluntad de crear un lazo de pertinencia de este bien con la cosa principal, pero este principio es causa de controversias.

En agricultura, los lazos entre un bien inmueble (el fundo) y los bienes muebles (pertinencias) son de práctica constante. Si el concepto y el sistema jurídico de pertinencia tienen un alcance general y pueden, por consiguiente, encontrar aplicación en el terreno de la propiedad territorial, la legislación agraria italiana, tenida cuenta de las relaciones contractuales que existen entre un propietario-arrendador y un agricultor-arrendatario, ha preferido explicarse en términos de arriendo (en italiano *scorte*). Esta noción comprende tanto el ganado vivo como los aperos dados en arriendo, en su significación corriente.

El arriendo no puede ser considerado como pertinencia cuando es el arrendatario, el granjero, quien pone al servicio del predio, objeto de arriendo de tierras, la ganadería necesaria para la explotación. En efecto, el granjero no está habilitado para constituir un lazo entre la tierra, cosa principal que no le pertenece, y las cosas que le pertenecen.

El Código Civil admite por otro lado reglas particulares que definen los derechos y obligaciones de las partes resultantes de contratos específicos.

Estos principios tienden a mantener intacto, tanto como sea posible, la composición del arriendo, de manera que se conserve con permanencia la

eficacia de la unidad de producción. A este respecto es preciso mencionar igualmente las disposiciones legales en materia de aparcería.

En Italia, como en otros países, el legislador reconoce expresamente la importancia económica de empresas industriales o agrícolas. Partiendo de este principio, hace la distinción entre empresa, concebida como *actividad* de su promotor, y la *explotación* (en italiano *azienda*) que constituye en cierto modo el patrimonio de la empresa.

El Código Civil define l'*azienda* como «el conjunto de bienes organizados por el empresario para el ejercicio de la empresa», en otras palabras, como instrumento de una actividad económica.

L'*azienda* puede comprender tanto los bienes inmuebles como los bienes muebles, los bienes corporales e incorporeales, mientras que la relación jurídica entre estos bienes y el agricultor, el empresario, puede presentar diversas formas: título de propiedad, derecho real, derecho personal de disfrute, incluso vía de hecho.

Lo primordial es la finalidad o destino de la empresa: todos los bienes de l'*azienda*, todo sin perder su autonomía individual, todo es considerado a diversos efectos, como entidad, objeto unitario de derechos y relaciones jurídicas; la Ley tiende a proteger en ellos la unidad.

Según el Código Civil, l'*azienda* puede ser vendida como un solo bien o hacerle objeto de un derecho de usufructo o de arrendamiento.

Resulta que hay una neta diferencia entre el arriendo de una explotación agrícola (*azienda*) y el simple arriendo de tierras, que no se refiere más que a una tierra y, llegado el caso, a los edificios erigidos sobre él.

## II

En regla general, los bienes muebles indispensables o útiles de la explotación agrícola —material, herramientas, aperos— pertenecen al explotador mismo. Este principio vale igual en caso de arrendamiento directo como en caso de usufructo o de arriendo de tierras.

Frecuentemente, los bienes necesarios de la explotación son adquiridos en propiedad por el nuevo explotador.

En caso de arrendamiento rústico, el arrendatario dispone igualmente de la posibilidad de procurarse el material por contrato de alquiler, especialmente junto a una firma comercial o una cooperativa.

Ninguna regla de Derecho prohíbe, por otro lado, el alquiler de bienes muebles concurrentemente con un arrendamiento de tierras, pero estos casos son más bien raros.

En algunos países, por ejemplo en España, la explotación agrícola puede presentar la forma de un *contrato de aparcería*, distinto del arrendamiento de tierras.

En esta hipótesis, la Ley estipula que el propietario debe aportar al arrendatario, además de la tierra, al menos 1/4 del material y de los aperos.

El informe nacional de Turquía establece la posibilidad de dar en alquiler una explotación agrícola considerada como entidad económica que comprende un conjunto de bienes, inmuebles y muebles.

Todos estos bienes pueden ser objeto de un solo contrato de alquiler celebrado entre el propietario y el arrendatario.

La cuestión siguiente se refiere a los derechos que un propietario puede hacer valer en el caso en que el arrendatario no pueda explotar válidamente la granja dada en arrendamiento, falta de equipo o de ganado o incluso de capital suficiente.

A este respecto, todo hace suponer que un arrendamiento rústico no se celebrará en tanto que el arrendatario disponga realmente de los medios materiales indispensables para la explotación de la granja o de los terrenos arrendados, es decir, que obtiene o podrá procurarse el material y el ganado necesario.

En la mayor parte de los países, el propietario puede poner fin al arrendamiento si los bienes arrendados no son explotados por el arrendatario. Este será el caso en que el granjero no disponga de herramientas y del equipo requerido para una explotación aceptable. En la mayoría de las legislaciones nacionales se requiere la intervención del Juez, a instancia del arrendador que desea poner fin al arrendamiento.

Por otra parte, ciertos países establecen disposiciones legales particulares que den una garantía específica para el propietario.

El Código Civil belga admite, además, un capítulo consagrado al arrendamiento de animales, en los términos del cual el propietario pone el ganado a la disposición del granjero, complementariamente a la granja o a las tierras.

A la expiración del arrendamiento de ganado, el granjero debe dejar ganado de un valor igual al correspondiente a la estimación del que ha recibido a la conclusión del arriendo.

Esta forma de arriendo, no obstante, ha caído en desuso a resultas de la mecanización progresiva de la agricultura.

El Código Civil alemán, por otro lado, reconoce dos modalidades de contrato de alquiler, en los términos en que el propietario pone el equipo y el ganado, necesarios para la explotación, y adquiere un *inventario*, a la disposición de su arrendatario.

En la primera hipótesis, al fin del arrendamiento, el arrendatario restituye al propietario los bienes haciendo inventario, en el estado en el que se encuentren y por lo mismo que hay hasta ahora.

Es por el contrario responsable de las pérdidas y deterioro ocasionados

por su culpa. Se ve fácilmente que esta fórmula es natural que genere frecuentes controversias.

En la segunda hipótesis, las partes conviene proceder a la estimación del valor global de los bienes muebles incluidos en el inventario, tanto a la celebración del contrato como al final de éste.

El arrendatario tiene derecho a vender y reemplazar los bienes incluidos en el inventario.

Al final del arrendamiento la minusvalía o la plusvalía de los bienes inventariados da lugar a indemnización, respectivamente, al arrendador o al arrendatario.

En Dinamarca también, la Ley prevé la posibilidad de un contrato de arrendamiento de material y de ganado, en complemento a un arriendo de tierras.

En Noruega, una fórmula específica que tiene por objeto el arrendamiento de tierras (*farm leasing*), una granja así como el equipo y, a veces, igualmente el ganado, dio lugar a la Ley de 25 de junio de 1965.

En Turquía, las disposiciones del Código Civil en materia de obligaciones estipulan que una explotación agrícola puede dar lugar, en su conjunto, a un arrendamiento de tierras. Independientemente de estas disposiciones, la Ley prevé la posibilidad de un contrato de alquiler distinto para las herramientas o el ganado.

### III

Como los informes nacionales establecen las legislaciones nacionales de los diversos países europeos, presentan diferencias más o menos pronunciadas en lo relativo al régimen de bienes patrimoniales y de explotaciones agrícolas. Se trata más particularmente de la definición de los bienes inmuebles y de los bienes muebles, así como la subdivisión de los bienes inmuebles y de los bienes muebles en varias categorías.

Estas diferencias y matices repercuten en lo relativo a las posibilidades que ofrecen los bienes de la explotación agrícola en materia de garantías, de seguridades.

Por esto, para una buena comprensión de nuestra materia, se considera conveniente examinar las principales reglas en vigor en este campo, país por país.

En los Países Bajos, las disposiciones generales en materia de hipotecas y de beneficios son aplicables a las explotaciones agrícolas. Por otro lado, los bienes muebles del explotador agrícola pueden ser objeto de un *contrato de prenda* sin remisión de los bienes para provecho de sus acreedores, y especialmente del propietario, por las cantidades debidas a título de

arriendo. El cobrador de las contribuciones se aprovecha de una garantía análoga, que cubre los impuestos no pagados.

Inglaterra reconoce varias modalidades de garantías que pueden tener por objeto los bienes de una empresa agrícola. Conviene establecer una distinción sobre la base de la situación jurídica del explotador. Cuando el explotador es propietario puede concertar con sus acreedores una hipoteca sobre el terreno o un privilegio legal (*legal charge*), o incluso depositar sus títulos de propiedad inmobiliaria en el Banco que le conceda un préstamo.

Por otra parte, todos los bienes de la explotación agrícola pueden ser objeto de embargo, por ejemplo cuando un préstamo autorizado no es reembolsado a su vencimiento.

Señalamos entre otras reglas específicas, para Inglaterra, que cuando la explotación agrícola está dirigida por una sociedad, por ejemplo una sociedad cooperativa, existe la posibilidad de conceder al prestador de fondos una garantía bajo la forma de «privilegio flotante» (*floating charge*): el privilegio se extiende a todos los bienes de la explotación, pero la elección de los objetos que serán embargados y vendidos, en razón de este privilegio, no tendrá lugar más que en el momento de la no-ejecución de la obligación de reembolsar el préstamo. Por otro lado, las reglas de Common Law autorizan al propietario a embargar los bienes del arrendatario cuando éste no pague el arrendamiento debido al arrendador.

En Bélgica, en garantía de la buena ejecución de las obligaciones del agricultor, el acreedor puede obtener *una hipoteca* en tanto que el explotador agrícola posea derechos reales, es decir, que sea propietario o usufructuario. En principio una hipoteca no se puede conceder más que sobre los bienes inmuebles (por naturaleza), pero en este caso se extiende a los bienes muebles (por naturaleza) que son inmovilizados por incorporación o destino y que se consideran como accesorios de los bienes inmuebles.

Estos mismos bienes pueden ser objeto de garantías bajo la forma de *privilegio*, esencialmente en las especies y en favor de los acreedores designados por disposición legal.

El propietario, explotador en arrendamiento directo, puede igualmente autorizar al acreedor que le otorgue un préstamo, un privilegio particular denominado *privilegio agrícola*. Este privilegio se ejerce sobre los bienes muebles considerados como inmuebles por destino, así como sobre las cosechas de tierra y los frutos aún no recolectados.

El explotador agrícola que no es ni propietario ni usufructuario, no puede otorgar hipoteca a sus acreedores pero, por el contrario, puede también conceder a quien le preste dinero un beneficio agrícola que grave los bienes muebles que sirven para la explotación de la granja, así como las cosechas y frutos.

Este privilegio agrícola es, no obstante, sobrepasado por el *privilegio*

*del arrendador* que garantiza el pago del arrendamiento y de otros montantes debidos, y que se ejerce sobre los mismos bienes del arrendatario cuando hay concurso de acreedores.

En Alemania, todos los bienes del explotador agrícola —tanto muebles como inmuebles— pueden ser objeto de garantías, que garanticen el reembolso de préstamos o de otras obligaciones.

Las principales garantías son: el traspaso en garantía (Sicherungsübereignung), la hipoteca, el contrato de prenda o puesta en prenda. Por el contrario, el Derecho alemán no reconoce privilegios, en el sentido usual del término.

Un derecho de hipoteca sólo puede ser concedido por el propietario o el usufructuario; puede tener por objeto los bienes inmuebles así como los bienes muebles del explotador, comprendido el ganado, en tanto que sean considerados como accesorios (Zubehör).

El traspaso en garantía (Sicherungsübereignung) no figura hasta el presente en el Código Civil, pero es, sin embargo, reconocido por las Audiencias y Tribunales. Se trata de la afectación en garantía, al beneficio exclusivo de un solo acreedor, de bienes muebles que forman parte del inventario de la explotación agrícola. Esta garantía específica puede incluso existir concurrentemente con un derecho hipotecario; no será, no obstante, más oponible al acreedor hipotecario luego que éste obtenga la autorización de tomar los bienes dados en garantía.

La misma posibilidad de transferencia en garantía existe cuando el explotador agrícola es un arrendatario, en los términos de un arrendador de tierra. En este caso este derecho se refiere a los bienes muebles incluidos en el inventario de la explotación agrícola.

Por otro lado, la Ley sobre el Crédito Agrícola, votada en 1951, ha introducido en favor del granjero un derecho de garantía conocido bajo la denominación de *Pachtinventarpfanderecht*; se trata de un derecho de garantía que puede ser acordado por vía contractual, sin transmisión de la posesión de los objetos dados en prenda. Tal contrato no puede, no obstante, ser celebrado más que entre un arrendador y una institución de crédito agrícola oficialmente reconocida.

El derecho de garantía atañe al conjunto de bienes del arrendador, incluido el ganado, recogido en el inventario de la explotación agrícola, habida cuenta de las modificaciones y sustituciones que se aporten en el curso del arrendamiento.

Para que este derecho de garantía sea oponible a terceros, el contrato escrito debe ser depositado en el Tribunal competente.

En lo relativo a Dinamarca, es interesante resaltar que una Ley de 22 de mayo de 1986 autoriza al explotador agrícola a conceder a un acreedor un privilegio que tiene por objeto las cosechas no recolectadas, como

consecuencia de lo cual, éstas no podrán ser vendidas por el agricultor hasta que el préstamo —generalmente de corta duración— no haya sido reembolsado.

En Noruega, el conjunto de bienes muebles de la explotación agrícola (*universitas rerum*) puede ser objeto de una garantía, depositada en prenda sin transmisión de los bienes al acreedor. Los derechos de éste son reconocidos por inscripción en un registro *ad hoc*, cerca de los poderes públicos. Existe esta posibilidad tanto para el explotador-propietario como para el explotador-arrendatario.

El Código Civil suizo admite tres modalidades de garantía que el explotador agrícola, propietario, puede ofrecer a sus acreedores sobre los bienes inmuebles de su explotación (*Grundpfandverschreibung o Hypothek, Gult, Schuldbrief*).

Señalemos, por otro lado, que a la terminación del arrendamiento, el propietario puede hacer valer un derecho de retención sobre los bienes del arrendatario, a fin de recuperar los arriendos vencidos no pagados. Este derecho se ejerce sobre el equipo y el material agrícola, pero no sobre los efectos personales del granjero.

España admite, independientemente de la hipoteca clásica, *la hipoteca mobiliaria*, formalizada por la inscripción en un Registro oficial; se trata frecuentemente de tractores agrícolas y de otros vehículos de motor, que sirven de garantía.

Asimismo, la legislación española reconoce la prenda sin desplazamiento de posesión para las cosechas de tierra o incluso separadas del suelo, los animales, máquinas y aperos de la explotación.

Semejante garantía puede ser ofrecida a los acreedores tanto por el explotador-propietario como por el explotador-arrendatario.

Turquía admite el depósito en prenda del ganado sin transferencia de posesión, en principio únicamente en favor de ciertas sociedades cooperativas o instituciones públicas de crédito.

El conjunto de la explotación agrícola puede igualmente constituir una garantía para el acreedor, en caso de préstamo, por cuanto que se le reconoce el carácter de empresa comercial. De hecho, los bienes de la explotación agrícola son asimilados a un *fondo de comercio*.

#### IV

Hasta este momento, las cuestiones promovidas en relación con las explotaciones agrícolas tenían relación, esencialmente, con los explotadores, personas físicas que tienen el Estatuto jurídico ya sea de propietario, ya sea de usufructuario o incluso de arrendatario con el carácter de un

arrendamiento de tierras. Es, por otro lado, un hecho que la mayor parte de las empresas agrícolas están dirigidas por personas físicas, observación que sirve para todos los países examinados.

Sin embargo, existen otras fórmulas y especialmente la explotación por una sociedad o una asociación, la una y la otra siendo ya sea de derecho común, ya sea dotada de un estatuto legal particular, establecido en función de las características propias de la agricultura y de la explotación agrícola.

El conjunto de informes nacionales revela que en caso de constitución de una sociedad o de una asociación no se opone nada a que sus estatutos prevean la posibilidad de aportaciones en especie al capital de la organización y especialmente en bienes inmuebles o bienes muebles, útiles a la explotación agrícola.

Con la excepción de las formas de sociedad o de asociación creadas en función del carácter propio de la actividad agrícola, las sociedades y asociaciones que dirigen una empresa agrícola están, en principio, sometidas a las reglas generales que rigen las personas morales.

En la mayor parte de los países, el arrendatario no tiene la posibilidad de aportar a una sociedad o asociación sus derechos de arrendatario de tierras, salvo consentimiento del propietario. Es el caso de una cesión de arrendamiento a terceros, cuando el arrendatario no puede operar libremente.

Esta imposibilidad es incluso absoluta, en Bélgica, cuando se trata de una sociedad agrícola creada conforme a la Ley de 12 de julio de 1979.

En Dinamarca, los derechos en tanto que arrendatario de un terreno pueden ser aceptados como aportaciones al capital de una asociación (partnership) e incluso de una sociedad, a condición de poder establecer una estimación del valor de los derechos del arrendatario.

Señalemos que en Derecho suizo existen disposiciones particulares cuando la aportación no se hace en efectivo, sino en especie: por un lado, la Ley prevé medidas de publicidad para permitir a los accionistas y a los acreedores conocer la naturaleza y el valor de los bienes que constituyen las aportaciones; por otro lado la autorización de aportación en especie debe ser decidida por los accionistas o asociados que representen los 2/3 del capital.

En España, la Ley de Arrendamientos Rústicos reconoce expresamente la posibilidad de aportación de los derechos del arrendador por cuanto se trate de una sociedad cooperativa, de una sociedad agraria de transformación o de una asociación de agricultores. La aportación está, lógicamente, limitada a la duración del arrendamiento.

En Noruega, la aportación al capital de una sociedad está sometida a

las restricciones legales, en cuyos términos la transferencia de bienes inmuebles necesita la aprobación del Estado.

V

En respuesta a la cuestión del impacto del matrimonio de un explotador agrícola respecto a los bienes de su empresa se impone una primera constatación: las consecuencias del matrimonio están en función del régimen matrimonial de los esposos.

En la mayor parte de los países europeos, el derecho matrimonial comporta dos hipótesis: de un lado, los esposos están sometidos al régimen legal, a falta de contrato de matrimonio, por otro lado los esposos determinan ellos mismos las modalidades en cuanto al régimen de sus bienes, en los límites fijados por el Código Civil de su país.

El régimen legal presenta la forma ya de una comunidad de bienes de los dos esposos, reducida a los bienes gananciales (los otros bienes son bienes propios de cada uno de ellos), ya de una total comunidad de bienes, ya sea de una total separación de bienes.

Bélgica, Suiza y España admiten el régimen legal de comunidad, reducida a los bienes gananciales. Los Países Bajos y Noruega, el régimen legal de comunidad de bienes: Turquía, el régimen de separación de bienes.

El Código Civil alemán deja la elección entre tres regímenes: comunidad reducida a los bienes gananciales, separación de bienes, comunidad de bienes.

En Inglaterra, la Ley deja a los esposos el encargo de regular contractualmente el régimen de sus bienes; no determina ningún régimen legal de bienes matrimoniales, lo que implica que en principio el matrimonio no cambia nada, *ipso facto*, en lo relativo a los bienes de cada uno de los esposos, resulta que una explotación agrícola será propiedad de aquel de los esposos a quien pertenezca en el momento del matrimonio.

Como hemos mencionado anteriormente, los esposos tienen, generalmente, la facultad de elegir otro régimen matrimonial distinto del régimen legal. A este fin, es preciso efectuar un contrato de matrimonio que responda a su preferencia en lo relativo a la propiedad y la gestión de sus bienes.

En varios países, cualquiera que sea el régimen matrimonial que rijan los bienes de los esposos, ciertos objetos se consideran siempre como propios, más concretamente, los útiles e instrumentos que sirven para el ejercicio de la profesión de uno u otro de los esposos. Para un agricultor esta noción cubre principalmente la maquinaria agrícola, los animales, las semillas y los abonos. En cambio, las posiciones divergentes en lo relativo

al derecho de arrendamiento, en el que el carácter *intuitu personae* excluiría la transmisión de este derecho al cónyuge como resultado del matrimonio.

Las consecuencias de un divorcio o del fallecimiento de uno de los esposos respecto a los bienes de la explotación agrícola, en el supuesto de la existencia de un régimen de comunidad o de comunidad reducida a los gananciales, difieren de país a país.

En Bélgica, la Ley reconoce un derecho de adjudicación preferencial de ciertos bienes útiles o necesarios para la explotación agrícola, tanto en caso de divorcio como en caso de fallecimiento. Este derecho estriba sobre el inmueble que sirve para el ejercicio de la profesión y sobre los bienes muebles para uso profesional que le garantizan.

La adjudicación es de derecho, en caso de fallecimiento, a beneficio del esposo sobreviviente; por el contrario, en caso de divorcio, el Juez tiene poder de apreciación de toda demanda de adjudicación preferencial.

En Dinamarca, en caso de divorcio o de fallecimiento de uno de los esposos, la adjudicación de la explotación agrícola a uno de los esposos o al cónyuge sobreviviente está sometida a las condiciones del derecho agrario nacional, que señalan particularmente una formación suficiente en agricultura y la posibilidad de continuar válidamente la empresa agrícola. Las disposiciones legales en la materia aseguran la protección del equipo necesario para la continuación de la explotación agrícola.

Si se comprueba que en caso de fallecimiento del explotador, la viuda no responde a las exigencias de la Ley, puede, no obstante, continuar la explotación de la granja conjuntamente con un heredero que cumpla las condiciones legales.

España reconoce igualmente un derecho de adjudicación preferencial, en caso de disolución del matrimonio, en favor del esposo que haya aportado la explotación agrícola a la comunidad cuando el matrimonio. Es igual en Noruega donde, por otro lado, una Ley de 1955 (Farming Act) señala que ninguna explotación agrícola puede ser dividida sin consentimiento de las autoridades públicas.

Precisamos, igualmente, señalar la existencia de derechos alodiales en Noruega: cuando una granja pertenece a alguno (o a sus ascendientes) desde, al menos, veinte años, el propietario, y posteriormente sus descendientes, se benefician de un derecho de compra anticipada en caso de enajenación a un tercero.

El Derecho suizo admite reglas particulares que, en caso de divorcio, garanticen al esposo, explotador agrícola, el derecho de continuar la explotación agrícola.

Por el contrario, en los Países Bajos, en Inglaterra, Alemania, Grecia, Turquía, Polonia no parece haber disposiciones legales particulares sobre

los bienes de la explotación agrícola que tengan relación con las consecuencias del divorcio o del fallecimiento de uno de los esposos.

## VI

La suerte reservada a los bienes de una explotación agrícola, por las disposiciones del derecho civil en materia de sucesiones-sucesión *ab intestato* y sucesión testamentaria varía notablemente de país a país.

En ciertos países las reglas usuales del derecho sucesorio son aplicables, a falta de disposiciones particulares tendentes a proteger las explotaciones agrícolas en cuanto que entidades económicas.

En otros países, por el contrario, tales disposiciones han sido promulgadas en forma de edicto y ofrecen una garantía para la continuidad de las explotaciones agrícolas existentes.

La cuestión es compleja y para una buena comprensión del gran abanico de sistemas sucesorios nos remitimos a los informes nacionales.

Juzgamos aun deseable llamar la atención en nuestro informe sobre las reglas esenciales contenidas en las principales legislaciones nacionales.

En los Países Bajos, si no existe ninguna medida legal tendente a proteger el conjunto de bienes de una explotación agrícola, en caso de una sucesión, la jurisprudencia, por el contrario, hace que los Tribunales se esfuercen por asegurar el mantenimiento de las explotaciones agrícolas existentes.

Por otro lado, la Ley sobre Arrendamientos Rústicos precisa que ni el fallecimiento del arrendador ni del arrendatario ponen fin al arriendo. En cuanto al fallecimiento de un arrendatario, el cónyuge superviviente y cada uno de sus herederos en línea directa pueden solicitar a la Cámara de la Propiedad rústica (Pachtkammer), antes de seis meses, ser autorizados para continuar la explotación de la granja, en lugar del difunto.

En lo relativo a Inglaterra, es preciso señalar, una vez más, la libertad de los particulares de regular su sucesión por vía testamentaria, así como de transmitir los elementos de la empresa agrícola, durante su vida, a la generación siguiente con miras a asegurar la continuidad.

Aunque no hay disposiciones legales que restrinjan la posibilidad de partición de los bienes de una explotación agrícola, de hecho no hay en regla general partición, porque la costumbre hace que por testamento la explotación agrícola sea transmitida al hijo mayor, a condición de compensar a los otros herederos en efectivo.

En caso de arrendamiento, los herederos a los que el propietario hubiera notificado su terminación del contrato pueden dirigirse al Juez competente (Agricultural Land Tribunal) y solicitar un nuevo arriendo en su favor.

En Alemania el Código Civil determina que aunque el explotador no haya regulado su sucesión por disposición testamentaria, haya partición de herencia entre los herederos. No obstante, cada heredero tiene el derecho de solicitar al Tribunal que la explotación le sea atribuida, mediante compensación en efectivo a los otros herederos.

La mayor parte de los Länder aplican, por otro lado, reglas particulares en materia de sucesión, estipulando que la transmisión de la explotación agrícola no pueda efectuarse más que a un solo heredero, éste será el hijo de más edad o al contrario, según la tradición en ciertos Länder, el más joven.

El Derecho belga contiene una serie de disposiciones legales que deparan un impacto determinado sobre la suerte de la explotación agrícola al fallecimiento del agricultor. En primer lugar, mencionaremos la reciente Ley de 29 de agosto de 1988, que regula las modalidades de adquisición de la explotación agrícola que forma parte de una sucesión. La Ley concede a cada uno de los herederos en línea directa descendente un derecho de adquisición sobre estimación de los bienes que constituyen la explotación, bajo reserva, llegado el caso del derecho sucesorio del cónyuge sobreviviente. La Ley fija un orden de prioridad para el caso en el que varios herederos quisieran hacer uso del derecho de reasunción.

El derecho sucesivo del cónyuge supérstite consiste en un derecho de usufructo sobre el conjunto de bienes de la sucesión, cuando hay descendientes, llamados a heredar; en ausencia de tales herederos, el cónyuge supérstite recoge la plena propiedad de los bienes.

El cónyuge supérstite puede solicitar al Tribunal convertir su derecho de usufructo en pella o en plena propiedad de ciertos bienes de la herencia. Una demanda análoga puede ser dirigida al Tribunal por los descendientes que hereden la nuda propiedad de los bienes.

En los términos de las disposiciones de la Ley sobre Arrendamientos Rústicos, el arrendamiento se mantiene a la muerte del arrendatario en favor de sus herederos. Estos pueden decidir continuar la explotación en común o designar uno o varios de entre ellos para continuarla. Cuando varios herederos desean continuar la explotación individualmente, la preferencia determinada por la Ley debe ser respetada.

En Dinamarca, el cónyuge sobreviviente, que tiene la condición de heredero, dispone del derecho de solicitar que la explotación agrícola permanezca indivisa entre él y los otros herederos. No existen otras medidas destinadas a asegurar el mantenimiento de una empresa agrícola, incluso ni en favor de los herederos que tomaban parte en esta explotación en vida del explotador.

El Código Civil suizo admite una regla particular en las explotaciones agrícolas en la forma por la cual un heredero puede pedir al Tribunal una

demanda de reasunción del conjunto de la explotación agrícola del *de cujus*, por tanto que una serie de condiciones legales sean satisfechas.

En España, la partición igualitaria entre los descendientes que heredan es la norma general. El explotador posee sin embargo la facultad de ordenar por disposición testamentaria que la explotación agrícola irá indivisa a uno de sus herederos, bajo condición de compensación pecuniaria a los otros herederos.

Recalquemos, igualmente, varias disposiciones particulares que son objeto de diversas Leyes dependientes de la supremacía del Derecho agrario:

1.º La Ley que sostiene el Estatuto de las Explotaciones Agrícolas Familiares concede al cónyuge supérstite el beneficio del usufructo de la explotación.

De esta manera, el explotador agrícola tiene la facultad de fijar las modalidades de evolución de sus bienes con motivo de su sucesión, especialmente en lo relativo a la explotación agrícola. Llegado el caso, sin embargo, se requiere el acuerdo de los dos cónyuges.

Independientemente de esta posibilidad, la Ley fija el orden de preferencia para la evolución de la propiedad de la explotación agrícola y favorece a los herederos que hayan participado efectivamente en la empresa familiar o que posean la cualificación profesional requerida para la continuación de la explotación.

2.º La Ley sobre Arrendamientos Rústicos contiene disposiciones tendentes a garantizar la continuidad de la explotación agrícola, determinando igualmente un orden de preferencia entre los herederos, teniendo en cuenta su formación profesional en el terreno de la agricultura.

En lo relativo a Turquía, el Código Civil estipula que por derogación de la regla general, la partición no se aplica a la empresa agrícola, considerada unidad económica. La empresa agrícola va al heredero que declare querer retomar la explotación, siempre que posea la capacidad necesaria para dirigir el conjunto de la explotación. El heredero beneficiario tiene, igualmente, derecho al material agrícola, al ganado y a todos los demás bienes muebles que puedan ser considerados como accesorios útiles de la explotación. En el caso de que varios herederos deseen que se les atribuya la empresa agrícola, el Tribunal resuelve teniendo en cuenta una clasificación de los herederos por orden de preferencia, basada en los usos locales.

En Polonia, las sucesiones de las explotaciones agrícolas están sometidas a reglas particulares del Código Civil. En caso de sucesión *ab intestato*, se da prioridad a los herederos que están activos en la agricultura o que tienen la capacidad profesional requerida.

La posición del cónyuge supérstite es por otro lado confortable: cuando

hay régimen de comunidad de bienes, el cónyuge sobreviviente que posee ya la mitad de la explotación puede hacer valer derechos sucesorios sobre la otra mitad. Resulta que continúa frecuentemente con la explotación agrícola, llegado el caso, conjuntamente con los descendientes que tienen, igualmente, derechos sobre la herencia.

En el conjunto, raras son las disposiciones legales particulares refiriéndose a la transmisión de las participaciones de un asociado de una sociedad o de una asociación que rige una explotación agrícola, en caso de fallecimiento de un asociado. Están, de un lado, las disposiciones legales que rigen las diferentes formas de sociedad o de asociación, y de otro, los Estatutos de la organización misma que aportan las reglas y posibilidades de cesión y de transmisión de las participaciones de los asociados.

\* \* \*

Los Congresos y Coloquios organizados por el Comité Europeo de Derecho Rural constituyen, cada vez, una ocasión excepcional de confrontar las diferentes legislaciones nacionales, así como los sistemas jurídicos específicos de ciertos países.

El estudio comparativo del contenido de los informes nacionales muestra las similitudes y, por otro lado, las particularidades de las diversas legislaciones. La práctica del Derecho comparado permite deslizar las ventajas y los inconvenientes de cada sistema jurídico, consagrados por el legislador del país referido. Esta observación sirve para todos los campos del Derecho y desde luego, igualmente, para el Derecho agrario.

El Derecho comparado ofrece la posibilidad a los juristas y, a través de éstos, a los responsables de los poderes públicos, de formular recomendaciones o de elaborar proposiciones de mejora, de modificación o de innovación, considerados deseables o útiles con miras a perfeccionar las normas jurídicas nacionales y consolidar en el campo del Derecho estudiado sobre una base comparativa.

Por otro lado, es ampliamente sabido que el Derecho comparado puede contribuir de manera eficaz a los esfuerzos concretos acometidos con miras a uniformizar los conceptos jurídicos y normas de Derecho entre dos o varios países. Osamos, incluso, afirmar que la práctica del Derecho comparado es, a este respecto, una condición previa indispensable.

Por este motivo expresamos el deseo de que los trabajos del XV Congreso y Coloquio Europeo de Derecho Rural puedan concretarse en una contribución tangible y válida para el desarrollo de un Derecho agrario dinámico, adaptado a las condiciones de vida y de explotación agrícola de este final del siglo XX.

Tal evolución del Derecho agrario se inscribe, naturalmente, en la política de armonización perseguida por las Comunidades Económicas Europeas entre los diversos Estados Miembros de esta influyente organización internacional.

Partiendo de las precedentes consideraciones, nosotros expresamos la esperanza de que nuestra Comisión llegue a desarrollar las recomendaciones concretas referidas a los diferentes aspectos ligados al tema de nuestros trabajos: el Estatuto Jurídico del Patrimonio Mobiliario e Inmobiliario de la Empresa Agrícola.

Sin querer establecer una lista exhaustiva, estimamos que los aspectos de la empresa agrícola, mencionados anteriormente, merecen nuestra particular atención.

## I. DISTINCIÓN DE LOS BIENES DE LA EXPLOTACIÓN AGRÍCOLA

- ¿En qué medida la distinción entre bienes inmuebles y bienes muebles es aún realista y deseable cuando se trata de una explotación agrícola?
- La misma cuestión puede ser planteada en lo relativo a la subdivisión de los bienes inmuebles y, especialmente, el reconocimiento, por una ficción de la Ley, de los bienes inmuebles por destino, aunque sean muebles por naturaleza.
- ¿Se puede considerar la posibilidad de normas específicas en Derecho agrario, descartando las reglas generales del Derecho civil del país referido?
- Qué ventajas representan otros criterios de distinción que nos muestran los informes nacionales, donde se trata:
  - de la cosa principal y de pertinencias (Italia);
  - de elementos esenciales y de accesorios (Alemania: *Wesentliche Bestandteile und Zugehör*) (Suiza);
  - de accesorios (Noruega: *appurtenances*).
  - de un conjunto de bienes, destinados a realizar una finalidad económica, a saber, la producción agrícola, e incluso los elementos tomados individualmente son objeto de un inventario global (varios países);
  - de una empresa agrícola, que representa una actividad con finalidad económica, por un lado (*azienda*; *farm business*) y de la explotación agrícola que representa su instrumento de trabajo, por otro lado;

- por fin, de la forma de un fondo de comercio, aprovechándose de un estatuto particular, estructura de derecho comercial en gran número de países.

## II. GARANTÍAS Y SEGURIDADES

- ¿Cuáles son los bienes de la empresa agrícola que deberían poder servir para garantizar el buen fin de las obligaciones contractuales (y legales)? ¿De qué seguridades pueden aprovecharse los acreedores del explotador agrícola?
- La respuesta a estas preguntas será diferente según que el explotador sea propietario (explotación en beneficio directo), usufructuario o que detente otro derecho real, ya sea granjero-arrendatario, cuando tiene un arrendamiento rústico u otro derecho personal acordado por vía contractual.
- En la primera hipótesis, ¿cuáles son los bienes que deberían poder ser objeto:
  - de una hipoteca (bienes inmuebles por naturaleza, por destino, accesorios, el conjunto de la explotación);
  - de un privilegio convencional;
  - de una prenda sin transmisión de la posesión de los objetos «dados en prenda»?
- En la segunda hipótesis, ¿cuáles son los bienes del granjero-arrendatario?
- ¿Habría que examinar la posibilidad de aceptar una hipoteca sobre los bienes del inventario o, incluso, sobre el conjunto que constituye la unidad de producción?
- ¿Cuáles deberían ser las modalidades de depositar como prenda los bienes del granjero —ganado vivo y los aperos— sin transmisión de su posesión?
- ¿De qué manera y por qué intervención de los servicios administrativos del Estado podría oficializarse la garantía que tales prendas representan?

## III. APORTACIONES DE LOS BIENES DE UNA EMPRESA AGRÍCOLA AL CAPITAL DE UNA SOCIEDAD O ASOCIACION

- Las formas actuales de sociedad o de asociación que figuran en el Código de comercio o en el Código Civil de la mayor parte de los

países ¿permiten una dirección eficaz y apropiada de una empresa agrícola?

- Más particularmente, el caso de la sociedad cooperativa parece ser la forma más corriente elegida en agricultura.
- ¿Sería, por el contrario, preferible recurrir a una forma de sociedad específica, como la sociedad agrícola en Bélgica, o a una forma particular de asociación como el GAEC en Francia?
- Independientemente de estas cuestiones, ¿qué bienes —corporales e incorporales— deberían poder ser objeto de una aportación al capital de una sociedad o de una asociación que explota una empresa agrícola?
  - ¿de parte de un explotador-propietario o que ostenta un derecho real sobre la explotación?;
  - ¿de parte de un explotador-arrendatario?

#### IV. IMPACTO DEL DERECHO MATRIMONIAL SOBRE LOS BIENES DE LA EXPLOTACIÓN AGRÍCOLA

- En materia de Derecho matrimonial parece evidente que para cada país el régimen de bienes de los dos esposos esté determinado por las disposiciones del Código Civil que tengan un alcance general.
- Sería, sin embargo, deseable que los (futuros) esposos puedan beneficiarse de una gran libertad de elección, en cuanto al régimen de sus bienes matrimoniales, y que se les ofrezca un gran abanico de posibilidades de contrato de matrimonio.
- Por otro lado, a semejanza de lo que ya existe en la mayor parte de los países, el Código Civil —o cualquier otra Ley— debería incorporar disposiciones tendentes a proteger al explotador agrícola con ocasión del matrimonio, mas fundamentalmente en caso de divorcio o de fallecimiento del cónyuge.
- ¿No procederá completar la lista de bienes considerados por la Ley como bienes propios del esposo-agricultor, por la razón de que constituyen el instrumento, los medios indispensables o necesarios para la continuación de su actividad agrícola?

#### V. IMPACTO DEL DERECHO SUCESORIO SOBRE LOS BIENES DE LA EXPLOTACIÓN AGRÍCOLA

Parece que las legislaciones nacionales de gran número de países no contienen medidas de garantía suficientes para asegurar el mantenimiento

de la empresa agrícola, en cuanto entidad económica, en caso de fallecimiento del explotador.

¿En qué medida puede la Ley instituir, para el sector de la agricultura, disposiciones particulares que deroguen disposiciones generales?

Varios países tienen, efectivamente, reglas específicas que prevén una devolución preferencial de los bienes del explotador fallecido en favor de aquél o aquellos de sus herederos que posean las cualificaciones profesionales y las capacidades requeridas para dirigir una empresa agrícola.

¿Podrían tales medidas ser generalizadas?

¿El mantenimiento de explotaciones agrícolas viables puede ser asegurado igualmente estipulando por vía legal que toda partición de una empresa agrícola o de sus bienes debe ser sancionada por un acuerdo de las autoridades públicas competentes (administración o Tribunal especializado)?

Las cuestiones formuladas anteriormente, repetimos, no agotan ciertamente la amplia materia que constituye el tema de nuestros trabajos: el Estatuto Jurídico de los Bienes Patrimoniales de la Empresa Agrícola.

A lo largo de sus sesiones de trabajo, la Comisión tendrá mucho tiempo de extender sus investigaciones a otros aspectos ligados a la problemática de los bienes de la explotación agrícola.

\* \* \*

Nos queda reiterar nuestro vivo agradecimiento a todos los ponentes nacionales por los excelentes informes que han aportado y que nos han permitido redactar el presente informe general. Estos informes constituyen la base sólida de nuestros trabajos, así como las conclusiones y las recomendaciones concretas que nuestra Comisión no dejará de formular al término de sus trabajos en Gante, en el marco del XV Congreso y Coloquio Europeo de Derecho Rural.

Finalmente, no podemos más que lamentar que los informes nacionales de ciertos países no nos hayan llegado a tiempo, a pesar de las demoras que habíamos concedido, para poder ser incluidas en el presente informe general.

ROGER DE MEYER

Profesor de la Universidad del Estado  
de Gante (Bélgica)

## C) PROBLEMAS JURÍDICOS DE LA RETIRADA DE TIERRAS DE LA PRODUCCIÓN

### A. CONDICIONES ESTRUCTURALES

Según el último censo agrario de España la superficie agraria útil (SAU) es de 27.310.000 hectáreas, que representa el 54 por 100 de la superficie total del Estado español (505.000 Km<sup>2</sup>). Dicha superficie agraria útil se distribuye de la siguiente manera: 15.660.000 hectáreas son tierras arables; 5.000.000 de hectáreas se dedican a cultivos permanentes y 6.650.000 hectáreas son prados naturales.

El número de explotaciones agrarias es de 1.818.000 y la superficie media de las explotaciones es de unas 15 hectáreas. Sin embargo, 655.000 explotaciones, que representan el 36 por 100 del total, tienen una superficie menor de dos hectáreas; 945.000 explotaciones, que representan el 52 por 100 del total, tienen una superficie entre 2 y 20 hectáreas, y sólo 218 explotaciones, que representan el 12 por 100 del total, tienen una superficie mayor de 20 hectáreas.

Los principales productos agrarios excedentarios en España son: el vino, el aceite y los productos hortofrutícolas. Actualmente existen algunos excedentes de cereales como consecuencia de la obligación impuesta a España por la Comunidad Económica Europea de importar de los Estados Unidos de América, determinadas partidas de maíz.

### B. COMPETENCIAS LEGISLATIVAS Y ADMINISTRATIVAS

Como consecuencia de la Constitución española de 27 de diciembre de 1978, el Estado español se halla constituido por 17 Comunidades Autónomas. Todas ellas tienen competencias legislativas en materia de agricultura y ganadería «de acuerdo con la ordenación de la economía del Estado».

1. Para la aplicación de los Reglamentos (CEE) número 1.094/88 y núm. 1.096/88, las 17 Comunidades Autónomas tienen competencias legislativas. No obstante, en la actualidad, las disposiciones legales para la aplicación de los Reglamentos Comunitarios, en materia de agricultura, son promulgados por el Gobierno central de la nación mediante Reales Decretos, debido, fundamentalmente, a que su financiación corre a cargo de los Presupuestos del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, salvo la Comunidad Autónoma del País Vasco.

2. Las ayudas son financiadas por el Gobierno central para todas las Comunidades Autónomas, excepto la del País Vasco, que por tener un régimen fiscal especial dispone de fondos propios para su financiación.

3. Las competencias administrativas corresponden a las Comunidades Autónomas, las cuales resuelven las solicitudes presentadas por los interesados, dentro del ámbito de su territorio.

Las solicitudes resueltas favorablemente son comunicadas al Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación para que proceda al pago de las ayudas concedidas.

C. CONTENIDO ESENCIAL DE LA LEGISLACIÓN NACIONAL  
RELATIVO A LA APLICACIÓN DEL REGLAMENTO  
NÚMERO 1.094/88 Y, EN SU CASO,  
EL REGLAMENTO NÚMERO 1.096/88

1. El régimen de ayudas destinado a fomentar la retirada de la producción de superficies de cultivos herbáceos de las explotaciones agrícolas establecido en el Reglamento (CEE) número 1.094/88 ha sido aplicado en España, por Real Decreto 1435/1988, de 25 de noviembre, y por Orden del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación de fecha 5 de diciembre de 1988. Esta Orden ha sido modificada por otra Orden de 13 de abril de 1989, en lo referente a la tramitación administrativa de las ayudas por la retirada de tierras de la producción.

Estas disposiciones españolas han sido elaboradas teniendo en cuenta lo establecido en los Reglamentos (CEE) números 1.094/88 y 1.273/88, y su contenido se puede resumir de la siguiente forma:

a) *Objeto de las ayudas.*—Se conceden a los titulares de las explotaciones agrícolas por la retirada de la producción de superficies dedicadas a cultivos herbáceos, cuya producción esté sometida a una organización común de mercado, en el ámbito de la política agraria comunitaria (PAC).

b) *Circunstancias que deben reunir las tierras que se pretende retirar de la producción.*—Las tierras deben reunir simultáneamente, en el momento de la solicitud de la ayuda, las circunstancias siguientes:

- que hayan sido realmente cultivadas para la producción de cultivos herbáceos, como mínimo, en dos campañas agrícolas comprendidas en el período de referencia que se establece entre el 1 de julio de 1985 y el 30 de junio de 1988.
- que representen, al menos, el 20 por 100 del total de las superficies de cultivos herbáceos que formen parte de la explotación. En todo caso, la superficie mínima que deberá retirarse por explotación será de una hectárea, constituida por superficies contiguas.

c) *Requisitos que deben reunir los beneficiarios de las ayudas.*—Para poder ser beneficiarios de las ayudas se exige que los titulares de las

explotaciones agrícolas cumplan, en el momento de la presentación de la solicitud, los siguientes requisitos:

- Que cultiven de una manera efectiva, bien personal o directamente, las superficies que desean retirar de la producción y que las hayan cultivado de igual forma durante los últimos cinco años.
- Que acrediten tener derecho a continuar cultivando las tierras durante todo el período en que se comprometan a retirarlas de la producción.
- Que se comprometan a dejar de cultivarlas de productos herbáceos, durante un período mínimo de cinco años, con la posibilidad de rescisión al cabo de tres años, a petición del interesado.

d) *Destino de las tierras retiradas de la producción.*—Las tierras retiradas de la producción de cultivos herbáceos se podrán destinar a:

- Repoblación forestal.
- Barbecho con posibilidad de rotación.
- Pastos para uso ganadero extensivo.
- Producción de lentejas, garbanzos o «vicias».
- Fines no agrarios.

Si el titular de la explotación agraria no fuere el propietario de las superficies retiradas se requiere el consentimiento de éste cuando se destinen a la repoblación forestal o a fines no agrarios.

e) *Obligaciones del beneficiario respecto de las tierras retiradas.*— El beneficiario de las ayudas por la retirada de tierras de la producción de cultivos herbáceos quedará, en todo caso, obligado a continuar realizando las labores adecuadas para mantenerlas en buenas condiciones agronómicas, protegiendo el medio ambiente y los recursos naturales. A este respecto se le imponen las obligaciones que establece el Reglamento 1.272/88, en los supuestos de que destine las tierras retiradas a barbecho, pastos para la ganadería extensiva, producción de lentejas, garbanzos y «vicias» o fines no agrarios.

f) *Requisitos formales de la solicitud de la ayuda y del compromiso.*— A este respecto se recogen las normas contenidas en los artículos 7 y 8 del Reglamento número 1.272/88.

g) *Importe anual de las ayudas.*— El importe anual de las ayudas para todo el territorio español se fija en las siguientes cantidades, por hectárea y año:

- 16.000 pesetas para los términos municipales incluidos en la lista comunitaria de zonas agrícolas desfavorecidas.
- 19.000 pesetas en el resto de los términos municipales, cuando se trate de tierras de secano.

- 27.000 pesetas para los regadíos extensivos.
- 35.000 pesetas para los regadíos semi-intensivos.
- 47.000 pesetas para los regadíos intensivos.

En el caso de que las superficies retiradas se destinen a pastos para uso ganadero extensivo o para la producción de lentejas, garbanzos o «vicias», las cuantías se reducirán en un 60 por 100 y en un 40 por 100, respectivamente.

h) *Control administrativo y sanciones por incumplimiento.*—Se dispone que:

- Para dar cumplimiento a lo establecido en el artículo 14 del Reglamento 1.272/88, el Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación establecerá los instrumentos de coordinación con las Comunidades Autónomas y fijará anualmente el listado de las explotaciones a controlar.
- La aportación de datos o documentos inexactos o el incumplimiento de los compromisos contraídos por el beneficiario implicará la obligación de devolver las cantidades recibidas, incrementadas por el interés legal del dinero, sin perjuicio de las acciones legales que procedan en aplicación de las disposiciones vigentes.

i) *Transmisión de las tierras retiradas.*—Si se transmitiera, por actos *inter vivos* o *mortis causa*, las tierras retiradas de la producción de cultivos herbáceos, el beneficiario de la ayuda o sus derechohabientes seguirán siendo responsables de que el nuevo titular cumpla los compromisos contraídos, salvo en el caso de que éste suscriba, a su vez, dichos compromisos para el resto del período. Cualquier cambio de titularidad en la explotación agraria posterior a la concesión de la ayuda deberá ser notificada a la Administración competente.

j) *Exclusión de determinadas regiones.*—En aplicación del Reglamento número 1.273/88 se han excluido del régimen de ayudas por retirada de la producción las comarcas que figuran relacionadas en el Anexo del Real Decreto 1435/1988.

k) *Plazo de presentación de solicitudes y pago de las ayudas.*—Se ha fijado como plazo para la presentación de las solicitudes, para el año 1989, el primer trimestre de dicho año. Para los años siguientes las solicitudes deberán presentarse durante los dos primeros meses de cada año.

El pago de las ayudas se efectuará al final de cada uno de los años en que esté vigente la retirada de tierras de la producción, previa la verificación anual de que efectivamente las tierras se encuentran retiradas de la producción de cultivos herbáceos y el beneficiario cumple todos los compromisos y obligaciones derivados de los mismos.

2. La extensificación de la producción agrícola [art. 1.6 del Reglamento (CEE) núm. 797/85] todavía no ha sido aplicada en España. De conformidad con lo establecido en el Reglamento (CEE) número 591/89, de 6 de marzo de 1989, por el Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación se han determinado unas fincas piloto en las que se llevará a cabo la extensificación de la producción con carácter experimental.

3. La reconversión de la producción agrícola [art. 1, c, del Reglamento (CEE) núm. 797/85] tampoco ha tenido aplicación en España debido a que el Consejo de la CEE todavía no ha determinado la lista de productos hacia los que se puede admitir una reconversión.

4. De conformidad con el Reglamento (CEE) núm. 1.273/88 se han determinado las zonas o comarcas españolas que quedan excluidas de la aplicación del régimen de retirada de tierras de la producción de cultivos herbáceos. Se ignoran si éstas mismas comarcas quedarán también exentas de la extensificación y de la reconversión de la producción cuando estas medidas sean aplicadas en España.

5. El Gobierno español tiene previsto aplicar en España el régimen de ayudas destinado a fomentar el cese de la actividad agraria establecido en el Reglamento (CEE) núm. 1.096/88, antes de que finalice el segundo trimestre del año 1989. Se encuentra ya elaborado el proyecto de Real Decreto para su aplicación, y el criterio seguido es que la superficie agraria útil de la explotación del agricultor que cesa en la actividad agraria se destine, preferentemente, a aumentar la superficie de una o varias explotaciones agrícolas de otros agricultores que ejerzan su actividad a título principal.

6. Como se ha expuesto en la letra *i)* del número 1 de este apartado *c.* cuando se transmita, por actos *inter vivos* o *mortis causa*, las tierras retiradas de la producción de cultivos herbáceos, el beneficiario de las ayudas o sus derechohabientes son responsables de que el adquirente o adquirentes cumplan los compromisos derivados de la congelación de las tierras, salvo que éstos suscriban directamente con la Administración dichos compromisos para el resto del período de retirada de tierras de la producción. En todo caso, toda transmisión de dichas tierras deberá ser notificada a la Administración.

7. El control administrativo del cumplimiento de los compromisos contraídos por la congelación de las tierras lo realizará el Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación en colaboración con las Comunidades Autónomas. Antes del pago anual de las ayudas se comprobará que efectivamente las tierras se hallan retiradas de la producción y que se cumplen todos los compromisos y obligaciones derivados de los mismos.

En el caso de incumplimiento, el beneficiario de las ayudas, o, en su caso, sus derechohabientes, quedan obligados a devolver las cantidades

recibidas por la retirada de tierras, incrementadas con el interés legal del dinero, sin perjuicio, además, de que se le apliquen otras sanciones por incumplimiento de otras disposiciones legales.

D. CONSECUENCIAS DE LA CONGELACIÓN DE TIERRAS  
SOBRE EL CARÁCTER AGRÍCOLA DE LAS TIERRAS RETIRADAS  
DE LA PRODUCCIÓN AGRÍCOLA

1. Las tierras retiradas de la producción de cultivos herbáceos, salvo que se destinen a fines no agrarios, continúan conservando su carácter agrícola, bien se las destine a la repoblación forestal, a barbecho con posibilidades de rotación, a pastos para uso ganadero extensivo, o a la producción de lentejas, garbanzos y «vicias», ya que aunque se las destine a barbecho sin rotación durante todo el período que dure la retirada de las tierras, el beneficiario queda obligado a realizar las labores de cultivo adecuadas para mantenerlas en buenas condiciones agronómicas y, además, a mantener o crear una cobertura vegetal apropiada, efectuando los trabajos mecánicos necesarios para la conservación del suelo.

Las tierras retiradas de la producción continúan formando parte de la base territorial de la explotación agraria y, en consecuencia, les seguirán siendo aplicables las normas contenidas en el Estatuto de la Explotación Agraria (Ley 49/1981, de 24 de diciembre) referentes a la protección de la integridad de los elementos de la explotación, transmisiones *inter vivos*, sucesiones *mortis causa* y los beneficios fiscales para el caso de transmisión de la totalidad de la explotación en favor de un colaborador de la misma.

2. En España, las cotizaciones mensuales que tienen que satisfacer los agricultores a la Seguridad Social Agraria se fijan, para todos ellos, con arreglo a unos porcentajes sobre el salario mínimo interprofesional correspondiente a cada año. Además de estas cuotas mensuales, los propietarios de terrenos rústicos, por el mero hecho de serlo y con independencia de que las tierras sean o no cultivadas, pagan a la Seguridad Social Agraria una cantidad anual por jornadas de trabajo teóricas, en función de la superficie de la tierra y de su calidad, pudiendo los propietarios, si las tierras las tienen arrendadas, repercutir esta cantidad anual en los arrendatarios.

Por consiguiente, la retirada de tierras de la producción no afectará a las cotizaciones de la Seguridad Social Agraria, ya que el agricultor tendrá que pagar dichas cotizaciones aunque abandone el cultivo de las tierras.

3. La congelación de las tierras escasamente afectará, en España, a la fiscalidad agraria.

En España los principales impuestos que gravan la explotación de las

tierras son: la contribución territorial rústica, el impuesto sobre la renta y el impuesto sobre el valor añadido.

La contribución territorial rústica es un impuesto que recae sobre el importe de las rentas que, real o potencialmente, puedan producir cada año la explotación de fincas rústicas, aun cuando éstas no sean explotadas. Están obligados a su pago el propietario de las tierras o, en su caso, el usufructuario, y si las tierras estuvieran arrendadas el impuesto es repercutible sobre el arrendatario en la parte que exceda de la renta que percibe el propietario o el usufructuario. Por tanto, este impuesto deberá seguir siendo pagado por el agricultor aunque retire las tierras de la producción de cultivos herbáceos.

El impuesto sobre la renta es un tributo de carácter directo y progresivo que grava los rendimientos netos de las personas físicas. Antes de la retirada de las tierras de la producción, el agricultor tendría que declarar los rendimientos netos que obtenía de sus tierras. Después de la retirada de las tierras de la producción tendrá que declarar el importe de las ayudas que reciba por dicha retirada. Por tanto, la diferencia será escasa y afectará poco al impuesto.

El impuesto sobre el valor añadido (IVA) es un tributo indirecto que recae sobre el consumo y grava la entrega de bienes y prestaciones de servicios. Pero la Ley española ha establecido un régimen especial del IVA para la agricultura al que se han acogido la inmensa mayoría de los agricultores. En resumen, este régimen especial consiste en liberar a los agricultores de toda obligación formal con la Hacienda Pública. Los agricultores no tienen que hacer ninguna liquidación a Hacienda ni repercutir el IVA pagado en los precios de venta de sus productos, pero para resarcirse del IVA que han pagado por la adquisición de los medios de producción utilizados para la obtención de sus productos (abonos, simientes, etc.), tienen el derecho de recargar al importe de las ventas de sus productos el porcentaje del 4 por 100, que reciben directamente de los compradores. Por tanto, si el agricultor retira las tierras de la producción, como no adquirirá medios de producción para dichas tierras ni obtendrá productos de ellas, no estará afectado por el IVA respecto de dichas tierras retiradas de la producción.

#### E. CONTRATOS DE DERECHO PRIVADO Y CONGELACIÓN DE TIERRAS

1. Si el titular de una explotación agrícola es propietario de las tierras que cultiva podrá, con su sola decisión, retirarlas de la producción. Pero pueden plantearse problemas jurídicos cuando cultiva las tierras en virtud de contrato de aparcería o de arrendamiento.

En el caso de aparcería, como el propietario o usufructuario que ha cedido el cultivo de sus tierras al aparcerero tiene el derecho a percibir una participación alícuota de los productos que se obtengan de las mismas, será necesario, para que el aparcerero pueda retirar las tierras de la producción, que obtenga el consentimiento del propietario o usufructuario, con objeto de evitar el incumplimiento del contrato.

En el caso de arrendamiento, el Real Decreto 1435/1988, por el que se aplica la congelación de tierras en España, exige únicamente consentimiento del propietario cuando las tierras retiradas de la producción se destinen a la repoblación forestal o a fines no agrarios, por lo que pudiera parecer que cuando se destinen a barbecho, a pastos o a la producción de garbanzos, lentejas o «vicias», el arrendatario puede retirar las tierras, sin necesidad de que el propietario preste su consentimiento.

Desde luego, parece que el arrendatario podrá, sin consentimiento del propietario, retirar las tierras de la producción de cultivos herbáceos cuando las destine a la producción de garbanzos, lentejas o «vicias» y a pastos para ganadería extensiva, ya que el arrendatario tiene derecho a determinar el tipo de cultivo de las tierras arrendadas. El problema puede surgir cuando las tierras retiradas de la producción las destina a barbecho sin rotación de cultivo, puesto que, aunque el arrendatario tenga que realizar las labores adecuadas para mantener las tierras retiradas en buenas condiciones agronómicas, realmente no las cultivará para la obtención de ninguna clase de producción, y en el Derecho español es causa de resolución del contrato de arrendamiento, a petición del arrendador, no explotar el arrendatario la finca arrendada. Por ello, es aconsejable que, en este supuesto de destinar las tierras a barbecho, el arrendatario obtenga el consentimiento del arrendador, para evitar que los Tribunales de Justicia pudieran declarar la resolución del contrato de arrendamiento.

2. Las asociaciones de agricultores, legalmente constituídas, que sean titulares de explotaciones agrarias, podrán también retirar las tierras de la producción de cultivos herbáceos, siempre que adopten válidamente el acuerdo, con arreglo a los Estatutos por los que se rigen.

Entendemos que la retirada de tierras es un acto de mera administración, por lo que se requerirá el «quorum» necesario para dichos actos. No obstante, cuando se trate de una asociación de agricultores para el cultivo en común de las tierras en la que cada asociado continúa siendo propietario de las tierras aportadas a la asociación, estimamos que además será necesario el consentimiento del propietario de las mismas.

3. La retirada de tierras de la producción deberá estar siempre condicionada a las obligaciones que previamente hubiera podido contraer el titular de la explotación respecto de los productos herbáceos producidos por ésta, por lo que si tuviera concertado contratos de explotación de

productos herbáceos con empresas de transformación o comercialización no podrá retirar las tierras de la producción, ya que podrá ser judicialmente condenado al pago de daños y perjuicios causados a la otra parte contratante, salvo que consiga obtener de ésta la rescisión del contrato.

4. La retirada de tierras de la producción puede ser una medida contraria al empleo de mano de obra fija o eventual en la explotación agraria y podrá ocasionar el despido de trabajadores agrícolas, aun cuando éstos tengan derecho a la correspondiente indemnización para la rescisión de sus contratos de trabajo. Por este motivo y dado el excesivo paro agrícola que existe en España, el Reglamento (CEE) número 1.273/88 ha permitido que puedan quedar exentas del régimen de retirada de tierras las regiones españolas que por sus particularidades socioeconómicas tengan índices importantes de desempleo y subempleo de la población agraria.

5. Si las tierras dedicadas a cultivos herbáceos se hubieran hipotecado en garantía de la devolución de un préstamo y el deudor estuviera cumpliendo las obligaciones derivadas del mismo, no será precisa la intervención del acreedor para poder retirar las tierras de la producción, ya que la Ley Hipotecaria española sólo autoriza al acreedor para solicitar judicialmente la ampliación de la garantía hipotecaria si la finca hipotecada se deteriora, disminuyendo de valor por dolo, culpa o voluntad del dueño, y la retirada de las tierras de la producción no parece implicar una disminución del valor intrínseco de la finca.

F. EXIGENCIAS JURÍDICAS RESPECTO A LA REPOBLACIÓN  
 FORESTAL O DE OTRA UTILIZACIÓN DE LOS FUNDOS RETIRADOS  
 DE LA PRODUCCIÓN AGRÍCOLA A OTROS FINES  
 NO AGRÍCOLAS, ESPECIALMENTE LAS AUTORIZACIONES  
 Y LAS RESTRICCIONES FUNDADAS EN EL DERECHO FORESTAL,  
 EL DERECHO DE ORDENACIÓN DEL TERRITORIO  
 Y EN OTRAS NORMAS

La Orden del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación de 5 de diciembre de 1988, por la que se dictan normas de desarrollo del Real Decreto 1435/1988, establece en su artículo 4.º que cuando el solicitante de las ayudas opte por destinar las tierras retiradas de la producción de cultivos herbáceos a la repoblación forestal o a fines no agrarios, deberá acreditar la autorización que se precise de la Administración competente. Por tanto, sólo cuando se cumplan las normas especiales establecidas en el Derecho forestal y en el Derecho de ordenación del territorio, la Administración competente concederá las autorizaciones necesarias.

- G. OBSTÁCULOS RESPECTO DE LA PUESTA EN CULTIVO DE LOS FUNDOS CONCERNIENTES DESPUÉS DEL TRANSCURSO DEL PERÍODO DE LA CONGELACIÓN DE TIERRAS (POR EJEMPLO, AUTORIZACIÓN DE TALA DE ÁRBOLES, DE OTRAS AUTORIZACIONES Y RESTRICCIONES QUE SE FUNDAMENTEN EN EL DERECHO DE ORDENACIÓN DEL TERRITORIO Y OTRAS DISPOSICIONES)

Una vez que haya transcurrido el período de compromiso de retirada de tierras de la producción, el titular de la explotación podrá volver a cultivar de productos herbáceos las tierras retiradas. No obstante, si durante el período de compromiso se han destinado a la repoblación forestal o a fines no agrarios, antes de poder volver a cultivar dichas tierras, será necesario cumplir las normas especiales del Derecho forestal y del Derecho de ordenación del territorio. Así, por ejemplo, según el Derecho forestal, es necesario autorización administrativa para la tala de árboles, y esta autorización sólo se concederá cuando, según las distintas especies forestales, los árboles tienen un determinado grosor del tronco, para lo que, normalmente, se requerirá mayor tiempo que el que dure el compromiso de retirada de tierras de la producción. Por ello, en este caso de repoblación forestal, el titular de la explotación no podrá legalmente, una vez transcurrido el período de compromiso de la retirada de tierras, volver inmediatamente a cultivarlas para la producción de cultivos herbáceos hasta que no obtenga la autorización administrativa para poder talar los árboles.

- H. EVALUACIÓN DE LAS MEDIDAS SEGÚN LOS REGLAMENTOS NÚMEROS 1.094/88 Y 1.096/88

En España el plazo de presentación de solicitudes para acogerse al régimen de retirada de tierras de la producción de cultivos herbáceos finalizó el 31 de marzo de 1989, y como dichas solicitudes se han presentado en cada una de las 17 Comunidades Autónomas, el Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación sólo dispone, actualmente, de datos provisionales.

Según estos datos, en este primer año en que se aplica en España dicho régimen han solicitado las ayudas por retirada de tierras de la producción 630 agricultores, para una superficie total de 44.590 hectáreas, lo que representa una media por agricultor de unas 70 hectáreas.

Esto pone de manifiesto, como era previsible, que a los que interesa económicamente acogerse al régimen de ayudas por retirada de tierras de la producción es a los agricultores que cultivan grandes superficies.

## D) ESTATUTO JURIDICO DE LA MUJER EN LA EMPRESA AGRICOLA ESPAÑOLA

**SUMARIO:** I. INTRODUCCION.—II. LA IGUALDAD JURIDICA ENTRE EL HOMBRE Y LA MUJER: II.1. EVOLUCIÓN DE LOS DERECHOS DE LA MUJER EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL II.2. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD HOMBRE-MUJER EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA.—III. LA MUJER COMO TITULAR Y COMO GESTORA DE UNA EMPRESA AGRARIA: III.1 LA MUJER EMPRESARIA DE SU PROPIA EXPLOTACIÓN III.2. LA MUJER EMPRESARIA DE LA EXPLOTACIÓN AGRARIA DE LA COMUNIDAD CONYUGAL III.3. LA MUJER ADMINISTRADORA DE UNA EMPRESA AGRARIA CUYOS BIENES PERTENECEN AL ESPOSO.—IV. LA MUJER CONYUGE DEL EMPRESARIO AGRARIO: IV.1. REGLAS GENERALES IV.2. NORMAS PARTICULARES CONTENIDAS EN LEYES ESPECIALES POR RAZÓN DE LA MATERIA O DEL TERRITORIO IV.2.1 *El cónyuge colaborador y co-titular de la explotación familiar agraria.* IV.2.2. *Leyes civiles pertenecen al esposo.*—V. LOS DERECHOS DE LA MUJER ANTE LA TRANSMISION DE LA EMPRESA AGRARIA: V.1. CESIÓN "INTER VIVOS" V.2. DERECHOS DEL CÓNYUGE VIUDO EN LA SUCESIÓN "MORTIS CAUSA" DEL TITULAR DE UNA EMPRESA AGRARIA V.3 LA SUCESIÓN DE LA MUJER-CÓNYUGE EN EL ARRENDAMIENTO RÚSTICO DEL MARIDO.—VI. LA PROTECCION SOCIAL DE LA MUJER AGRICULTORA: VI.1 INTRODUCCIÓN VI.2. FINANCIACIÓN DEL RÉGIMEN ESPECIAL AGRARIO VI.3. LA MUJER TITULAR DE EXPLOTACIÓN DERECHOS Y OBLIGACIONES SOCIALES VI.3.1. *Afilación.* VI.3.2. *Cotizaciones.* VI.3.3. *Protección.* VI.4 LA MUJER TRABAJADORA POR CUENTA AJENA LA PROTECCIÓN SOCIAL DERIVADA DE SU CONDICIÓN VI.5 LA MUJER CÓNYUGE DE UN EMPRESARIO AGRARIO DERECHOS DERIVADOS DE LA COTIZACIÓN DE AUTÓNOMO DE SU MARIDO.

### I. INTRODUCCION

Exponemos en este trabajo el Estatuto Jurídico de la Mujer en la Empresa Agraria en el ámbito del ordenamiento jurídico español.

A este fin, partimos de unas ideas introductorias sobre la evolución en España de las leyes sobre la mejora de la posición jurídica de la mujer, en general y de las casadas en particular, así como de los cambios experimentados —a este respecto— por el Derecho de familia, motivados por los nuevos principios instaurados por la Constitución española de 1978.

Continuamos la exposición ajustada al siguiente esquema:

I. *El alcance de la plena igualdad jurídica entre el hombre y la mujer.*— Presentamos una panorámica de la evolución de la legislación española hacia una mejora de los derechos de la mujer, sobre todo en el estatus de casada, situación en la que era objeto de un mayor grado de desigualdad.

II. *La mujer como titular y como gestora de una empresa agrícola.*—Nos referimos a la mujer-empresario, en su doble faceta de titular de la explotación y de gestora de la misma, así como sus facultades de administración y disposición sobre su propio patrimonio (si es titular de la

explotación) o sobre el de su marido (si éste es propietario de bienes que forman parte de la empresa agraria). También estudiamos en este apartado la posición jurídica de la mujer arrendataria.

III. *La mujer cónyuge del empresario agrario.*—En un tercer lugar tratamos de la problemática de la mujer cónyuge del empresario agrícola y sus relaciones de colaboración, co-gestión con su marido, así como la situación de sus bienes patrimoniales a efectos o no de la explotación. También estudiaremos su posición como cónyuge del arrendatario y sus derechos, caso de fallecimiento del mismo.

IV. *Los derechos de la mujer ante la transmisión de la empresa agraria.*—Analizamos los derechos de la mujer en caso de cesión de la explotación agrícola de su cónyuge, tanto por actos *inter vivos* como *mortis causa*.

V. *Protección social de la mujer.*—El último apartado lo dedicamos al estatuto social de la mujer agricultora y tratamos de los derechos de la mujer trabajadora en la agricultura, tanto si se cotiza como autónoma como si se lo hace por cuenta ajena, así como de la protección social que le corresponde por ser cónyuge de una empresario agrícola afiliado como autónomo.

## II. LA IGUALDAD JURÍDICA ENTRE EL HOMBRE Y LA MUJER

### II.1. EVOLUCIÓN DE LOS DERECHOS DE LA MUJER EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

Es clásico comentar que, en el pasado, en los ordenamientos privados era donde mayores desigualdades se daban en relación con el trato jurídico entre el hombre y la mujer, acrecentadas en el estatus social de «mujer casada», situación normal y casi obligada para la mujer hasta hace pocas décadas, dadas las dificultades que tradicionalmente ha encontrado para realizarse en otros campos, adquiriendo una profesión u oficio o un trabajo remunerado distinto de los trabajos hogareños.

El matrimonio sigue siendo un estado normal de vida —tal vez más libre y conscientemente elegido por la mujer que en épocas pasadas, al que accedía, muchas veces, forzada por las circunstancias de su situación en la sociedad— pero que se está haciendo compatible con el desarrollo de sus otras facultades (distintas de las de ama de casa y madre) relativas a su actuación como ser social, desempeñando una actividad fuera del hogar. Esta evolución de la posición de la mujer en la sociedad ha provocado, lógicamente, cambios en las reglas jurídicas sobre su capacidad de obrar,

su situación en el matrimonio y en la familia, hacia una más equitativa y justa igualdad.

En España esos cambios han seguido un largo camino que empezó a recorrerse en el ordenamiento jurídico a fines de la década de los cincuenta y que partía de la supervivencia en nuestro Código Civil (que como sabemos data de 1889) de una situación peculiar de inferioridad de la mujer frente al marido y frente a terceros, ocupando un lugar similar al de los menores. En ese sentido, DE LOS MOZOS explica que «antes de la reforma de 1975, las mismas normas sobre las relaciones personales de los cónyuges, al condicionar el régimen económico matrimonial, venían a establecer una disciplina general que funcionaba como un presupuesto obligado de dicho régimen, dependiendo sobre todo de la especial posición de la mujer en el matrimonio, que venía a ser una clara supervivencia de la situación de la mujer casada *loco filiae* propia del matrimonio romano *cum manu* (1). Quedaba sometida a la protección marital, a la obligación de guardar obediencia al marido y no podía enajenar ni gravar sus bienes (parafernales) ni contraer deudas o de litigar sin la licencia o autorización marital.

Esta situación empezó a modificarse, aunque muy levemente, por Ley de 24 de abril de 1958, que reformó, mejorando, las porciones hereditarias del cónyuge viudo (arts 834-839 del Código Civil), exigió el consentimiento de la mujer casada para que el marido pudiera realizar actos dispositivos sobre bienes inmuebles o establecimientos mercantiles de carácter ganancial (art. 1.413 del Código Civil) y eliminó la prohibición a las mujeres, existente hasta ese momento, de ser testigos en los testamentos (excepto en tiempos de epidemia) etc.

Algún autor comentó aquella reforma diciendo que seguía «un criterio moderno de que tanto en el orden moral como en el social el sexo, por sí solo, no puede determinar en el campo del Derecho civil una diferencia de trato que se traduzca, de algún modo —tal y como se expresó ya en la exposición de motivos de la citada Ley reformativa— en la limitación de la capacidad civil de la mujer a los efectos de su intervención en las relaciones jurídicas» (2).

Una reforma más profunda se llevó a cabo por la Ley de 2 de mayo de 1975, año internacional de la mujer, en la que se incidió sobre todo en la mejora de la condición jurídica de la mujer casada y en los derechos y deberes de los cónyuges.

(1) En *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigido por MANUEL ALBALADEJO, tomo XVIII, vol 1, arts. 1.315 a 1.343, pág. 44.

(2) MAJADA, Arturo, en *La reforma del Código Civil. Complemento de todos los tratados de Derecho civil español. Leves de 24 de abril y de 17 de julio de 1958*. Barcelona, 1958, nota pág 88.

Por ello, esta segunda reforma vino a mejorar los derechos de la mujer casada, en el ámbito del derecho de familia, a través de un más justo tratamiento de la situación jurídica de los cónyuges, en relación a materias tan importantes como las de la nacionalidad de la mujer casada, que adquiriría, por matrimonio *ipso facto*, la nacionalidad del marido —aplicando de manera rigurosa el principio de unidad familiar—, adoptándose el criterio de que la pérdida o no de la nacionalidad, en caso de matrimonio, había de ser siempre voluntaria.

Otro de los aciertos de la comentada Ley fue la supresión de fórmulas discriminatorias, tales como las de que el marido debería siempre proteger a la mujer y ésta obedecer al marido (arts. 57 y 58 del Código Civil) sustituyéndolas por términos demostrativos de una absoluta reciprocidad, obligándolos a respetarse y ayudarse mutuamente y a actuar ambos siempre en interés de la familia.

En orden a la modificación del régimen jurídico de la capacidad de obrar de la mujer casada se proclamó el principio de que el matrimonio no tiene sentido restrictivo respecto a la capacidad de obrar de los cónyuges, por lo que ninguno de ellos ostenta una representación legal del otro, suprimiéndose la licencia marital que para determinadas situaciones era necesaria a la mujer. Se suprimieron, a su vez, ciertas incapacidades de la mujer casada, como las de ser tutor o protutor.

Un aspecto importante de la reforma fue el referente a la posibilidad de modificar el régimen económico-matrimonial después de celebrado el matrimonio, por voluntad de ambos cónyuges, acabando con la regla de la inmodificabilidad y reconociendo el derecho de redactar nuevas capitulaciones, constante el matrimonio.

Otras cuestiones muy importantes para la vida y las relaciones de la mujer casada fueron modificadas: la libre disposición de sus bienes propios (parafernales) sin licencia del marido. LACRUZ BERDEJO, al comentar esta reforma, escribía que «en plano de la igualación entre los esposos en que se ha colocado, el legislador hubiera debido suprimir la categoría de los bienes parafernales, sustituyendo su regulación por otra más actualizada de la contribución a las cargas familiares y en tema de gananciales, de las relaciones de las masas de bienes privativos con la comunidad» (3).

La reforma de 1975 también cambió la posible actuación de la mujer casada en la esfera mercantil en lo referente al ejercicio por ella del comercio, eliminando el anterior rigor de la autorización marital para su establecimiento como comerciante.

Todas estas modificaciones que hemos comentado se habían hecho imprescindibles. La razón fundamental —según la exposición de motivos

---

(3) *El nuevo Derecho civil de la mujer casada*, 1977, pág. 97

de la misma Ley— «las profundas transformaciones que ha experimentado la sociedad». Y, además, porque «las normas en que tales limitaciones se contienen no pasan de tener una efectividad predominantemente formal, creadora de trabas en la vida jurídica, sin la contrapartida de una seria protección de los intereses de orden familiar» (4).

A este respecto es interesante contrastar las opiniones de J. L. DE LOS MOZOS que escribía que en descargo de aquel legislador hay que decir que aunque se justificó la reforma en el cambio social, esta Ley fue la que verdaderamente innovó en materia de situación jurídica de la mujer casada, consagrando su equiparación al marido (5), y el punto de vista del Profesor LACRUZ BERDEJO, para el que estos cambios supusieron en su día «el reconocimiento por el legislador de unas realidades sociales que hasta ahora no habían trascendido al campo del derecho: la nueva identidad de la esposa, que no se define ya exclusivamente como madre y animal doméstico o de labor dentro de la casa, sino como ser con dignidad y libertad iguales a las del varón y, por tanto, con derecho a que como regla general se le deparen las mismas oportunidades y posibilidades jurídicas» (6). Aunque, en contrapartida, opinaba el citado autor que, «en la teoría, se había alcanzado, de golpe, un grado de nivelación inaudito y probablemente excesivo» (7).

## II.2. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD HOMBRE-MUJER EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

Los principios que inspiran la reforma del derecho de familia en el tema que nos ocupa aparecen proclamados en la Constitución española y en el contexto de los derechos y libertades individuales, normas de aplicación inmediata que deben presidir todo el ordenamiento jurídico.

Así, el artículo 9.2 dispone que «corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, así como remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud...».

En nuestro caso, el binomio marido-mujer integrando fundamentalmente el grupo familiar debe ser considerado a nivel paritario desapareciendo las discriminaciones que alteren esa proclamada igualdad.

---

(4) Exposición de motivos de la Ley 14/1975, de 2 de mayo, sobre la reforma de determinados artículos del Código Civil y del Código de Comercio sobre la situación jurídica de la mujer casada y los derechos y deberes de los cónyuges, *BOE*, núm. 107, 5 mayo 1975.

(5) En *Comentarios al Código Civil*, cit. pág. 33

(6) En *El nuevo Derecho civil...*, cit. pág. 23.

(7) *Loc. cit.*, pág. 12.

Otro artículo de la Constitución, fundamental al respecto, es el 14, que declara la igualdad de los españoles ante la Ley «sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social». Principio de igualdad jurídica que tiene su origen en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en otros importantes instrumentos ratificados por España en Convenciones internacionales sobre la materia (8) y cuya aplicación impone el artículo 10.2 de la Constitución al ordenar «que las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los Tratados y Acuerdos sobre las mismas materias ratificados por España».

También en la Constitución existen preceptos especiales dedicados a proclamar las líneas generales de regulación de instituciones tan fundamentales para todo Estado como son el matrimonio y la familia. Mas su constitucionalización, en nuestro país, no se ha realizado de una manera ordenada, sino dispersa en distintos títulos y capítulos, desarrollándose en particular en los artículos 32 y 39 (9), en los que se contiene la principal normativa constitucional en relación, el primero, al matrimonio: su derecho a contraerlo por el hombre y la mujer en plano de igualdad, y a que esta igualdad perdure a lo largo de toda la existencia de la institución, en las relaciones personales y patrimoniales de los cónyuges y hasta su disolución; y el segundo hace una referencia más directa a la familia acreedora de la protección de los poderes públicos y, sobre todo, a las relaciones paterno-filiales, no discriminando entre los hijos nacidos fuera o dentro del matrimonio y admitiendo su igualdad ante la Ley.

La consagración de estos derechos fundamentales ha tenido su pronta respuesta en una posterior reforma del Derecho de familia, realizada por dos Leyes: La Ley 11/1981, de 13 de mayo, que modificó el Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimo-

---

(8) Artículo 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 23 de la Convención Internacional de Derechos Civiles y Politicos, etc.

(9) El artículo 32 de la Constitución, que aparece en el capítulo segundo titulado «Derechos y libertades» y está contenido en la sección segunda de los derechos y deberes de los ciudadanos. Su párrafo 1.º dice así: «El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica. El artículo 39 que aparece en el capítulo tercero, titulado. «De los principios rectores de la política social y económica», dice en sus tres primeros párrafos 1.º «Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia»; 2.º «Los poderes públicos aseguran asimismo la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la Ley con independencia de su filiación y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La Ley posibilitará la investigación de paternidad», y 3.º «Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda»

nio, y la Ley 30/1981, de 7 de julio, que ha modificado la regulación del matrimonio y ha determinado el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio.

La larga exposición de motivos de la Ley de 13 de mayo de 1981 justifica precisamente la necesidad de las nuevas reformas «en la idea de igualdad». Nada mejor que seguir la versión, al respecto, de la propia exposición:

«La presente reforma ha llevado el principio de igualdad entre cónyuges a sus últimas y justas consecuencias, ya borrando ciertas distinciones que persistían en las relaciones personales, ya, sobre todo, confiriendo a cada uno, en el aspecto matrimonial, iguales facultades, derechos y obligaciones. De ahora en adelante cada cónyuge gobernará y regirá sus bienes y actividades económicas sin más trabas que la respectiva contribución a las cargas familiares o las derivadas del hecho de no ser suyos, sino comunes, ciertos bienes obtenidos por él o de la eventual obligación de dar cuenta de sus actividades lucrativas al otro cónyuge. De otra parte, en la economía conyugal, y singularmente en la sociedad de gananciales, ninguno de los dos será superior al otro ni tendrá atribuidas por la Ley concretas facultades o privilegios en cuanto a varón o mujer».

El Profesor DE LOS MOZOS (10) destacó en su día las consecuencias directas de la aplicación de este principio de igualdad, en conexión con los cambios introducidos, en particular en la reestructuración del régimen económico del matrimonio...

Así podemos identificar, como consecuencias directas del principio de igualdad, los siguientes cambios en el Código Civil:

a) «El marido y la mujer son iguales en derechos y deberes» (art. 67). Institucionalización en el Código Civil del artículo 14 de la Constitución.

b) «El marido y la mujer podrán transmitirse, por cualquier título, bienes y derechos y celebrar entre sí toda clase de contratos» (art. 1.323), afianzándose la libertad e independencia económica entre los esposos, al desaparecer la tradicional prohibición de las donaciones entre cónyuges...

c) El ejercicio de la patria potestad ejercida conjuntamente por ambos progenitores o simplemente por uno de ellos, aunque con consentimiento (expreso o tácito) del otro (art. 156).

d) La paridad y colaboración en el orden patrimonial de reparto de responsabilidades entre los cónyuges del artículo 1.318, que ordena que «los bienes de los cónyuges están sujetos al levantamiento de las cargas del matrimonio» y del artículo 1.319 que permite que «cualquiera de los cón-

---

(10) DE LOS MOZOS, J. L.: *La reforma del Derecho de familia en España hoy*, volumen I, Valladolid, 1981, págs. 94 y 97.

yuges podrá realizar los actos encaminados a atender las necesidades ordinarias de la familia encomendadas a su cuidado».

e) El principio de igualdad se manifiesta también en la regulación de la sociedad de gananciales, desapareciendo la vejatoria norma por la que el marido era el administrador de los bienes comunes (paliada, en parte ya, por la reforma en 1958 del art. 1.413 ya comentada), por el nuevo artículo 1.375 del Código Civil, en el que se dispone que «en defecto del pacto de capitulaciones, la gestión y disposiciones de los bienes gananciales corresponde conjuntamente a los cónyuges...». Aunque como es lógico si para «la realización de actos de administración fuere necesario el consentimiento de ambos cónyuges, y uno se hallase impedido para prestarlo o se negare injustificadamente a ello, podría el Juez suplirlo, si encontrase fundada petición» (art. 1.376). Hecho —el de la continuada presencia del Juez de familia como amigable componedor en casos de desacuerdo conyugales— que, según DE LOS MOZOS, tiene que serlo así «en aras de la igualdad, ya que al eliminarse toda idea de autoridad en favor de cualquiera de ellos, el grupo pierde autonomía, al tener que sustituir aquélla por la intervención judicial que aparece ahora con bastante frecuencia».

### III. LA MUJER COMO TITULAR Y COMO GESTORA DE UNA EMPRESA AGRARIA

Vamos a tratar los diferentes supuestos de la mujer-empresaria. Como cuestión previa diremos que para la mujer soltera, divorciada o viuda titular de una empresa rigen las mismas normas que para cualquier empresario de explotación individual, salvo que excepcionalmente queden pendientes de resolver problemas de liquidación del régimen societario matrimonial, en caso de divorcio, o cuestiones sucesorias en caso de viudedad.

No hay tampoco en España un estatuto jurídico para la mujer casada que ejerza de empresaria o comerciante. A este respecto, ciertos artículos del Código de Comercio que establecían diferencias de trato entre el marido y la mujer en el estatus de comerciante (11) fueron felizmente derogados en la reforma de 1975. Entendemos que no sería constitucional un trato jurídico distinto entre el hombre y la mujer ante una misma profesión o actividad.

La empresa agraria no es una unidad jurídica, sino económica, y los

---

(11) Los artículos 6.º, 7.º y 8.º del Código de Comercio estaban dedicados a regular la necesidad de autorización marital para que la mujer pudiera ejercer el comercio, consignada en escritura pública e inscrita en el Registro Mercantil, aunque el artículo 7.º establecía una autorización tácita basada en *facta concludentia*.

bienes afectos a la explotación, la tierra entre ellos, pueden formar parte del caudal ganancial o pertenecer a cualquiera de los cónyuges.

Hay que decir que el empresario agrario no está acogido en España al Derecho mercantil, ya que el artículo 326 del Código de Comercio excluye de la mercantilidad las compra-ventas agrarias, al declarar que no se reputarán mercantiles «las ventas que hiciesen los propietarios y labradores o ganaderos de los frutos o productos de sus cosechas o ganados, o de las especies en que se paguen las rentas».

No obstante lo dicho, hay bastantes razones para creer la aproximación, al respecto, de la empresa agraria al Derecho mercantil (12). Un ejemplo que lo confirma es el Reglamento sobre Contratación de Productos Agrarios (13), en cuyo artículo 18 se someten a la legislación mercantil las compra-ventas acogidas a este sistema (14). Además hay que constatar la armonización entre el Código Civil y el Código de Comercio a este respecto desde las últimas reformas.

Nos referiremos, pues, a la posición de la mujer empresaria casada, analizando varios supuestos cuya principal diferencia se deriva de las distintas posibilidades que tiene el matrimonio en relación con la gestión y administración de sus bienes: sería imposible analizarlos todos, ya que en España existe la posibilidad de elección convencional de distintos regímenes económico-matrimoniales (gananciales, separación de bienes, régimen de participación en las ganancias...), y, lógicamente, la elección de uno u otro régimen matrimonial plantea diferencias de posición de la mujer-empresaria, trataremos los supuestos más comunes: el primero, cuando los bienes de la explotación agraria le pertenecen a ella por ser privativos; el segundo, si la mujer gestiona una empresa agraria cuyos bienes son de titularidad ganancial (régimen que es legal en defecto de otro régimen pactado); el tercero, el que la mujer casada gestione una empresa agraria cuyos bienes pertenezcan al marido. Los desarrollamos a continuación.

En cada uno de los supuestos examinaremos separadamente la gestión

(12) El Estatuto jurídico del comerciante casado, según los artículos 6.º a 9.º del Código de Comercio, señala como regla principal, cuando uno de los cónyuges ejerza el comercio, quedarán obligados —a las resultas de la actividad comercial— los bienes propios del cónyuge que lo ejerza y los adquiridos con esas resultas, pudiendo enajenar e hipotecar los unos y los otros. Sin embargo, para obligar los bienes comunes se necesita el consentimiento (expreso o tácito) de ambos cónyuges (para los privativos del otro cónyuge se precisa su consentimiento expreso)

(13) Sobre esta cuestión, véase LUIS AMAT en «La legislación española sobre contratación de productos agrarios como medio de regulación de mercado», *Derecho agrario y alimentario*, núm. 8, abril-junio, 1987, págs. 7 a 18.

(14) Hay que advertir la aparente contradicción entre este precepto de un reglamento y el artículo 326, 2.º, del Código de Comercio

de la empresa, la aplicación de los bienes y el tratamiento de las responsabilidades.

### III.1. LA MUJER EMPRESARIA DE SU PROPIA EXPLOTACIÓN

El primer supuesto es el relativo a la gestión, por la mujer casada, de una empresa cuyos bienes son de su exclusiva pertenencia ya desde antes del comienzo de la sociedad conyugal, o por haberlos adquirido por herencia u otro título gratuito, o por haberse pactado el régimen de separación de bienes.

a) Siendo suyos los bienes de la explotación, la mujer casada empresaria conservará plenamente la libertad de disponer sobre los mismos y de administrarlos en la forma que crea más conveniente.

b) De los resultados de tal gestión hay que indicar que los beneficios serán de la sociedad de gananciales, ya que se consideran «frutos y ganancias», si éste es el régimen del matrimonio (art. 1.381) y podrán pertenecer privativamente al cónyuge empresario si el régimen matrimonial pactado es el de separación de bienes (art. 1.437).

c) Respecto de las responsabilidades o cargas de la empresa, consideramos que en régimen de gananciales aquellos gastos directamente derivados de la «explotación regular de los negocios» correrán a cargo de la sociedad de gananciales. De otro tipo de inversiones, mejoras, etc., responderá el patrimonio propio de la empresaria, tal y como se declara en el artículo 1.373 del Código Civil, por el cual «cada cónyuge responde con su patrimonio personal de las deudas propias, y si sus bienes privativos no fueran suficientes para hacerlas efectivas, el acreedor podrá pedir el embargo de sus bienes gananciales... Tratándose de régimen de separación de bienes, las responsabilidades derivadas de la explotación agraria correrán exclusivamente a cargo de los bienes privativos de la mujer.

d) Un caso particular se presenta cuando la mujer empresaria es titular de un contrato de arrendamiento rústico.

Nada impide que la empresaria sea arrendataria y constituya su empresa agraria sobre una finca objeto de un contrato de arrendamiento rústico. La Ley española de Arrendamientos Rústicos de 1980 ha pergeñado un contrato que se acerca por sus características al llamado por la doctrina italiana «contrato para la empresa agraria» (15). También es

---

(15) Entre otros, CARROZA, A.: en «Contratto e impresa nel Diritto Agrario Italiano», en Giornate Italo-Spagnole de Diritto Agrario Pisa-Sassari, 1975, pub. en *Rivista Diritto Agrario*, 1975, págs. 502 y sigs ; y en España, LLOMBART, Desamparados, en *El arrendamiento rústico, contrato para la empresa agraria*, tesis doctoral, 1981, inédita, págs. 391 y sigs.

práctica corriente que, además de las fincas de cultivo en propiedad del matrimonio, se arrienden otras para ampliar la base territorial de la explotación. No hay en España ninguna protección particular ni diferencia de trato entre marido-mujer arrendatarios. A ambos la Ley les exige para serlo —entre otros requisitos— la condición de ser profesionales de la agricultura (16).

### III.2 LA MUJER EMPRESARIA DE LA EXPLOTACIÓN AGRARIA DE LA COMUNIDAD CONYUGAL

a) En primer lugar, si en régimen general de sociedad de gananciales la explotación agraria es patrimonio conyugal (17), la mujer-empresaria necesitará el consentimiento de su marido para realizar actos de disposición, a título oneroso, sobre los bienes gananciales, ya que en un principio —salvo pacto expreso en capitulaciones— la gestión y disposición sobre bienes gananciales corresponde conjuntamente a los cónyuges (art. 1.375 del Código Civil). Lo mismo sucederá en caso contrario, o sea, cuando el marido empresario quiera disponer, a título oneroso, de los bienes gananciales vinculados a la empresa.

Parte de las actuaciones que la empresaria realice en la gestión de la empresa agraria, tanto en las relaciones con el cultivo (tales como toma de decisiones sobre cambios de producción), como las llamadas por la doctrina italiana, operaciones «conexas», accesorias de las actividades primarias (tales como compras, ventas, embalajes, transporte, manipulados o las primeras transformaciones) se encuentran incluidas en la categoría jurídica denominada «actos de administración» (18). Entendemos que estas

---

(16) El artículo 14 de la Ley de Arrendamientos Rústicos establece que sólo pueden ser arrendatarios los profesionales de la agricultura.

Los dos artículos siguientes delimitan al profesional de la agricultura como persona física que se dedica a actividades de carácter agrario y se ocupa de manera efectiva y directa de la explotación.

Además podrían ser arrendatarios las personas jurídicas, tales como las cooperativas agrarias, sociedades agrarias de transformación, etc., y las sociedades siempre que las participaciones o acciones de sus socios sean nominativas, se dediquen exclusivamente a actividades agrarias e industrialización de los productos obtenidos. El cultivador personal es el que lleva la explotación por sí, ayudado por familiares que con él conviven, sin utilizar asalariados más que circunstancialmente. Este cultivador personal será considerado en todo caso como profesional de la agricultura.

(17) El artículo 1.347 del Código Civil determina que son «bienes gananciales: 1.º los obtenidos por el trabajo o la industria de cualquiera de los cónyuges. », 5.º «las empresas y establecimientos fundados durante la vigencia de la sociedad por cualquiera de los cónyuges a expensas de los bienes comunes...».

(18) Sobre concepto de «actos de administración» vide GITRAMA GONZÁLEZ, M., en «El acto de administración en el Derecho civil», en *Anales Academia Matr del Not.*,

actuaciones usuales podrán ser libremente realizadas por ella y a tenor del artículo 1.384 del Código Civil que dice: «Serán válidos los actos de administración de bienes y los de disposición de dinero o títulos valores realizados por el cónyuge a cuyo nombre figuren o en cuyo poder se encuentren...» Si ella actúa como administradora de la explotación agraria familiar, es lógico que pueda, libremente, tomar decisiones sin necesidad de dar conocimiento, acto por acto, al otro cónyuge. Esa opinión es corroborada por el artículo 1.383, a *sensu contrario*, cuando señala que «deben los cónyuges informarse recíproca y periódicamente sobre la situación y rendimientos de cualquier actividad económica suya», aunque goza de un talante imperativo, es sólo un «derecho de información», que es lógico exista en el matrimonio, lo que no necesariamente deriva en permisos, poderes o licencias mutuos, a mi entender, innecesarios.

b) En segundo término, hay que indicar que los beneficios obtenidos por la actividad empresarial se consideran gananciales que en primer lugar se destinarán a satisfacer las cargas familiares y, si queda excedente, podrán engrosar el caudal societario. Pero como asegura LACRUZ «la adscripción económica de los bienes a la empresa tiene unas consecuencias jurídicas en cuanto al modo de disfrute y apropiación de los beneficios producidos» (19), ya que sus beneficios sólo se determinan a la liquidación de cada ejercicio económico. Además de que no suelen ser cantidades fácilmente contabilizables, porque no siempre consisten en «un plus» que deja cada operación aislada, sino son un resultado final...

c) La tercera cuestión es la de las responsabilidades o cargas de la empresa agraria: como la sociedad de gananciales no tiene personalidad jurídica propia capaz de contraer deudas como tal, será la empresaria, a título personal, quien puede obligarse frente a terceros, aunque de tales obligaciones puedan derivarse responsabilidades que recaigan sobre bienes cuya titularidad pertenece a la comunidad. Tal y como dispone el artículo 1.362 del Código Civil, los gastos correrán a cargo de la sociedad de gananciales y, por ende, la mujer (o el marido) podrá disponer de fondos de la misma, pero sólo en el ejercicio «regular de los negocios». También es responsable la sociedad de los gastos contraídos por la empresaria o el empresario en el ejercicio de su «profesión, arte u oficio» (art. 1.365, 2.º) por lo que ciertos dispendios relacionados con la actividad empresarial no deberán considerarse deudas propias, sino de la comunidad ganancial,

---

XIX, pág. 335 a 356, y sólo su aplicación al Derecho agrario. LLOMBART BOSCH. Desamparados, en «Clases de actos de administración en la empresa arrendataria, distinción entre actos conservatorios y los propiamente llamados actos de gestión», en *El arrendamiento rústico, contrato para la empresa*, cit. págs 686 y sigs.

(19) LACRUZ, en *Elementos de Derecho civil*, IV, Barcelona 1982, pág. 417

precepto reforzado por el artículo 1.382 del Código Civil (20). Aquí se han conjugado la libertad de los cónyuges (una u otro) para gestinar el negocio familiar, con la responsabilidad individual, reforzada no sólo por los bienes de la sociedad conyugal, sino también, y solidariamente, por los bienes propios del cónyuge empresario (art. 1.369) (21), confirmado a su vez por el artículo 1.367 del Código Civil, que declara que «los bienes gananciales responderán en todo caso de las obligaciones contraídas por los dos cónyuges conjuntamente o por uno de ellos con el consentimiento expreso del otro» y en clara correspondencia con el artículo 1.375 del Código Civil y siguientes.

LACRUZ, comentando estas soluciones, las aplaude, ya que su objetivo principal es el de ampliar «la solvencia del grupo familiar facilitando, por tanto, el desarrollo de la actividad individual de los componentes del grupo, en beneficio de éste, a la vez que se descarga parcialmente al cónyuge que contrató de una responsabilidad que no era justo imponerle sólo a él»

Entendemos que esta disponibilidad de fondos a favor de la explotación agraria es la derivada sólo «del ejercicio normal de la actividad empresarial». Por lo que a la mujer le incumbirá demostrar que las deudas surgieron de esa situación ordinaria.

En conclusión, en la gestión de la empresa, la mujer-empresaria (o viceversa, si es el marido el titular de la empresa) podrá solamente realizar los llamados «actos de administración» por cuenta propia, aunque con conocimiento del marido y los de disposición a título oneroso, sólo cuando exista un consentimiento expreso del otro cónyuge, que puede ser general para todo tipo de actos, por ejemplo el pactado en capitulaciones (art. 1.375), o expreso y concreto para cada enajenación o acto dispositivo. Sin consentimiento del esposo serán también nulos los actos a título gratuito (art. 1.378), ya que la gestión de los gananciales corresponde conjuntamente a ambos cónyuges.

### III.3. LA MUJER ADMINISTRADORA DE UNA EMPRESA AGRARIA CUYOS BIENES PERTENECEN AL ESPOSO

a) Si todo el patrimonio empresarial es del marido (por ser privativo de él, aunque haya otros bienes gananciales o por haberse pactado la

---

(20) «Cada cónyuge podrá, sin el consentimiento del otro, pero siempre con su conocimiento, tomar como anticipo el numerario ganancial que le sea necesario, de acuerdo con los usos y circunstancias de la familia, para el ejercicio de su profesión o la administración ordinaria de sus bienes».

(21) De las deudas de un cónyuge que sean además de la sociedad responderán también solidariamente los bienes de ésta.

separación de bienes) para que la mujer dirija y administre la explotación agraria necesitará expresa autorización de él, pues actúa y tiene las mismas obligaciones y responsabilidades que un mandatario (art. 1.439 del Código Civil). También podrá la mujer casada administrar la explotación agraria del marido en el supuesto contemplado en el artículo 1.387 si por ministerio de la Ley o por decisión judicial es nombrada tutor o representante legal de su consorte.

b) Los beneficios obtenidos en esta modalidad de gestión, si hay régimen de gananciales, se aplicarán preferentemente al levantamiento de las cargas familiares y, en caso de producirse excedente que se reinvierta en la explotación, los bienes adquiridos tendrán la condición de gananciales. Si el régimen es de separación de bienes, la mujer administradora de la explotación agraria de su marido no tendrá que rendir cuentas, salvo que se demuestre que invirtió beneficios en atenciones distintas de los gastos familiares (art. 1.439 *in fine*).

Un caso particular puede resultar si se realizan mejoras (plantaciones, edificios, etc.) o se producen incrementos patrimoniales en la explotación agraria del marido con fondos comunes, pues aunque tales mejoras o incrementos sigan la condición privativa de los bienes a los que se incorporan, nace un derecho de reembolso a favor de la comunidad de gananciales, bien a su disolución o a la hora de enajenación del bien mejorado (art. 1.359, 2.º).

c) En cuanto a la responsabilidad patrimonial por deudas de la explotación agraria, si hay régimen de gananciales responderá la comunidad cuando se trate de gastos de administración ordinaria o de explotación regular de la empresa (art. 1.362, 3.º) y si se trata de inversiones patrimoniales, ya que redundarán en beneficio de los bienes privativos del marido, entendemos que serán dichos bienes los que deban responder de las deudas derivadas de aquellas inversiones (art. 1.373, 1.º).

Y si el régimen es de separación de bienes, la responsabilidad patrimonial entendemos que será íntegramente a cargo del patrimonio privativo del marido administrado por la mujer con el consentimiento de aquél.

#### IV. LA MUJER CONYUGE DEL EMPRESARIO AGRARIO

##### IV.1. REGLAS GENERALES

En principio, como hemos visto, el tratamiento legal del cónyuge de un empresario es el mismo, sea éste hombre o mujer. No hay diferencias en el Derecho español, salvo algunas particularidades del Estatuto de las Explotaciones Familiares Agrarias y de alguna Compilación de Derecho civil especial de algunas regiones que examinaremos más adelante.

La posición de la mujer-cónyuge es equiparable a la del marido-cónyuge frente a la mujer empresario (hipótesis estudiada en páginas anteriores) en lo que se refiere tanto a la gestión de la empresa como a sus beneficios.

Al tratar de la situación de la mujer empresaria hemos analizado las distintas posibilidades legales de ambos cónyuges, en relación con las deudas contraídas a favor de la explotación. En principio entendemos que la mujer cónyuge del empresario tiene ciertas facultades para contraer deudas a favor de la explotación si la misma tiene carácter ganancial, sobre todo las derivadas de los llamados «actos de administración», al corresponder la gestión de los gananciales a ambos cónyuges por el principio de gestión conjunta. Además, el mismo Código Civil (art. 1.386) establece que «para realizar gastos urgentes de carácter necesario, aun cuando sean extraordinarios, bastará el consentimiento de uno sólo de los cónyuges»..

Sólo para la realización de actos de disposición es para los que será necesario el consentimiento expreso del otro, ya que se requiere —como vimos— el consentimiento de ambos cónyuges (art. 1.377, 1.º).

A pesar de que ésta es la regla general, sí que pueden alterarse estos principios en capitulaciones matrimoniales. Así, ALVAREZ SALA (22), mantiene que «sería lícito el pacto capitular que suprimiera la necesidad del consentimiento del otro cónyuge en los casos en que es legalmente exigido, siempre que esa dispensa opere en términos de reciprocidad, esto es tanto en los casos en que sea la mujer actuante como el marido»... Frente a esta opinión la de LACRUZ, que piensa que «la facultad de disponer de los bienes comunes puede conferirse por voluntad de los esposos a uno sólo de ellos, incluso con carácter irrevocable en la medida en que no sea represiva o coactiva para el otro» (23).

Al contraer deudas para la explotación, la mujer ha realizado un acto de gestión, que puede ser confirmado —expresa o tácitamente— por el cónyuge empresario. A esta obligación quedarán vinculados, en primer término, los bienes conyugales; en segundo, los bienes propios de la mujer (art. 1.369).

Otra cuestión es si, ante deudas contraídas por la mujer en pro de la empresa agraria, cuyo titular es el marido, responde el patrimonio del mismo.

Entendemos que mientras no hubiese un consentimiento expreso (general o para actos determinados), la mujer no obligaría el patrimonio

(22) Citado por LACRUZ en *Derecho de familia* ., cit. pág. 450.

(23) *Derecho de familia* ., cit. pág. 450.

privado del marido, aunque fueran deudas derivadas de la explotación, cuyo titular es el mismo.

El Derecho español regula, en el caso de la existencia de una incapacidad del titular, o cuando éste se niega injustificadamente a prestar consentimiento para la realización de determinados actos de administración, en que fuere necesario el consentimiento de ambos, ordenando que el Juez podrá suplir la falta de capacidad de uno de los cónyuges o la negativa injustificada a prestarlo (art. 1.376).

Sólo hay un caso de mandato legal, a través del cual la mujer podrá administrar y disponer no sólo de los bienes de la sociedad de gananciales, sino, a nuestro entender, también del patrimonio privado del cónyuge, y es cuando ha sido nombrada tutora o representante legal de su consorte (art. 1.387 del Código Civil).

También los Tribunales podrán conferir la administración a uno sólo de los cónyuges cuando al otro le fuere imposible prestar consentimiento, hubiere abandonado a la familia o en caso de separación de hecho (art. 1.388 del Código Civil).

En estos supuestos, el cónyuge tendrá plenas facultades, aunque necesitará de autorización judicial para la realización de ciertos actos de disposición. El propio Juez «cuando lo considere de interés para la familia» podrá establecer ciertas limitaciones o cautelas (art. 1.389 del Código Civil), «interés familiar que pudiera abarcar incluso al interés de la explotación». Ambos intereses, a menudo, serán compatibles.

La mujer como cónyuge, ante determinadas circunstancias, podrá pedir al Juez la disolución de la sociedad de gananciales, si entiende que el titular de la explotación «realiza por sí solo actos dispositivos o de gestión patrimonial que entrañen fraude, daño o peligro para los derechos del otro en la sociedad...» y también en el caso de que el otro cónyuge «incumpla grave o reiteradamente el deber de informar sobre la marcha y rendimientos de sus actividades económicas» (art. 1.392, párrafos 2.º y 4.º).

#### IV.2. NORMAS PARTICULARES CONTENIDAS EN LEYES ESPECIALES POR RAZÓN DE LA MATERIA O DEL TERRITORIO

A continuación vamos a referirnos a algunas particularidades reguladas en el Estatuto de la Explotación Familiar Agraria y de Agricultores Jóvenes y en algunas Compilaciones Forales, cuya finalidad es la especial defensa del cónyuge no empresario, pasamos a examinarlos a continuación:

IV.2.1. *El cónyuge colaborador y co-titular de la explotación familiar agraria*

La explotación familiar agraria implica la adopción por una unidad empresarial de un estatuto jurídico específico, que desde el momento de la calificación como «explotación familiar» otorga a ésta un conjunto de derechos-obligaciones dirigidos, en especial, a mejorar sus estructuras productivas, su organización, a formalizar la participación de los miembros familiares que trabajan y colaboran en la explotación y, en definitiva, a salvaguardar la integridad de la explotación agraria familiar introduciendo fórmulas sucesorias olvidadas en el Derecho común o poco utilizadas en los Derechos forales.

Una de las instituciones más acertadas del Estatuto es la introducción de la figura del colaborador y su configuración, cuando sea el cónyuge el nombrado colaborador dota a dicha figura de connotaciones peculiares.

En primer término, el cónyuge-colaborador debe prestar su actividad profesional a la empresa familiar, a título principal (24), lo que supone una dedicación de más del 50 por 100 del esfuerzo laboral individual, y demostrar una cierta experiencia profesional, supuesto bastante acorde con la realidad sociológica de la mujer-campesina, fiel compartidora de las tareas domésticas, tales como el cuidado de los animales, la ayuda en las labores de labranza y en colaboración en la administración económica.

Ha de haberse suscrito un acuerdo de colaboración por el titular (marido) y el colaborador (mujer). En dicho documento se habrán de convenir una serie de estipulaciones que especifica la ley: son las referentes a regular el tipo de participación del cónyuge en la explotación, concretando sus funciones y responsabilidades y las relativas a su retribución —de presente y de futuro—, así como la indemnización que hayan de abonarle los sucesores, en caso de no mantenerse el acuerdo de colaboración a la muerte del titular (art. 6.1.).

Otra de las peculiaridades estriba en la posibilidad de acordar una especie de «salario diferido» para valorar su dedicación en tiempos pasados a la explotación. Dichas retribuciones demoradas tendrán la consideración de un derecho de crédito sobre la herencia o de una aportación computable a su favor en el momento de la sucesión (art. 6.º, párrafo 2).

---

(24) En el Real Decreto 419/1985, de 6 de marzo, que desarrolló la modernización de las EFAS y otros aspectos de la Ley 49/1981, de EEFA y AJ, se describe la actividad agraria principal como «aquella que ocupe, como mínimo, más de la mitad del tiempo laboral del titular (o colaborador) en la explotación». El Real Decreto 808/1987, de 19 de junio, que aplica en España el Reglamento CEE 797/85 del Consejo, en su artículo 2.1 también utiliza el criterio de dedicación a la explotación de más del 50 por 100 de su tiempo de trabajo al definir, a efectos de la citada acción común, al «agricultor a título principal»

Como los elementos de la explotación son los bienes inmuebles de naturaleza rústica, edificios, vivienda, instalaciones, etc., y normalmente pertenecen al titular, a su cónyuge o a ambos en propiedad (art. 2.1) la titularidad de la explotación puede ser compartida por los dos cónyuges (art. 4.º), en cuyo caso concurrirán la cotitularidad y la cogestión de la empresa.

Consecuencia de esa titularidad compartida, según el artículo 13, es que para disponer de la explotación o de alguno de los inmuebles que la integran, será preciso el consentimiento de los dos, o, en su caso, autorización judicial, con independencia del carácter privativo o ganancial de dichos bienes... Entendemos, pues, que esa co-titularidad no depende exclusivamente de la naturaleza ganancial de los bienes que integran la explotación, sino de la voluntad de ambos cónyuges que desean esa co-participación —aun en los bienes privativos que forman parte de la misma— algo semejante al artículo 1.355 del Código Civil, por el cual «podrán los cónyuges —de común acuerdo— atribuir la condición de gananciales a los bienes que adquieren a título oneroso durante el matrimonio, cualquiera que sea la procedencia del precio o contraprestación.

Cuando alguno de los bienes integrados en la explotación familiar agraria (EFA) es privativo de la mujer o éstos pertenecen a la sociedad de gananciales, ella deberá cooperar con su marido en el acuerdo de colaboración (art. 5.º. 1.º), suscribiéndolo conjuntamente al regular la participación de un miembro cooperador, familiar descendiente u otro pariente de los titulares, que se comprometa a asumir ciertas actividades y tareas propias de la EFA, con dedicación principal. A este acuerdo pueden añadirse pactos sucesorios a favor del colaborador (arts. 16 y sigs.), cuyo otorgamiento es necesario que sea suscrito por ambos cónyuges.

En general, por tanto, si falta el consentimiento de ambos, en caso de co-titularidad y a falta de autorización judicial, los actos de disposición realizados por uno de los cónyuges no son nulos, pero podrán ser anulados por el otro —aun en el caso de que la explotación familiar procediera del patrimonio privado de uno de ellos—. Ese es el sentido del artículo 13, párrafo 1.º (25). No obstante, el último inciso del párrafo 2.º del mismo artículo declara nulos los actos dispositivos a título gratuito sobre bienes comunes si faltara dicho consentimiento.

---

(25) En caso de matrimonio, si la titularidad de la explotación recae en ambos cónyuges, para disponer de la explotación o de alguno de los inmuebles que lo integran será preciso el consentimiento de ambos o, en su caso, autorización judicial con independencia del carácter privativo o común acuerdo de dichos bienes.

IV.2.2. *Leyes civiles especiales por razón del territorio*

Posición algo distinta ocupa la mujer casada en relación a los derechos de disposición y administración de los bienes comunes y propios en los territorios españoles regidos por derechos civiles forales.

En las Leyes civiles especiales de Aragón (26) y en el Derecho foral navarro (27), en relación a la empresa agraria fundada con bienes gananciales, diremos que como el marido es el administrador legal de los bienes de la comunidad, salvo pacto contrario en capítulos matrimoniales, el control y administración de la empresa agraria correrá a su cargo, sin apoyo legal a la participación de la mujer. Puesto que en ambos territorios rige la norma de que el marido necesitará el consentimiento de la mujer para realizar actos de disposición *inter vivos* a título oneroso de los bienes procedentes del caudal societario (Ley 86 de Navarra, art. 51 de la Compilación aragonesa), la mujer sólo podrá tomar parte a través de su consentimiento en los actos dispositivos que recaigan sobre el patrimonio empresarial que tenga la consideración de ganancial.

En el supuesto de empresa organizada con bienes privativos de la mujer, en ambas comunidades históricas también es el marido administrador legal de dichos bienes, sobre todo cuando así se hubiere pactado en capítulos matrimoniales (Ley 55 de Navarra); aunque en Aragón los administrará el esposo «en tanto no se haya estipulado lo contrario o la mujer no recabe para sí la administración» (art. 49 de la Compilación de Aragón), por lo que en este caso, si así lo desea, podrá la mujer pedir expresamente al marido la administración de la empresa agraria, cuyos bienes inmuebles son de su propiedad.

Como en Cataluña y Baleares rige el sistema legal de separación de bienes, a ambos cónyuges se les reconoce la propiedad, disfrute, administración y disposición de sus respectivos bienes, por lo que ello reporta, a la hora de poder administrar la mujer su empresa agraria, una cierta independencia económica para las actividades empresariales realizadas por ella y, por tanto, para poder el marido administrar la empresa agraria cuyos bienes pertenecen a la mujer necesitará, como en el Derecho común con régimen de separación de bienes, un otorgamiento de poderes por parte de aquélla, mandato que en la Compilación catalana está reflejado en el artículo 51.1 al disponer que un cónyuge «podrá en todo momento conferir al otro, expresa o tácitamente, la administración de sus bienes privativos y revocar, restringir o condicionar en cualquier tiempo tal concesión, aunque constare en escritura pública».

(26) Artículos 48-49. Compilación de Aragón

(27) Ley 54 y 85 de Navarra. Rige una comunidad de bienes denominada «sociedad conyugal de conquistas». Ley 82 y sigs

La Ley catalana diseña un mandato expreso o tácito que, como asegura GETE-ALONSO y CALERA (28), gozará «de las características propias e inherentes al mismo a la que se añadiría su especial carácter familiar».

Hay otra institución de Derecho Foral Catalán que favorece la posición de la mujer-cónyuge de un empresario agrario, afianzando su situación económica en el caso de que su marido premuera, al poder hacerla partícipe o condueña de fincas o bienes inmuebles de la explotación agraria comprados, constante matrimonio, con el llamado pacto de sobrevivencia, regulado en los artículos 61 y siguientes de la citada Compilación. Por dicho pacto, pueden los cónyuges, pagando el precio por mitad, adquirir el bien conjuntamente, pactando que a la muerte de uno de ellos quede en propiedad exclusiva del sobreviviente. Y como bien subraya el Profesor O'CALLAGHAN MUÑOZ (29), el pago del precio por mitad es un requisito legal... porque con frecuencia, en la práctica, se pagará con dinero exclusivo de uno de los cónyuges, de la misma forma que es frecuente que el marido ponga bienes a nombre de la mujer (30). Con lo cual, al combinarse estas compras con el sistema económico-matrimonial de separación de bienes —en cierta medida perjudicial para la mujer cuando ésta carece de patrimonio propio o capacidad económica, situación muy corriente en muchos matrimonios de agricultores—, se permite que el marido pueda suplir dicha falta de bienes, con vistas a un posible futuro, sobre todo en el caso en que la mujer dedique su vida y trabajo cotidiano a la explotación agraria de la familia. Con esta institución, que tiene ventajas sobre otras fórmulas (tales como testar a su favor, o adquirir bienes por mitad, o la simple donación de bienes, etc.), porque, y como opina O'CALLAGHAN, «carece de la discrecionalidad y revocabilidad del testamento, no permite la división o transmisión por separado de las cuotas y no tiene el inconveniente, en caso de premuerte o de separación, de poner los bienes a su nombre» (31).

En la Compilación de Derecho civil especial de Galicia hallamos una institución de gestión, en régimen de sociedad, de una empresa agraria, cuyos bienes pertenecen a varios miembros de la misma familia y se denomina «Compañía familiar gallega». Es una típica sociedad familiar constituida entre labradores ligados con vínculos de parentesco, residuo de la familia patriarcal, para vivir varios parientes juntos y explotar en común

---

(28) En *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XXVII, volumen 1º, arts. 1-51, Comp. Cataluña, págs. 460-61.

(29) En *Comentarios ...*, cit. tomo XXVII, vol. 2º, arts. 52 a 62, págs. 77 y sigs.

(30) Véase PINTO RUIZ en «Los bienes puestos a nombre de la mujer en el Derecho civil de Cataluña», en *Estudios jurídicos sobre la mujer catalana*, Cátedra Durán y Bas, Barcelona, 1971, págs. 69 a 145, cit. por O'CALLAGHAN MUÑOZ, *op. cit.*, pág. 78.

(31) O'CALLAGHAN MUÑOZ, *loc. cit.*

las tierras o el «lugar acasurado» (32) pertenecientes a todos o a alguno de los asociados (art. 47), bienes que aportan y disfrutan en completa comunidad.

En esta «compañía», la mujer del labrador se constituye como uno más de sus posibles miembros, ya que así lo indica el artículo 47 en su párrafo 2.º cuando dispone que «la mujer casada tiene personalidad propia y es, con relación a la compañía, de condición igual a su marido», declaración algo insólita en su texto tradicional que recopila el Derecho consuetudinario (33), aunque refleja un cierto grado de matriarcado, característica propia de la sociedad rural gallega.

Mas hay que tener en cuenta que no es un tipo de régimen económico-matrimonial, sino una sociedad constituida por parientes, en la cual la mujer puede pertenecer, soltera o casada, como un socio más, independientemente de su sistema económico-matrimonial (regido por el Derecho común), compartiendo la titularidad de socio con sus parientes en la unidad social.

Normalmente el administrador de la compañía será nombrado en el pacto de constitución y disfrutará de las siguientes potestades: 1.º Llevar la dirección y representación de la sociedad. 2.º Adquirir para ella y obligarse en su nombre. 3.º Disponer de los semovientes y bienes muebles sociales.

A su vez correrán a cargo de la compañía (art. 51) los gastos personales de cada socio (en manutención, vestidos, etc.) y de las personas de ellos dependientes... Los gastos de administración, cultivo, compras, etc., así como las deudas contraídas por el administrador o por cualquiera de los socios... cuando se hubiere invertido en beneficio de la compañía...

De los gastos que hagan los socios en beneficio común, así como de las obligaciones que con buena fe hayan contraído para los negocios sociales, también responderán los bienes sociales, por lo que entendemos que la mujer que pertenezca a la sociedad podrá actuar en la compañía como un miembro más de ella.

(32) El «lugar acasurado» comprende la casa de labor, edificaciones, dependencias y terrenos, aunque no sean colindantes, que constituyan una unidad orgánica de explotación agropecuaria y forestal (art. 66) *Compilación de Derecho civil especial de Galicia*. Ley 147/1963, de 2 de diciembre.

(33) En la exposición de motivos de la Ley 1.ª explica que: «La Compañía Familiar Gallega ha servido tradicionalmente y sirve aún hoy para estrechar los lazos familiares, impedir la emigración, promover el ahorro y mejorar el cultivo de las tierras, haciendo más próspera y floreciente la agricultura del país. El campesino gallego siente y vive esta institución al ver en ella una adecuada manera de resolver sus problemas, de ahí la conveniencia no sólo de mantenerla, sino de vigorizarla, dotándola de poder constructivo para que pueda seguir cumpliendo su importante función social».

## V. LOS DERECHOS DE LA MUJER ANTE LA TRANSMISIÓN DE LA EMPRESA AGRARIA

### V.1. CESIÓN POR ACTOS «INTER VIVOS»

Para la venta o enajenación a título oneroso, o para realizar cualquier otro acto dispositivo (hipotecas, cesiones a título gratuito, etc.) en relación con los bienes de una empresa agraria que pertenecen a la sociedad conyugal, es necesario —como ya vimos— el consentimiento de ambos cónyuges (art. 1.377, 1.º), y si la mujer se negase a prestarlo sólo cuando el Juez «lo considere de interés para la familia», lo podrá autorizar, a petición del marido y previa información sumaria.

Cuando los bienes de la explotación agraria sean privativos del marido, de la que además él sea el titular, en principio podrá también disponer de ellos, ya que no precisa del consentimiento de la esposa, al tener cada cónyuge la libre disposición de su patrimonio propio. Al contrario, si él gestiona una explotación cuyos bienes son patrimonio de la mujer, para realizar actos de disposición necesitará de un poder expreso para dicho acto.

### V.2. DERECHOS DEL CÓNYUGE VIUDO EN LA SUCESIÓN «MORTIS CAUSA» DEL TITULAR DE UNA EMPRESA AGRARIA

En caso de comunidad de gananciales, ante la muerte del cónyuge titular de una empresa agraria, el sobreviviente sólo tiene derecho a su mitad ganancial más un derecho de usufructo, que es variable, porque depende de la concurrencia con otros parientes del pre-muerto: si concurre con descendientes tendrá derecho al usufructo de un tercio de la herencia —la porción destinada a las mejoras—; si concurre sólo con ascendientes tiene derecho al usufructo de la mitad de la herencia, y si no concurre con parientes en línea recta, el cónyuge sobreviviente le corresponde el usufructo de los dos tercios de la herencia. Este derecho de usufructo es conmutable por decisión testamentaria o por voluntad de los herederos, por una renta vitalicia, un capital en efectivo o las rentas de determinados bienes... (arts. 834 y sigs. del Código Civil).

Ante una explotación agraria —como bien ganancial y único bien patrimonial de la familia— situación que puede ser muy frecuente, la conservación de la integridad de la explotación puede correr el peligro de disgregación, dado que la solución del Código Civil español invita al reparto en porciones de las herencias, de forma similar a lo que sucede en el Derecho francés.

Cuando el usufructo viudal es muy amplio o recae en toda la herencia,

la unidad de la familia se mantiene bajo la potestad del cónyuge viudo (en este caso la mujer), solución mejor regulada en los Derechos forales, representativos de una sociedad agraria tradicional, basada en la conservación del patrimonio familiar. Fórmulas que el Estatuto de la EFA ha intentado trasladar para esta unidad productiva al Derecho común.

Para defender la potestad del viudo/a ante los bienes de la familia, suelen realizarse en la práctica notarial testamentos gemelos, instituyendo recíprocamente ambos cónyuges el usufructo universal de todos los bienes con la cláusula dispositiva adicional de que al descendiente que se oponga a ello sólo recibirá su legítima «estricta», solución muy aceptable porque la explotación agraria es algo que desmerece mucho por su división.

También el artículo 1.056, 2.º, del Código Civil da juego para mantener la unidad de la explotación cuando el testador hiciera la partición por actos *inter vivos* o por última voluntad. Así «el padre que en interés de su familia quiera conservar indivisa una explotación agrícola, industrial o fabril» puede utilizar este sistema y disponer que se satisfaga en metálico su legítima a los «demás hijos»... y, por supuesto, si deja viuda, con ella habría que convenir el pago de su usufructo en metálico.

Estas soluciones, que son excepciones a la regla general de considerar las legítimas como una porción de bienes, son claramente aceptadas en algunos de los territorios de Derecho foral; así, en Aragón, la «continuación» de la comunidad a la muerte de uno de los cónyuges se produce conforme al artículo 60 de su Compilación, entre el sobreviviente y los herederos del pre-muerto... «siempre que los ingresos de la sociedad conyugal provengan de explotaciones agrícolas, ganaderas, industriales o mercantiles...» Aquí se configura un consorcio, no sobre una masa inerte de bienes, sino sobre un conjunto que produce rentas obtenidas del ejercicio de una actividad —que hasta el momento ha podido prestarse por ambos cónyuges a la vez—. También la Ley 87 de la Compilación de Navarra previene que dicha «continuación» pueda pactarse en capítulos matrimoniales.

Otra fórmula muy utilizada por los Derechos forales es la llamada «viudedad foral», el usufructo universal que se justifica en la idea de la prolongación de la unidad familiar al quedar en manos del cónyuge sobreviviente la dirección económica de la hacienda y la familia... Según LACRUZ, es hoy bastante general la aspiración a que se extienda a toda España un régimen de este tipo.

En Aragón, el artículo 72 de la Compilación describe que la celebración del matrimonio atribuye a cada cónyuge el usufructo de viudedad... salvo pacto en contra; en Cataluña se da la existencia de la «tenuta», que favorece especialmente a la viuda. Así, en el artículo 38 de la Compilación catalana, la viuda, mientras no se le restituya la dote y pague el esponsa-

licio o escreix (donación *propter nuptias* del marido a la mujer), *poseerá y usufructuará* todos los bienes del marido (el régimen legal es el de separación de bienes...), y en el Derecho de Baleares, en cuyo artículo 10 se prevé el usufructo viudal hecho en capítulos matrimoniales.

Algunas de ellas son medidas protectoras, a la vez, de la integridad de la explotación agraria y del derecho del cónyuge viudo, a fin de que éste pueda seguir dirigiendo el patrimonio familiar, y han sido adoptadas en el citado Estatuto EFAS; entre las mismas enumeraremos:

La *Comunidad conyugal continuada* (art. 4), la atribución al sobreviviente del *usufructo vitalicio* (art. 14 del EEFA y JA), cuando el cónyuge titular muere intestado o sin haber pactado la sucesión en vida (arts. 16 y siguientes). Este usufructo vitalicio obliga al sobreviviente a «atender al sostenimiento de la familia...». Además, cuando definitivamente se le atribuya la explotación agraria, siguiendo las reglas de la sucesión intestada (art. 27 EEFA y JA) y nombrándose heredero único de la explotación familiar al heredero legítimo más próximo que ostente la cualidad de colaborador en la misma, se podrá asignar al cónyuge viudo en sustitución del usufructo una *renta vitalicia* que será fijada bien por acuerdo entre ambas partes o, en su defecto, por resolución judicial...

También son importantes las fórmulas testamentarias permitidas en algunos territorios de Derecho foral (34) y prohibidas o no reguladas en el Derecho común, fórmulas basadas en la confianza y en la vocación familiar. Entre ellas encontramos el testamento mancomunado (art. 22) en el que este instrumento pierde su sentido individualista y personalísimo, y se permite a ambos esposos el convenir *mortis causa* entre sí, recíprocamente, o en beneficio de un tercero, el futuro destino de la explotación. Y el testamento por comisario, mediante el cual el cónyuge sobreviviente puede mantener la continuidad de la explotación gozando del usufructo temporal mientras no cumpla su encargo, y puede retrasar el tiempo necesario la designación de sucesor hasta la mayoría de edad de los posibles continuadores del titular de la explotación (descendientes comunes y colaboradores) (art. 23).

La institución contractual regulada en la Compilación de Cataluña (arts. 95, 96) denominada «heredamiento mutuo» (35) suple, al ser figura

---

(34) El testamento mancomunado ha subsistido en Aragón (arts. 94 al 98 de la Compilación del Derecho civil de Aragón) y en Navarra, conocido con el nombre de testamento de hermandad (Ley 199). Para profundizar en los aspectos más importantes de la transmisión *mortis causa* en la citada Ley del EEFA y AJ véase a VATTIER FUENZALIDA, Carlos, en «La transmisión *mortis causa* de la explotación familiar agraria», publicado en *Explotaciones familiares agrarias y agricultores jóvenes*, Madrid, 1982, págs. 105 y sigs.

(35) Véase sobre el tema PUIG FERRIOL en *Comentarios ...*, cit. tomo XVII, vol. 2.º, págs. 337 y sigs

similar, la no regulación, en Cataluña, del testamento mancomunado. Es un contrato sucesorio realizado o por futuros contrayentes o por matrimonios ya constituidos en capitulaciones matrimoniales, nombrándose mutuamente herederos a favor del que sobreviva. La diferencia fundamental entre ambas fórmulas es la que el heredamiento mutuo, al ser de origen contractual, no participa de la nota de revocabilidad propia de todo testamento, afirmado por la letra de la Ley en los artículos 63 y 67 de la Constitución catalana, fundamentos de la irrevocabilidad del mismo.

De todo este conjunto de medidas pueden seleccionar los cónyuges la que más se adapte a su situación familiar y económica y las mismas pueden jugar un papel fundamental a la hora de defender los derechos de la mujer-viuda de un empresario agrícola titular de una explotación familiar agraria (36).

### V.3. LA SUCESIÓN DE LA MUJER-CÓNYUGE EN EL ARRENDAMIENTO RÚSTICO DEL MARIDO

La única expectativa de derechos concedida por la Ley de Arrendamientos Rústicos al cónyuge es la posibilidad de suceder en el arrendamiento en caso de fallecimiento del cónyuge-arrendatario.

El artículo 79 de la Ley de Arrendamientos Rústicos (LAR) (37) establece un orden de preferencia sucesorio, en el que en primer lugar en el arrendamiento podrá suceder un legitimario o un cooperador de hecho en el cultivo de la finca, pero a condición de que hubiese sido designado por el causante en testamento.

Y a continuación es el cónyuge supérstite el destinatario a continuar el contrato de arrendamiento rústico, siempre que no hubiere entre ambos una separación legal o de hecho. Es decir, que a falta del nombramiento testamentario de un sucesor determinado es la mujer la llamada por Ley a sucederle en primer lugar, en caso de fallecimiento del marido arrendatario.

En todas las otras situaciones la mujer de un arrendatario no se beneficia de una protección particular, ni en el curso del funcionamiento del contrato ni en el momento de la extinción o por haber expirado los plazos y prórrogas a los que tenía derecho (o bien al final del período de tática

---

(36) Sobre estos tipos especiales de testamento puede verse LLOMBART BOSCH. Desamparados, en «Algunos aspectos de la sucesión testamentaria y en particular el testamento mancomunado en el Proyecto Ley del Estatuto de la Explotación Familiar Agraria y de los Jóvenes Agricultores», publicada en *Explotaciones...*, cit. págs. 205 y siguientes.

(37) Ley 83/1980, de 31 de diciembre

reconducción) (art. 83, *a*), *b*) y *c*). Tampoco la mujer —salvo ser coarrendataria— podrá oponerse a la libre decisión de su esposo de dar por terminado, antes de tiempo, un contrato de arrendamiento rústico (38).

## VI. PROTECCION SOCIAL DE LA MUJER AGRICULTORA

### VI.1. INTRODUCCIÓN

En España existe, junto al régimen general de la Seguridad Social, diversos regímenes especiales, entre los que nos interesa destacar el régimen especial de la Seguridad Social agraria, cuya legislación básica parte del texto refundido aprobado por el Decreto 2123/1971, de 23 de julio, modificado parcialmente por la Ley 20/1975, de 2 de mayo.

Aunque resulta difícil justificar la necesidad de un régimen especial para el sector agrario, opina ALMANSA PASTOR (39) que el mismo obedece más bien a razones metajurídicas de índole económico, sociológico, demográfico y técnico, las cuales han provocado ciertas peculiaridades en la afiliación, cotización, protección, financiación y gestión que si cada una de ellas por separado no justifican la especialidad, en su consideración conjunta, sí que permiten la existencia de un régimen particular para las gentes del campo.

En agricultura, los criterios que delimitan el ámbito de aplicación del régimen especial de la Seguridad Social son dos: el primero, el de realización de labores agrarias; y el segundo, el de la profesionalidad.

Las «labores agrarias» se concretan en unas determinadas actividades; la principal es la obtención directa de frutos y productos agropecuarios, y otras actividades secundarias o conexas —tales como almacenamiento de frutos en lugares de origen, su transporte a lugares de almacenamiento o mercado, primeras transformaciones, etc. El «carácter agrario» vendrá dado por la naturaleza agrícola, pecuaria o forestal de la actividad realizada por el sujeto protegido por la Seguridad Social especial.

El segundo criterio, que es el de la profesionalidad, exige que el sujeto se dedique a la actividad de una manera habitual (aunque ocasionalmente se realicen otros trabajos no específicos agrarios) y como medio funda-

---

(38) El plazo legal de duración de contrato de arrendamiento rústico, según el artículo 25 de la LAR, obliga a ambos contratantes y es de seis años. Las prórrogas (una primera de seis años y prórrogas sucesivas de tres años cada una, que no excedan de quince años), son obligatorias para el arrendador, aunque el arrendatario podrá rescindir unilateralmente la relación, al término de cada año agrícola, con el solo preaviso al arrendador de seis meses.

(39) En *Derecho de la Seguridad Social*, tomo II, Tecnos, Madrid, 3.<sup>a</sup> ed., 1983, pág. 219.

mental de vida. Ello significa que obtenga los principales ingresos de la agricultura, realizando los trabajos de una manera personal (40).

Los sujetos protegidos pueden ser: *a)* trabajadores por cuenta ajena, si trabajan bajo la dependencia de un empresario agrario titular de la explotación (ajenidad) y mediante remuneración; *b)* trabajadores por cuenta propia o autónomos, cuando son titulares de pequeñas explotaciones agrarias (41) y realizan las labores de una forma personal y directa.

## VI.2. FINANCIACIÓN DEL RÉGIMEN ESPECIAL

La financiación de este régimen especial de Seguridad Social es muy compleja e influida por la debilidad económica tradicional del sector agrario, por lo que se requiere no sólo de la solidaridad del sector profesional, sino también de la solidaridad inter-sectorial y aun de la propia economía nacional, integradas en un sistema mixto de aportación de recursos.

El régimen especial agrario se nutre de cinco tipos de recursos financieros específicos:

- a)* Los aportados por las cotizaciones de los trabajadores agrarios, tanto por cuenta ajena como por cuenta propia (autónomos).
- b)* Las cotizaciones empresariales en virtud de las jornadas reales trabajadas por sus asalariados.
- c)* Las cotizaciones de los propietarios en función de unas jornadas teóricas estimadas en función de la superficie de tierra y tipo de cultivo.
- d)* Las aportaciones del régimen general de Seguridad Social.
- e)* Las aportaciones del Estado con cargo a sus presupuestos generales.

## VI.3. LA MUJER TITULAR DE EXPLOTACIÓN DERECHOS Y OBLIGACIONES

### VI.3.1. *Afiliación*

La mujer agricultora debe afiliarse a la Seguridad Social Agraria, siempre que sea titular de una explotación y se dedique a la actividad en la forma anteriormente especificada.

---

(40) Sentencias del Tribunal Supremo (Sala VI de 30 de octubre de 1976, 23 de junio de 1978 y 26 de enero de 1980, entre otras).

(41) Aquellas cuya base imponible por contribución territorial rústica y pecuaria no supere el límite que fije el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

La explotación puede ser llevada en régimen de propiedad, o bien de usufructo, arrendamiento u otra fórmula jurídica de cesión del uso y disfrute de las tierras o ganados. Debe ser relativamente modesta —si superara los límites señalados de base imponible— (50.000 ptas. en la actualidad) y no reunieran los requisitos exigibles por el régimen especial agrario puede solicitar la protección del régimen especial de trabajadores autónomos (42).

### VI.3.2. *Cotizaciones*

Si es empresaria-propietaria de las tierras afectadas a la explotación, *sus obligaciones* son las de cotizar a la Seguridad Social, en primer lugar por las llamadas jornadas teóricas (JT), obligatorias para todos los propietarios y fijadas en relación al número de hectáreas y tipo de cultivo, según los datos del censo del catastro de rústica. Se establecen las jornadas teóricas, para todo el país, atendiendo a criterios de producción, sistema de cultivo, etc. Este pago es independiente de que la tierra se cultive o no y de que se tengan o no trabajadores por cuenta ajena (fijos o eventuales).

A su vez, la mujer, como autónoma o trabajadora por cuenta propia, *está obligada* a sus respectivas cotizaciones, así como las coberturas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

También, y como empresaria, estará obligada a ingresar, por las efectivas jornadas reales, las cuotas empresariales de los trabajadores por cuenta ajena, eventuales o fijos, que trabajen en su explotación. Además, y conjuntamente con los propios trabajadores fijos, deberán ingresar las cuotas que cubran los accidentes de trabajo, enfermedades profesionales y el desempleo.

### VI.3.3. *Protección*

En cuanto a la *protección* dispensada por la Seguridad Social agraria y comparándola con otros regímenes, la de los trabajadores por cuenta propia es similar a la de los trabajadores autónomos, de los demás sectores del régimen general y, asimismo, es un hecho la aproximación de la protección de los trabajadores por cuenta ajena del sector agrario a los del régimen general.

Así, la mujer-empresario afiliada a la Seguridad Social agraria tiene derecho a la protección general de asistencia sanitaria, equiparada a la del

---

(42) Decreto 1118/1975, de 2 de mayo.

régimen general desde la Ley de 2 de mayo de 1975. Se protege cualquier alteración de salud producida por riesgo común, accidente no laboral, enfermedad común o maternidad.

La protección de la incapacidad laboral transitoria se concibe como una mejora voluntaria, por lo que la mujer trabajadora autónoma que desee gozar de estas prestaciones deberá abonar una cuota complementaria. Una de las prestaciones derivadas de esta protección es el disfrute de los períodos de descanso que procedan, por caso de maternidad (43), aunque para gozar de ellos deberán haberse cumplido unos plazos mínimos de cotización.

La protección por invalidez se reduce, en este caso, a la invalidez permanente derivada de causa común (enfermedad o accidente no laboral) (44).

El derecho a una prestación económica por causa de jubilación se equipara (45) a la de los trabajadores por cuenta ajena del régimen general. Aunque dicha pensión es incompatible con cualquier tipo de trabajo que origine la inclusión en un régimen de la Seguridad Social, legalmente es compatible con labores agrarias esporádicas u ocasionales. También esta pensión es compatible con la de viudedad. Así lo tiene declarado el Tribunal Constitucional.

La protección por muerte y supervivencia-pensiones de viudedad o de orfandad, también ha sido equiparada a partir del citado Real Decreto 1135 de 1979 a la de los trabajadores-autónomos del régimen general (46). En el texto refundido de la Ley General de la Seguridad se concedía pensión de viudedad a la mujer viuda en todo caso y al varón viudo sólo cuando al tiempo de fallecer su esposa se encontrase incapacitado para el trabajo y a su cargo. Esta discriminación «del hombre viudo», que resultó anticonstitucional desde la Constitución española de 1978 ha sido declarada como tal por el Tribunal Constitucional (47), con lo que desde entonces el derecho a la viudedad es totalmente recíproco.

#### VI.4. MUJER TRABAJADORA POR CUENTA AJENA.

##### LA PROTECCIÓN SOCIAL DERIVADA DE SU CONDICIÓN

La mujer puede ser trabajadora en una explotación agraria siempre que:

(43) Real Decreto-ley 9/1982, de 30 de abril.

(44) Ley 26/1985.

(45) Real Decreto 1135/1979, de 4 de mayo.

(46) Sentencia 19 de 5 de mayo de 1982.

(47) Sentencias del Tribunal Constitucional núms. 103/1983, de 22 de noviembre, y 104/1983, de 23 de noviembre.

a) Ejecute una obra o preste algún servicio directamente conectado con las actividades agrarias y de forma permanente (trabajador fijo) o por períodos concretos (eventual).

b) Trabaje por cuenta ajena —ajeneidad— lo que supone que cumpla órdenes del empresario bajo cuya dependencia trabaje.

c) Perciba a cambio una remuneración salarial.

La protección social de la mujer trabajadora, siempre que esté debidamente afiliada y pague sus cotizaciones, será la de un trabajador por cuenta ajena en el régimen especial agrario y se otorga en la misma extensión, forma, términos y condiciones que en el régimen general, salvo en cuanto a la protección por desempleo que será protegida la trabajadora, si lo es de carácter fijo, cuando no sea simultáneamente titular de una explotación agraria de una entidad y tamaño determinados.

El subsidio por desempleo, si es trabajadora eventual (48), siempre que ni ella ni su cónyuge sean propietarios o arrendatarios de una explotación agraria, ni tampoco superen una cuantía de renta determinada, sólo se concede en aquellas Comunidades Autónomas donde el paro estacional de los trabajadores agrarios eventuales sea superior a la media nacional y allí donde el número de éstos sea proporcionalmente superior al de otras zonas agrarias. Zonas que son determinadas por el Gobierno.

Se exige, además, tener un mínimo de jornadas reales cotizadas en los doce meses anteriores a la situación de desempleo.

#### VI.5. LA MUJER-CÓNYUGE DE UN EMPRESARIO AGRARIO. DERECHOS DERIVADOS DE LA COTIZACIÓN DE AUTÓNOMO DE SU MARIDO

La mujer que participa en el trabajo de la explotación agraria de su marido no es considerada por las leyes como trabajadora por cuenta ajena, ya que se presume no asalariada y, por ello, su protección está cubierta ya por la de su marido, como beneficiaria.

---

(48) Real Decreto 2298/1984, de 26 de diciembre, por el que se modifica la regulación del subsidio por desempleo a favor de los trabajadores eventuales incluidos en el régimen especial agrario de la Seguridad Social y el Real Decreto 625/1985, de 2 de abril, que desarrolla la Ley 31/1984, de 2 de agosto, de protección por desempleo.

**BIBLIOGRAFIA**

- ALBALADEJO, M. y varios: *En Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, y Curso de Derecho Civil*, tomo IV, Barcelona, 1982.
- ALVAREZ SALA «Aspectos imperativos en la nueva ordenación económica del matrimonio y márgenes a la libertad de estipulación capitular», *Revista Derecho Notarial*, 112, 1981. págs. 7 y sigs.
- ALZAGA VILLAMIL, Oscar: *La Constitución española de 1979, Comentario sistemático*, Madrid, 1978.
- BLANQUER, R.: «La idea de comunidad en la sociedad de gananciales Alcance, modalidades y excepciones», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, XXV, 1982, pág. 59
- DE LOS MOZOS, J. LUIS. «Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales», tomo XVIII, vol. I; arts. 1, 315 y 1 343; «El nuevo régimen de la familia», vol. I, Matrimonio y divorcio, Madrid, 1982; «La reforma del derecho de familia en España, hoy», volumen I, Universidad Valladolid, 1981, «Propiedad, herencia y división de la explotación agraria», en *La sucesión en el Derecho agrario*, Madrid, 1977.
- ESPÍN CÁNOVAS, D. «El derecho de la familia en la Constitución y su repercusión en el Código Civil», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 1, págs. 5 y sigs.
- FOSAR BENLLOCH, Enrique: *Estudios de derecho de familia*, tomo I, «La Constitución de 1978 y el derecho de familia», Barcelona, 1981; «La capacidad jurídica de la mujer casada», en números 507, 508 y 509 de la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, meses marzo-abril, mayo-junio, julio-agosto, 1975
- GABRIELLI «La aziende gestite da entrambi a coniugé», en *RDC*, 1977, pág. 702, «La collaborazione familiare nell'esercizio di attività professionale», en *DFP*, 1979, página 585.
- GETE ALONSO, C.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XXVII, vol. I, arts 1-51, Compilación Cataluña.
- MAJADA, Arturo *La reforma del Código Civil*, Complemento de todos los tratados de Derecho civil español, Leyes de 24 de abril y de 17 de julio de 1958, Barcelona, 1958.
- MARTÍN MARTÍNEZ, Isidoro: «La familia en la Constitución española de 1978», *RFDVC*, núm. 1, pág. 21.
- MARTÍN BERNAL, Manuel: «Todavía algunas consideraciones sobre el sexo», en *RFDVC*, núm. 1, pág. 91
- MARTÍN MORAL, Narciso: «La familia y su protección constitucional», en *RFDVC*, núm. 1, págs. 115 y sigs
- LACRUZ BERDEJO «El matrimonio y su economía, Derecho de sucesiones», *Elementos del Derecho civil*, tomo V, Barcelona, 1981; *El nuevo Derecho civil de la mujer casada*, 1977.
- LLOMBART BOSCH, Desamparados. *Algunos aspectos de la sucesión testamentaria y en particular el testamento mancomunado en el Proyecto de Ley del Estatuto de la Explotación Familiar Agraria*, Madrid, 1982
- O'CALLAGHAN MUÑOZ *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XXVII, vol. II, arts. 52-62, Compilación Cataluña.
- PÉREZ MONTADA y GUTIÉRREZ, Jaime: *Matrimonio-familia en la nueva Constitución española*, Lecturas sobre la Constitución española, Facultad de Derecho de la UNED, Madrid, 1978
- PINTO RUIZ «Los bienes puestos a nombre de la mujer en el Derecho Civil de Cataluña», en *Estudios jurídicos sobre la mujer catalana*, Cátedra Durán y Bas, Barcelona, 1971.
- SANZ FERNÁNDEZ «La situación de la mujer casada y el Derecho civil», en *Revista de Derecho Notarial*, XCVI, abril-junio, 1977.

VAITIER FUENZALIDA, Carlos. «La transmisión *mortis causa* de la explotación familiar agraria», publicado en *Explotaciones familiares agrarias y agricultores jóvenes*, Madrid, 1982.

DESAMPARADOS LLOMBART BOSCH

Profesora titular de Derecho agrario  
Universidad Politécnica  
Valencia

# ACTUALIDAD JURIDICA



## I. INFORMACION DEL CONSEJO DE REDACCION

El día 13 de noviembre pasado se reunió el Consejo de Redacción de esta REVISTA para examinar los diversos puntos del orden del día. En primer lugar el Secretario informó de la marcha de la publicación en sus diversos aspectos y los señores Consejeros aprobaron el informe considerando satisfactorio el estado de la REVISTA

Se aprobó la propuesta de nombrar nuevos miembros del Consejo de Redacción a don Alfonso Barcala Trillo-Figueroa, Magistrado de la Sala Primera del Tribunal Supremo, y a don José Luis Laso Martínez, Registrador de la Propiedad excedente y Abogado del Ilustre Colegio de Madrid.

Igualmente, se aceptó que, de acuerdo con la norma ya existente y dada la proximidad de elecciones a la Junta Directiva del Colegio de Registradores, quedarán también incorporados al Consejo de Redacción de esta REVISTA los señores Registradores que resulten elegidos para los cargos de Decano y Director del Centro de Estudios Hipotecarios, los cuales además pasarán a formar parte de la Comisión Ejecutiva en lugar de los señores Hernández Crespo y Chico Ortiz, que cesarán en dichos cargos.

Celebradas las elecciones dichas, ocuparán los cargos de Decano don José Poveda Díaz y de Director del Centro de Estudios Hipotecarios don Juan Pablo Ruano Borrella.

Ha fallecido don José Luis Lacruz Berdejo, por lo que expresamos el sentir por la gran pérdida que supone para la REVISTA, dada la inestimable colaboración que había prestado.

En consecuencia, el Consejo de Redacción y la Comisión Ejecutiva se compone en adelante por los siguientes señores:

Consejo de Redacción:

Presidente: Don Luis Díez-Picazo y Ponce de León.

Consejeros: Don Carlos M. Hernández Crespo, don Pío Cabanillas Gallas, don Antonio de Leyva y Andía, don Juan Vallet de Goytisolo, don Aurelio Menéndez Menéndez, don Eugenio Fernández Cabaleiro, don Manuel Amorós Guardiola, don José Antonio Nortes Triviño, don José

María Chico Ortiz, don Fernando Muñoz Cariñanos, don José Manuel García García, don Juan Manuel Rey Portolés, don Antonio Pau Pedrón, don José Luis Laso Martínez, don Alfonso Barcala Trillo-Figueroa, don José Poveda Díaz y don Juan Pablo Ruano Borrella.

Comisión Ejecutiva: Don José Poveda Díaz, don Juan Pablo Ruano Borrella, don Manuel Amorós Guardiola.

Secretario de la Revista: Don Francisco Corral Dueñas.

## II. INFORMACION LEGISLATIVA

### A) DERECHO COMUNITARIO Y TRATADOS INTERNACIONALES

1. *Procedimiento del Tribunal de Justicia.*—El *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* del 17 de agosto pasado publicó el Reglamento CEE de 7 de junio de 1989 por el cual se introducen determinadas modificaciones en el procedimiento del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

Teniendo en cuenta la creación de un Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas, que tuvo lugar mediante la Decisión 88/591, se hacía necesaria una adaptación del Reglamento del Procedimiento y ésta se lleva a cabo mediante este Reglamento.

En el Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia se insertarán, después del artículo 109 y antes de las disposiciones finales, las disposiciones que integran el título cuarto, que se titula: «De los recursos de casación contra las resoluciones del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas».

Su texto es el siguiente:

«Artículo 110. En los recursos de casación interpuestos contra las resoluciones del Tribunal de Primera Instancia a los que se refieren los artículos 49 y 50 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la CECA y los artículos 49 y 50 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la CEE y los artículos 50 y 51 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la CEEA, será lengua de procedimiento aquella en que esté redactada la resolución del Tribunal de Primera Instancia que sea objeto de recurso de casación, sin perjuicio de lo dispuesto en las letras *b)* y *c)* del apartado 2 en el párrafo cuarto del apartado 3 del artículo 29 del presente Reglamento.

Art. 111. 1. El recurso de casación se interpondrá mediante escrito presentado en la Secretaría del Tribunal de Justicia o en la del Tribunal de Primera Instancia.

2. La Secretaría del Tribunal de Primera Instancia tramitará inme-

diatamente los autos de primera instancia y, en su caso, el recurso de casación a la Secretaría del Tribunal de Justicia.

Art. 112. 1. El recurso de casación contendrá:

a) El nombre y domicilio de la parte que interpone el recurso, llamada parte recurrente.

b) El nombre de las demás partes en el procedimiento ante el Tribunal de Primera Instancia.

c) Los motivos y fundamentos jurídicos invocados.

d) Las pretensiones de la parte recurrente.

Se aplicarán al recurso de casación el artículo 37 y los apartados 2 y 3 del artículo 38 del presente Reglamento.

2. Al recurso de casación deberá adjuntarse la resolución del Tribunal de Primera Instancia que fuere objeto del mismo. Deberá mencionarse la fecha en la que la resolución impugnada fue notificada a la parte recurrente.

3. Si el recurso de casación no se atuviere a los apartados 2 y 3 del artículo 38 o al apartado 2 del presente artículo se aplicará el apartado 7 del artículo 38 del presente Reglamento.

Art. 113. 1. Las pretensiones del recurso de casación deberán tener por objeto:

— La anulación, total o parcial, de la resolución del Tribunal de Primera Instancia.

— Que se estimen, total o parcialmente, las pretensiones aducidas en primera instancia, con exclusión de toda nueva pretensión.

2. El recurso de casación no podrá modificar el objeto del litigio planteado ante el Tribunal de Primera Instancia.

Art. 114. El recurso de casación será notificado a todos los que hayan sido parte en el procedimiento ante el Tribunal de Primera Instancia. Se aplicará el artículo 39 del presente Reglamento.

Art. 115. 1. Todos los que hayan sido parte en el procedimiento ante el Tribunal de Primera Instancia podrán presentar un escrito de contestación dentro de un plazo de dos meses a contar desde la notificación del recurso de casación. No se concederá ninguna prórroga del plazo de contestación.

2. El escrito de contestación contendrá:

a) El nombre y el domicilio de la parte que lo presente.

b) La fecha en que se le notificó el recurso de casación.

c) Los motivos y fundamentos jurídicos invocados.

d) Las pretensiones.

Se aplicarán los apartados 2 y 3 del artículo 38 del presente Reglamento.

Art. 116. 1. Las pretensiones del escrito de contestación deberán tener por objeto:

- La desestimación, total o parcial, del recurso de casación o la anulación, total o parcial, de la resolución del Tribunal de Primera Instancia.
- Que se estimen, total o parcialmente, las pretensiones aducidas en primera instancia, con exclusión de toda nueva pretensión.

2. El escrito de contestación no podrá modificar el objeto del litigio planteado ante el Tribunal de Primera Instancia.

Art. 117. 1. El recurso de casación y el escrito de contestación podrán completarse con sendos escritos de réplica y dúplica o cualquier otro escrito cuando el Presidente, a quien se haya sometido una petición en este sentido en un plazo de siete días a contar desde la notificación del escrito de contestación o de réplica, lo estime necesario y lo autorice expresamente para permitir a la parte afectada defender su punto de vista o para preparar la resolución sobre el recurso de casación.

2. Cuando las pretensiones del escrito de contestación tengan por objeto la anulación, total o parcial, de la resolución del Tribunal de Primera Instancia sobre un extremo no contemplado en el recurso de casación, la parte recurrente o cualquier otra parte podrá presentar un escrito de réplica, cuyo objeto se limitará a dicho extremo, en un plazo de dos meses a contar desde la notificación del escrito de contestación de que se trate. El apartado 1 se aplicará a cualquier escrito complementario presentado como consecuencia de dicha réplica.

3. Cuando el Presidente autorice la presentación de una réplica y de una dúplica o de cualquier otro escrito fijará los plazos en los que deberán presentarse estos escritos procesales.

Art. 118. Sin perjuicio de las disposiciones siguientes, el apartado 2 del artículo 42, los artículos 43, 44, 55 a 90, 93, 95 a 100 y 102 del presente Reglamento se aplicarán al procedimiento ante el Tribunal de Justicia que tenga por objeto un recurso de casación contra una resolución del Tribunal de Primera Instancia.

Art. 119. Cuando el recurso de casación sea, en todo o en parte, manifiestamente inadmisibile o manifiestamente infundado, el Tribunal de Justicia podrá, en todo momento, previo informe del Juez ponente y oído el Abogado general, desestimar, total o parcialmente, el recurso de casación mediante auto motivado.

Art. 120. Después de presentados los escritos previstos en los artículos 115, apartado 1, en su caso, en el artículo 117, apartados 1 y 2, del

presente Reglamento, el Tribunal de Justicia, previo informe del Juez ponente y oídos el Abogado general y las partes, podrá decidir que se resuelva el recurso de casación sin fase oral, a menos que una de las partes se oponga a ello basándose en que la fase escrita no le ha permitido defender plenamente su punto de vista.

2. Si se resolviere sobre el recurso de casación sin fase oral, el Abogado general presentará, no obstante, sus conclusiones oralmente en vista pública, cuya fecha será señalada por el Presidente.

Art. 121. El informe previsto en el apartado 1 del artículo 44 se presentará al Tribunal de Justicia después de que lo hayan sido los escritos a que se refieren el apartado 1 del artículo 115 y, en su caso, en los apartados 1 y 2 del artículo 117 del presente Reglamento. Este informe contendrá, además de las indicaciones previstas en el apartado 1 del artículo 44, una propuesta sobre la aplicación, en su caso, del apartado 1 del artículo 120 del presente Reglamento. Si no se presentasen dichos escritos se aplicará el mismo procedimiento una vez expirado el plazo previsto para la presentación de los mismos.

Art. 122. El Tribunal de Justicia decidirá sobre las costas cuando el recurso de casación sea infundado o cuando, siendo éste fundado, dicho Tribunal resuelva definitivamente sobre el litigio.

En los recursos previstos en el apartado 3 del artículo 95 del presente Reglamento:

- El artículo 70 del presente Reglamento sólo se aplicará a los recursos de casación interpuestos por las Instituciones de la Comunidad.
- No obstante lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 69 del presente Reglamento, el Tribunal de Justicia podrá, en los recursos de casación interpuestos por funcionarios u otros agentes de una Institución, decidir que se repartan, total o parcialmente, las costas en la medida en que así lo exija la equidad.

Si un recurso de casación fuese retirado se aplicará el apartado 4 del artículo 69.

Cuando un recurso de casación interpuesto por un Estado miembro o una Institución de la Comunidad que no haya intervenido en el procedimiento del Tribunal de Primera Instancia sea fundado, el Tribunal de Justicia podrá ordenar que cada parte cargue con sus propias costas o que la parte vencedora pague las costas ocasionada por el recurso de casación a la parte perdedora.

Art. 123. La demanda de intervención en un recurso de casación ante el Tribunal de Justicia deberá presentarse dentro de un plazo de tres meses contado a partir de la fecha de presentación del recurso de casación. El

Tribunal de Justicia, oído el Abogado general, decidirá mediante auto si procede admitir la intervención».

2. *Normativa comunitaria sobre asistencia mutua en materia de recaudación.*—La incorporación a nuestro ordenamiento jurídico de la normativa comunitaria sobre asistencia mutua en materia de recaudación se ha llevado a cabo con la aprobación del Real Decreto 1068/1988, de 16 de septiembre, que, en aplicación de las Directivas CEE, establece el marco jurídico necesario para realizar esta asistencia mutua respecto de los créditos derivados de operaciones que forman parte de la financiación del FEOGA y de los correspondientes a exacciones reguladoras agrícolas, derechos de Aduana, IVA y gastos e intereses relativos al cobro de los créditos anteriores.

La Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 9 de octubre de 1989, publicada en el *BOE* del día 12 siguiente, establece el procedimiento para llevar a cabo la aplicación práctica de lo dispuesto en el antes citado Real Decreto.

3. *Modificación del Convenio sobre Derechos Humanos.*—El *BOE* del día 11 de noviembre publica el Instrumento de ratificación del Protocolo número 8 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, hecho en Viena el 19 de marzo de 1985. Dicho Instrumento lleva la fecha de 9 de julio de 1989.

En el indicado Protocolo se señala la conveniencia de modificar determinadas disposiciones del Convenio con objeto de mejorar y acelerar el procedimiento seguido por la Comisión Europea de los Derechos Humanos, siendo aconsejable igualmente modificar determinadas disposiciones relativas al procedimiento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Según su artículo 1.º, el texto del artículo 20 del Convenio pasará a ser el párrafo I del mismo artículo y se completará con cuatro párrafos redactados en la forma siguiente:

«2. La Comisión se reunirá en sesión plenaria. Sin embargo, podrá constituir Salas, cada una de ellas integrada por siete miembros como mínimo. Las Salas podrán examinar las demandas presentadas en virtud del artículo 25 del presente Convenio, siempre que puedan hacerlo basándose en una jurisprudencia establecida, o no susciten cuestiones graves respecto a la interpretación o aplicación del Convenio. Dentro de estos límites, y a reserva de lo dispuesto en el párrafo 5 del presente artículo, las Salas ejercerán todas las facultades conferidas a la Comisión por el Convenio.

El miembro de la Comisión elegido como perteneciente a la Alta Parte Contratante contra la que se haya presentado una demanda, tendrá de-

recho a formar parte de la Sala ante la que se haya sometido dicha demanda.

3. La Comisión podrá constituir Comités, cada uno de ellos integrado por tres miembros como mínimo. Los Comités podrán declarar por unanimidad inadmisibles o eliminar de la lista de causas pendientes cualquier demanda presentada con arreglo a lo dispuesto en el artículo 25, siempre que dicha decisión pueda adoptarse sin proceder a un examen más detenido.

4. En cualquier momento de la tramitación del litigio, las Salas y los Comités podrán declinar su competencia en favor del pleno de la Comisión, que podrá también reclamar para sí cualquier demanda sometida a una Sala o a un Comité.

5. Sólo el pleno de la Comisión podrá ejercer las siguientes competencias:

- a) Examinar las demandas presentadas en aplicación del artículo 24.
- b) Someter un asunto al Tribunal, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48 a.
- c) Elaborar el reglamento interno, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 36.»

Según el artículo 4 del Protocolo, el texto modificado del artículo 28 del Convenio pasará a ser párrafo primero del mismo artículo, y el texto, modificado, del artículo 30 pasará a ser el párrafo 2. El nuevo texto del artículo 28 será el siguiente:

«Artículo 28. 1. En el caso en que la Comisión admita la demanda:

a) Procederá, con el fin de determinar los hechos, a un examen contradictorio de la demanda con los representantes de las partes y, si procede, a una investigación, para cuya eficaz realización los Estados interesados proporcionarán todas las facilidades necesarias después de un cambio de impresiones con la Comisión.

b) Al propio tiempo, se pondrá a disposición de los interesados, a fin de llegar a un arreglo amistoso del asunto que se inspire en el respeto a los derechos humanos, tal como los reconoce el presente Convenio.

2. Si la Comisión llega a obtener un arreglo amistoso, redactará un informe que se remitirá a los Estados interesados, al Comité de Ministros y al Secretario general del Consejo de Europa para su publicación. Este informe se limitará a una breve exposición de los hechos y de la solución adoptada.»

4. *Convenio sobre nombres y apellidos.*—El BOE del 19 de diciembre publica el Instrumento de ratificación del Convenio número 19 de la

Comisión Internacional del Estado Civil (CIEC) relativo a la Ley aplicable a los nombres y apellidos, hecho en Munich el 5 de septiembre de 1980.

Según el artículo 1.º, los nombres y apellidos de una persona se determinarán por la Ley del Estado del cual sea nacional. Sólo a este efecto, las situaciones de que dependan los nombres y apellidos se apreciarán según la Ley de dicho Estado. En caso de cambio de nacionalidad se aplicará la Ley del Estado de la nueva nacionalidad.

Según el artículo 2.º, la Ley se aplicará incluso aunque se trate de un Estado no contratante.

Y según el artículo 4.º la Ley indicada solamente podrá dejar de aplicarse si fuera manifiestamente incompatible con el orden público.

## B) LEGISLACIÓN NACIONAL

1. *Reglamento de la Ley de Costas.*—Lo aprueba el Real Decreto número 1471/1989, de 1 de diciembre, publicado en el *BOE* del día 12 siguiente.

Según su artículo 2.º persigue, entre sus fines, determinar el dominio público marítimo-terrestre y asegurar su integridad y conservación.

Tras relacionar cuáles son los bienes que integran dicho dominio público estatal, señala que son inalienables, imprescriptibles e inembargables. Para su determinación concreta se regulan los deslindes y su procedimiento, con constantes referencias al Registro de la Propiedad.

Según el artículo 31, para inmatricular fincas situadas en las zonas determinadas en la Ley, se precisará certificación de la Administración del Estado que acredite que no se invade el dominio público. Transcurridos treinta días desde la petición de oficio sin que se haya recibido contestación se podrá proceder a la inscripción.

En el título II se determinan las limitaciones a la propiedad de los terrenos contiguos a la ribera del mar por razones de protección del dominio público marítimo-terrestre, destacando las servidumbres legales de protección, tránsito y acceso al mar. En los títulos III y IV se trata, respectivamente, de la utilización de este dominio público y del régimen económico-financiero de tal utilización; el título V comprende las infracciones y sanciones, y el título VI regula las competencias administrativas en esta materia.

2. *Texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas.*—En el *BOE* del día 27 se publica el Real Decreto legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba dicho texto. En el *BOE* del 1 de febrero se publican correcciones.

La disposición final primera de la Ley de Reforma Parcial y Adapta-

ción de la Legislación Española a las Directivas Europeas autorizó al Gobierno para dictar el nuevo texto, en el cual se habrían de aclarar, regularizar y armonizar las normas legales objeto de la refundición, las disposiciones vigentes sobre estas sociedades y las propias de la Ley de Reforma.

La nueva Ley supone una fuerte modificación de la de 1951, pasando su capítulo IV a ser el nuevo V y se da una nueva redacción a los capítulos I, II, III, IV y VI.

Este Real Decreto legislativo entra en vigor el día 1 de enero de 1990.

3. *Reglamento del Registro Mercantil.*—La Ley 19/1989, de 25 de julio, de Adaptación de la Legislación Española a las Directivas Comunitarias, reformó los artículos 16 a 24 del Código de Comercio, introduciendo fuertes innovaciones en la regulación del Registro Mercantil.

Como consecuencia, era precisa una nueva normativa reglamentaria y es la que se contiene en este Real Decreto, que lleva fecha 29 de diciembre y que publica el *BOE* del día siguiente.

Ocioso es decir que tanto esta disposición como la que antes hemos reseñado merecen una especial atención de nuestros profesionales que han de aplicarlas.

4. *Real Decreto-Ley sobre Medidas Tributarias.*—Se publica en el *BOE* del día 30 de diciembre, sirviendo, además de para prorrogar la Ley de Presupuestos, para introducir determinados retoques en la regulación de los Impuestos de la Renta de las Personas Físicas, Patrimonio sobre Sociedades, Sucesiones y Donaciones de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, así como en algunos impuestos locales.

### C) COMUNIDADES AUTÓNOMAS

Reseñamos brevemente las disposiciones autonómicas con categoría legal que son interesantes, ordenadas por Comunidades, señalando su publicación en los respectivos boletines regionales:

*Andalucía.*—La Ley de 2 de diciembre de 1989 determina la capitalidad de los partidos judiciales sitos en Andalucía. Se publica en el *Diario Oficial de la Junta* del día 9 de diciembre. La Ley de 12 de diciembre, de Estadística de la Comunidad Andaluza, se publica en el *Boletín Oficial de la Junta de Andalucía* del 19 siguiente.

*Aragón.*—La Ley de 14 de diciembre, sobre Protección de Menores, se publica en el *Boletín* regional del 20 del mismo mes.

*Baleares.*—Ley de 2 de noviembre de 1989, sobre Sustitución de los Planeamientos Urbanísticos, publicada en el *Boletín* regional del 23 del mismo mes, dispone lo siguiente:

«Artículo 1. Los municipios que, a la entrada en vigor de la presente Ley, dispongan de Plan General de Ordenación Urbana redactado y aprobado de conformidad con lo dispuesto en la Ley del Suelo de 2 de mayo de 1975, podrán sustituirlo por Normas Subsidiarias y Complementarias de Planeamiento cuando concurren los requisitos relacionados en el artículo siguiente.

Art. 2. Para que un municipio pueda acogerse a la facultad prevista en el artículo anterior será necesario:

1.º Que se trate de un municipio que cuente con una población de derecho que no sobrepase los 5.000 habitantes.

2.º Que no sea un municipio con desarrollo turístico previsto en su planeamiento o ya implantado en su territorio.

3.º El informe favorable de la Sección Insular de la Comisión Provincial de Urbanismo competente por razón del territorio.»

*Galicia.*—La Ley de 10 de octubre de 1989, publicada en el *Diario Oficial* del día 20 del mismo mes, regula los montes vecinales en mano común.

Según el artículo 1, son montes vecinales en mano común y se registrarán por esta Ley los que, con independencia de su origen, sus posibilidades productivas, su aprovechamiento actual y su vocación agraria pertenezcan a agrupaciones vecinales en su calidad de grupos sociales y no como entidades administrativas, y se vengán aprovechando consuetudinariamente en régimen de comunidad sin asignación de cuotas por los miembros de aquéllas en su condición de vecinos.

Según el artículo 2, los montes vecinales en mano común son bienes indivisibles, inalienables, imprescriptibles e inembargables, no estando sujetos a ninguna contribución de base territorial ni a la cuota empresarial de la Seguridad Social de acuerdo con el artículo 2.1 de la Ley 55/1980.

Por Ley de 11 de octubre, publicada el día 24, se regulan las bibliotecas públicas de Galicia.

*Madrid.*—Por Ley de 5 de octubre de 1989 se regula la misma materia de bibliotecas en la Comunidad de Madrid, siendo publicada en su *Boletín* regional del 25 de octubre.

Por Ley de 5 de diciembre, publicada en el *Boletín* regional del 18 siguiente, se determina la capitalidad de los partidos judiciales de la Comunidad de Madrid.

*Murcia.*—La Ley de 4 de diciembre de 1989, publicada el día siguiente, determina la capitalidad de los partidos judiciales de la región de Murcia.

*País Vasco.*—La Ley de 17 de noviembre, publicada en el *Boletín* regional del 5 de diciembre, regula la valoración del suelo en esta Comunidad.

Según la exposición de motivos, se presenta con esta Ley de Valoración del Suelo de la Comunidad Autónoma del País Vasco una regulación de las valoraciones urbanísticas, evidenciando la universalidad de las reglas de valoración según los conceptos de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, valor inicial y urbanístico, aplicables a todo tipo de situaciones, con independencia tanto del carácter rústico o urbano de los terrenos como de la existencia o no de figuras de planeamiento.

*Valencia.*—La Ley de 20 de octubre de 1989 regula las tasas de la Generalidad Valenciana, definidas en su artículo 1.º como aquellas prestaciones pecuniarias, legalmente exigibles por la Administración Autonómica Valenciana, cuyo hecho imponible consiste en la utilización del dominio público, la prestación por ella de un servicio público o la realización, por la misma, de una actividad que se refiera, afecte o beneficie de modo particular al sujeto pasivo y cuyos rendimientos se ingresen íntegramente en la Tesorería de la Generalitat Valenciana, habiendo de estar prevista su exacción en los Presupuestos de la Generalitat Valenciana, sin perjuicio de lo que pueda establecerse por disposiciones especiales de rango legal.

### III. INFORMACION DE ACTIVIDADES

1. *X Simposio de Derecho Matrimonial Canónico.*—Se ha celebrado en el mes de septiembre en la Universidad Pontificia de Salamanca, bajo el título general de «Psicología, psiquiatría y consentimiento matrimonial».

Los temas tratados fueron los siguientes:

*La exclusión del «Bonum prolis»:* Antonio Mostaza Rodríguez (Catedrático emérito de la Universidad Complutense de Madrid).

*Escuelas, corrientes y tendencias en la psicología y psiquiatría actual:* Antonio Vázquez Fernández (Universidad Pontificia de Salamanca).

*Principales manifestaciones de la psicología matrimonial:* Pablo Gallo Mezo (Universidad Pontificia de Salamanca).

*La exploración psicopatológica: explicación de las diversas técnicas:* María Emilia Antón Vera (Psicólogo judicial, Palma de Mallorca).

*Criterios de mensuración de los trastornos psíquicos en los procesos de nulidad matrimonial:* Pascual Calvo Hernando (Perito-Psicólogo del Tribunal Interdiocesano de Zaragoza).

*Orientaciones del Magisterio Pontificio sobre la aplicación de la psicología en las causas de nulidad matrimonial:* Vicente J. Subirá García (Vicario judicial del Tribunal del Arzobispado de Valencia).

*La repercusión de los trastornos de la afectividad en el consentimiento matrimonial:* Antonio Reyes Calvo (Vicario judicial del Obispado de Salamanca).

- Las causas de la falta de discreción de juicio:* Federico R. Aznar Gil (Universidad Pontificia de Salamanca).
- Las incapacidades psíquicas en el Derecho matrimonial civil español:* Gabriel García Cantero (Universidad de Zaragoza).
- La ausencia en el proceso de nulidad matrimonial:* Juan Luis Acebal Luján (Universidad Pontificia de Salamanca).
- Criterios para la valoración de las pruebas psicológicas:* Juan José García Faílde (Decano del Tribunal de la Rota Española).
- Las nuevas técnicas de fecundación artificial y el Derecho matrimonial canónico:* María Jesús Moro Almaraz (Universidad de Salamanca).
- Reunión de miembros de los Tribunales eclesiásticos. Praxis procesal de la Rota Romana a partir del nuevo Código:* José María Serrano Ruiz (Auditor del Tribunal de la Rota Romana).
- Clausura del X Simposio. El Tribunal eclesiástico en la pastoral diocesana:* Excelentísimo monseñor Luis Gutiérrez Martín (Obispo Auxiliar de Madrid-Alcalá).

2. *Seminario sobre el Impuesto sobre la Renta.*—Organizado por el Instituto de Empresa se ha celebrado en Madrid durante el mes de octubre pasado y se dedicó a estudiar la Ley de Adaptación de dicho Impuesto y otras modificaciones, siendo impartido en tres jornadas con el siguiente programa:

#### PRIMERA JORNADA.

Ponente: Don Federico Sánchez Pinilla: *Impuesto sobre el patrimonio:* declaración separada; reglas de atribución. *Regímenes económicos matrimoniales. Impuestos sobre la Renta: reglas de atribución. Criterios para la opción individual o separada. La unidad familiar. Rendimientos del trabajo:* especial consideración a los fondos de pensiones.

#### SEGUNDA JORNADA

Ponente: Don José Ramón Rodríguez Rodicio: *Rendimientos del capital:* inmuebles no arrendados; Letras del Tesoro; cesiones de créditos. *Rendimientos de actividades empresariales y profesionales: la estimación objetiva. Incrementos de patrimonio:* derechos de suscripción; Ley de Tasas.

#### TERCERA JORNADA

Ponente: Don Ramón Drake Drake: *Deducciones en la cuota:* deducción variable; deducción conjunta; otras deducciones. *Las retenciones. El régimen transitorio de los años anteriores. La gestión del impuesto.*

3. *Las ideas jurídicas de Castán Tobeñas.*—Bajo este título y en el centenario de su nacimiento ha tenido lugar en los meses de octubre y

noviembre en la Universidad Pontificia de Comillas, ICAI-ICADE, de Madrid, una serie de ponencias que relacionamos a continuación:

1. *Una concepción humanista*: Luis Vela Sánchez, S. J.
2. *Concepto y fin del Derecho*: Miguel Ayuso Torres.
3. *El Derecho natural*: José Miguel Serrano Ruiz-Calderón.
4. *La justicia*: Joaquín Almoguera Carreres.
5. *Los Derechos del hombre*: Ignacio María Sanuy Simón.
6. *La persona, sujeto del Derecho*: Evaristo María Palomar Maldonado.
7. *El Derecho romano como antecedente histórico, en el tratado de Derecho civil español, común y foral*: Antonio Fernández de Buján.
8. *El Derecho romano en el pensamiento jurídico de Castán Tobeñas*: Federico Fernández de Buján.
9. *Sus predicciones ante el Derecho civil moderno*: Mariano Yzquierdo Tolsada.
10. *Los derechos reales*: José María Chico Ortiz.
11. *El Derecho notarial*: Antonio Rodríguez Adrados.
12. *El Derecho de familia*: Antonio Rodríguez Inyesto.
13. *El Derecho de sucesiones*: José Ramón Antón Riesco.
14. *El Derecho comparado*: Antonio Pau Pedrón.
15. *Las sentencias de Castán Tobeñas*: Pedro Latour Brotons.
16. *Los discursos de Castán Tobeñas*: Enrique Ruiz Vadillo.
17. *Derecho de obligaciones*: José Ferrandis Vilella.
18. *Las Fuentes del Derecho y el método jurídico*: Juan B. Vallet de Goytisolo.
19. *La aportación de Castán Tobeñas al Derecho foral*: José María Castán Vázquez.

Clausuraron el curso el excelentísimo y magnífico señor Rector de la Universidad Pontificia Comillas y el ilustrísimo señor Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Pontificia Comillas.

4. *Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*.—El pasado 13 de noviembre se celebró solemne sesión inaugural del curso 1989-90 y, después del resumen del curso anterior verificado por el Secretario general don Juan Vallet de Goytisolo, pronunció el discurso inicial el Presidente de la Docta Corporación don Antonio Hernández Gil sobre el tema «Don José Castán Tobeñas, 1889-1989».

5. *Jornadas sobre «leasing» de inmuebles*.—Se ha celebrado en los últimos días del mes de noviembre en el salón de actos del Ministerio de Economía y Hacienda, en Madrid, organizadas por el Consejo General del Notariado y el Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propie-

dad y Mercantiles de España, con la colaboración de la Asociación Española de Empresas de *Leasing*.

El programa desarrollado fue el siguiente:

Tema 1. *Leasing*: Establecimiento y libre prestación de servicios en el gran mercado europeo de 1992». Ponente: Don José Luis Roselló López, Administrador principal en la División de Bancos y Entidades Financieras de la Dirección General 15 de la Comisión de la CEE.

Tema 2. «Aspectos sustantivos del *leasing* sobre inmuebles». Ponente: Don Manuel Angel Rueda Pérez, Notario de Valencia. Moderador: Don José Luis Benavides del Rey, Registrador de la Propiedad de Madrid.

Tema 3. «Patología del *leasing* sobre inmuebles». Ponente: Don Gerardo Nieto Brizuela, Jefe de la Asesoría Jurídica de «Infoleasing, S. A.». Moderador: Don José Antonio Canales Romeo, Presidente de la Comisión Jurídica de la Asociación Española de *Leasing*.

Tema 4. «Aspectos fiscales del *leasing* sobre inmuebles». Ponente: Don Manuel Maldonado Lozano, Abogado e Inspector de Finanzas del Estado, Jefe de la Dependencia de Gestión Tributaria de la Delegación de Hacienda de Madrid, encargada del Impuesto de TP y AJD y de Sucesiones y Donaciones. Moderador: Don Eduardo Ramírez Medina, Subdirector general de Tributación de las Operaciones Financieras.

Tema 5. «La inscripción del *leasing* sobre inmuebles en el Registro de la Propiedad». Ponente: Don Antonio Manzano Solano, Registrador de la Propiedad de Córdoba. Moderador: Don Antonio Fernández-Golfín Aparicio, Notario de Madrid.

Tema 6. «Aspectos económico-financieros y crediticios del *leasing* sobre inmuebles». Ponente: Don Fernando Fontana Hervada, Consejero Delegado de «Unileasing, S. A.» (del Grupo Hispamer). Moderador: Don Jaime Mairata Laviña, Abogado, Secretario del Consejo de Administrador del Banco Gallego, S. A., y del Banco Internacional de Comercio.

6. *Instituto de Derecho Privado Comunitario* —Dentro de las actividades de este Instituto, que fue creado, como se sabe, bajo el patrocinio del Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, se han desarrollado dos conferencias en el salón de actos de dicho Colegio.

La primera tuvo lugar el 13 de septiembre, a cargo de don Angel Boizarcu Carrera, Secretario de Embajada en la Representación Permanente de España ante las Comunidades Europeas, sobre el tema «La evolución del Derecho privado comunitario durante la presidencia española».

Y la última la desarrolló don Manuel Casero Mejías, Registrador Mercantil de Madrid, el día 18 de diciembre, sobre «El crédito hipotecario en las directivas comunitarias».

7. *Ciclo de conferencias sobre sociedades mercantiles.*—Ha comenzado en la Academia Matritense del Notariado, en el salón de actos del Ilustre Colegio Notarial de Madrid, dedicado en homenaje al Notario de dicha capital don Manuel de la Cámara Alvarez.

Se inició en el mes de octubre y está programado hasta el mes de abril próximo.

Las conferencias que han tenido lugar en el pasado trimestre son las siguientes:

19 de octubre de 1989: «Sociedad Anónima e inscripción en el Registro Mercantil». Conferenciante: Don Aurelio Menéndez Menéndez, Catedrático de Derecho mercantil.

2 de noviembre de 1989: «Constitución y nulidad de la Sociedad Anónima». Conferenciante: Don Antonio Rodríguez Adrados, Notario de Madrid.

16 de noviembre de 1989: «Reflexiones en torno a la Sociedad de responsabilidad limitada». Conferenciante: Don Isidoro Lora-Tamayo Rodríguez, Notario de Madrid.

30 de noviembre de 1989: «Nacionalidad y domicilio de la Sociedad Anónima». Conferenciante: Don Juan José Pretel Serrano, Subdirector general de Nacionalidad y Estado Civil.

14 de diciembre de 1989: «Los estatutos sociales y su modificación». Conferenciante: Don José A. Martínez Sanchiz, Notario de Madrid.

8. *Premio Estudios Hipotecarios.*—Este Premio, como es sabido, fue convocado por el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, dotado con 2.000.000 de pesetas, al que podrían concurrir todos los juristas que lo desearan. Los trabajos deberían versar sobre temas de Derecho Hipotecario, Inmobiliario Registral o Registro Mercantil, y deberían ser inéditos.

Se han presentado tres trabajos bajo un título y lema, y el jurado, compuesto del modo que detallaba la convocatoria, habiendo estudiado dichos trabajos, ha decidido, en su reunión del día 21, lo que se recoge en el acta cuyo texto transcribimos:

Asistentes:

Don Carlos Hernández Crespo, Decano del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles.

Don Antonio Pau Pedrón, Letrado de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

Don José Manuel García García, Miembro Comisión Redactora de *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*.

Don Pablo García Manzano: Magistrado del Consejo General del Poder Judicial.

Don José Luis Laso Martínez, Abogado en ejercicio del Colegio de Madrid.

Don José Luis de los Mozos y de los Mozos, Catedrático de Derecho civil.

Don José María Chico y Ortiz, Director del Centro de Estudios Hipotecarios (Secretario).

Previa una minuciosa exposición por cada uno de los miembros del Tribunal sobre los trabajos presentados, se procedió a la votación por la cual el jurado acuerda conceder el premio al trabajo «La causa del crédito hipotecario», presentado bajo el lema: «Justicia, seguridad jurídica y publicidad registral». Abierta la correspondiente plica resultó ser autor de dicho trabajo don Manuel Amorós Guardiola, de nacionalidad española, con domicilio en la calle La Masó, número 4, 3.º D, 28034-Madrid.

Dado el interés de los demás trabajos presentados, el jurado acordó que se haga llegar a la Junta de Gobierno del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles que recabe de los autores la correspondiente autorización para que esos trabajos sean publicados, dada su calidad y trascendencia jurídica en los campos a que se refiere cada uno. Todo ello, con arreglo a la base novena de las que forman la convocatoria del premio.

Este acuerdo se notificará al interesado para su conocimiento. La entrega del premio queda supeditada a la fijación del día por la Junta de Gobierno del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles.

Y sin más asuntos que tratar se levanta la sesión a las veintiuna treinta horas del día 21 de diciembre de 1989.—El Secretario, José María Chico y Ortiz.—Visto Bueno: El Presidente, Carlos Hernández Crespo.

# JURISPRUDENCIA



# I. Sentencias del Tribunal Constitucional

Por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

1. *Sentencia de 11 de mayo de 1989.*—COLEGIOS PROFESIONALES.—El artículo 3.2 de la Ley de Colegios Profesionales, que impone la colegiación obligatoria no es contrario a los artículos 22 y 36 de la Constitución.—Pleno.—Ponente: Don Carlos de la Vega Benayas.

*Antecedentes.*—1. La Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, por Auto de 19 de febrero de 1985, dictado en recurso interpuesto por el Colegio de Oficiales de la Marina Mercante contra Resolución del Ministerio de Transportes, Turismo y Comunicaciones, sobre colegiación de los Capitanes de buques, planteó ante este Tribunal cuestión de inconstitucionalidad sobre si el párrafo 2.º del artículo 3 de la Ley de Colegios Profesionales es contrario a los artículos 22 y 36 de la Constitución.

La pertinencia de formular la cuestión de inconstitucionalidad fue planteada por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional a las partes en el proceso y al Ministerio Fiscal por Auto de 7 de diciembre de 1984 a los efectos previstos por el artículo 35 de la LOTE. Tanto las partes en el proceso *a quo* como el Ministerio Fiscal se manifestaron en contra del planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad considerando que el artículo 3, párrafo 2.º, de la Ley de Colegios Profesionales, no se opone a la Norma fundamental. Sin embargo, la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en uso de las atribuciones que le confieren los artículos 163 de la CE y 35 de la LOTC, planteó la citada cuestión ante este Tribunal.

A la comunicación de la Audiencia Nacional se adjunta testimonio de los autos principales y de las alegaciones que sobre la procedencia del planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad hicieron las partes y el Ministerio Fiscal.

2. La Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional fundamentó su resolución en las siguientes consideraciones:

a) El derecho de asociación reconocido por el artículo 22 de la CE posee dos vertientes: el derecho a asociarse y el derecho a no asociarse. La exigencia impuesta por el artículo 3.2 de la Ley de Colegios Profesionales de la colegiación obligatoria está en contradicción con esta segunda faceta.

b) Ante dicha contradicción debe prevalecer el derecho de asociación por dos razones:

Los Colegios Profesionales no son un fin en sí mismos por tener un carácter instrumental para el mejor desarrollo de la persona y del orden social.

Lo que constituye el fundamento del orden político y de la paz social es la dignidad de la persona y de los derechos inviolables que le son inherentes (art. 10.2 de la Norma fundamental), entre las que se encuentra el derecho a asociarse y, por tanto, a no asociarse.

c) Frente a la alegación del Ministerio Fiscal invocando la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre Colegios Profesionales, entiende la Sala de la Audiencia que la naturaleza de aquel supuesto (Colegio belga de Médicos) es distinta a la española, sin que fuera aplicable el artículo 11 del Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales, por no tratarse de asociaciones en el sentido de este precepto, sino de corporaciones de Derecho público.

El Tribunal *a quo* fundamenta así estas diferencias:

Los Colegios Profesionales en España no son fundados por el poder público, sino por los particulares, como pone de manifiesto el artículo 1 de la Ley de Colegios Profesionales que «reconoce» a los Colegios, pudiéndose reconocer sólo lo ya existente. De esta forma «la inexistencia de una asociación, necesariamente voluntaria en su origen, se transforma, en virtud de un reconocimiento que por su propio carácter nunca puede ser modificador, en una asociación obligatoria».

Los Colegios Profesionales no se integran en la estructura del Estado, sino que, según el artículo 2.3 de su Ley reguladora, se relacionan orgánicamente con la Administración a través del Departamento ministerial competente

Los poderes públicos carecen de poder alguno en lo referente a la designación de los miembros de los organismos directores de los Colegios.

d) La exigencia de que la estructura y funcionamiento sean democráticos (art. 36 de la CE) no puede considerarse cumplida cuando la pertinencia es obligatoria.

El principio de libertad, que debe ser criterio interpretativo de la CE, no puede compatibilizarse con la adscripción obligatoria a un Colegio Profesional, cuya realidad demuestra que alberga sectores profesionales distintos, con intereses también distintos, e incluso contrapuestos.

e) No parecen existir razones que justifiquen el diverso tratamiento de los Colegios Profesionales respecto de partidos, asociaciones empresariales y sindicatos, tipos especiales de asociaciones reconocidos en la Constitución que, no obstante, mantienen el principio de libertad de afiliación.

f) La Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional señala la vinculación existente entre la presunta inconstitucionalidad del artículo 3.2 de la Ley de Colegios Profesionales y la solución del recurso sobre la Resolución del Ministerio de Transportes, Turismo y Comunicaciones sobre colegiación de Capitanes de buques.

Por otro lado indica que, pese a poder hacer aplicación directa de la disposición derogatoria tercera de la CE, la importancia social de los sectores afectados y la de los criterios que se adopten hacen prudente y aconsejable el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad.

*Fallo.*—El Tribunal Constitucional ha decidido declarar que el artículo 3.2 de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, sobre Colegios Profesionales *no es contrario* a los artículos 22 y 36 de la Constitución.

*Fundamentos jurídicos.*—1. La presente cuestión de inconstitucionalidad tiene su origen en un proceso contencioso-administrativo instado ante la Audiencia Nacional (Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo) por el

«Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española» (COMME) contra la Resolución tácita del Ministerio de Transportes, Turismo y Comunicaciones, que implicaba el Acuerdo o decisión de no considerar obligatoria la colegiación de los Capitanes, Jefes y Oficiales de la Marina Mercante. La pretensión de que el Ministerio ordenara el cumplimiento de esa colegiación obligatoria había sido solicitada en reiteradas ocasiones por el COMME a partir de 1981, hasta que, denunciada la mora formalmente —ante el silencio de la Administración— se formuló la pertinente demanda en la Audiencia. Se fundaba en el artículo 3.2 de la Ley 2/1074, de 13 de febrero, sobre Colegios Profesionales; en la Ley 42/1977, de 8 de junio, que creó el Colegio de Oficiales de la Marina Mercante y en los Estatutos de dicho Colegio, aprobados por Real Decreto 2020/1988, de 31 de julio. En esas normas se establece como requisito ineludible la incorporación al Colegio para ejercer la profesión.

Tramitado el proceso, concluso éste y señalada su votación y fallo, la Sección acordó oír a las partes y al Ministerio Fiscal sobre la pertinencia de plantear la presente cuestión de inconstitucionalidad, cosa que realizó mediante Auto de 19 de febrero de 1985, por considerar que así procedía y no estimar el parecer contrario de partes y Fiscal.

Para el Tribunal proponente se ofrecen serias y fundadas dudas de que las normas aludidas, y en concreto el artículo 3.2 de la Ley 2/1974, se encuentran en evidente contradicción con los artículos 22 y 36 de la Constitución. Esa contradicción, que, de existir, supondría la nulidad del artículo 3.2 citado, llevaría a negar la pretensión ejercitada en el proceso o a su estimación en caso contrario, por lo que la relevancia es clara y pertinente al planteamiento de la cuestión, según se razona en el Auto.

2. El artículo 3.2 de la Ley 2/1974 establece que «será requisito indispensable para el ejercicio de las profesiones colegiadas la incorporación al Colegio en cuyo ámbito territorial se pretenda ejercer la profesión». La Ley 74/1978, de 26 de diciembre, que deroga en parte y modifica algunos artículos de la Ley 2/1974, no altera el citado artículo 3.2 de ésta.

En el antecedente de hecho número dos de esta Sentencia se han detallado las razones y argumentos de la Sección o Tribunal proponente, a los cuales se hará la referencia necesaria a la par de su estudio, lo que no impide adelantar que el núcleo de su duda de inconstitucionalidad reside en la incidencia del precepto legal (art. 3.2 de la Ley 2/1974) en el derecho fundamental consagrado en el artículo 22 de la CE, es decir, el derecho de asociación.

3. Considera, en efecto, la Sala de la Audiencia Nacional que la colegiación obligatoria que impone el artículo 3.2 entraña una vulneración del derecho de asociación en su proyección negativa, es decir, en cuanto el artículo 22 de la CE protege y ampara también la libertad de no asociarse. Nada hay que decir, en abstracto, sobre la corrección de este último inciso, de suyo lógico y razonable. Ocurre, sin embargo, que su entendimiento y aplicación no pueden hacerse extensivos a todos los supuestos o instituciones jurídicas de carácter asociativo sin antes comprobar si a éstas también les corresponde por su naturaleza y fin. Se quiere decir con ello que la Audiencia parte de un presupuesto que condiciona o prejuzga su conclusión, es decir, el de considerar que los Colegios Profesionales a los que se refiere el artículo 36 de la CE, están incluidos, sin más, en el ámbito del artículo 22 de la misma, que reconoce el derecho de asociación como derecho fundamental protegido por el artículo 53.1 y 2, y por tanto excluido su contenido esencial de la alteración por Ley. Si el Colegio Profesional —se viene a decir— es una asociación, la Ley no puede limitar uno de los elementos de ese contenido,

cual es el de la libertad del ciudadano —profesional titulado aquí— para crearlo, asociándose o no, incorporándose o no al Colegio. Determinar, pues, si esa equiparación es o no correcta, así como el sentido del artículo 36 CE, ha de ser también el presupuesto de esta Sentencia.

4. El artículo 36 de la CE no se refiere a la naturaleza jurídica de los Colegios Profesionales, manteniéndose por ello viva —y explicable— la preocupación de la doctrina en torno de aquélla. Puede afirmarse, sin embargo, que la inmensa mayoría se pronuncia en favor de una concepción mixta o bifronte que, partiendo de una base asociativa, nacida de la misma actividad profesional titulada (a ésta se refieren casi todos los Colegios Profesionales), consideran los Colegios como Corporaciones que cumplen a la vez fines públicos y privados, pero integrados siempre en la categoría o concepto de Corporación, al que, al hablar de las personas jurídicas, ya se refería el artículo 35 del CC, que separa «las Corporaciones, Asociaciones y Fundaciones de interés público reconocidas por la Ley» de las «Asociaciones de interés particular, sean civiles, mercantiles o industriales...», distinguiendo así las Asociaciones de interés público, las Asociaciones de interés particular y las Corporaciones, siendo éstas siempre de carácter público o personas jurídicas públicas, porque, pese a la base común asociativa de todas las personas jurídicas, persiguen fines más amplios que las de simple interés particular o privado, concediéndoseles por ello legalmente ciertas atribuciones o potestades —especie de delegación del Poder Público— para que puedan realizar aquellos fines y funciones que no sólo interesan a las personas asociadas o integradas, sino a las que no lo están, pero que pueden verse afectadas por las actuaciones del ente.

No por eso, sin embargo, se ha llegado a concluir que esas Corporaciones se integran en la Administración, ni tampoco que puedan ser consideradas como entes públicos descentralizados, pero sí que es justamente por cumplir, al lado de los privados, fines públicos, por lo que se hace preciso la intermediación legal. Eso explica el reconocimiento legal de las Corporaciones al que se refiere el artículo 35 CC, y adelantando el argumento, el mandato constitucional contenido en el texto del artículo 36 CE: «La Ley regulará las peculiaridades propias del régimen jurídico de los Colegios Profesionales...».

5. Los Colegios Profesionales, en efecto, constituyen una típica especie de Corporación, reconocida por el Estado, dirigida no sólo a la consecución de fines estrictamente privados, lo que podría conseguirse con la simple asociación, sino esencialmente a garantizar que el ejercicio de la profesión —que constituye un servicio al común— se ajuste a las normas o reglas que aseguren tanto la eficacia como la eventual responsabilidad en tal ejercicio, que, en principio, por otra parte, ya ha garantizado el Estado con la expedición del título habilitante. Todo ello supone un conjunto normativo estatutario, elaborado por los miembros del Colegio y sancionado por el poder público, que permitirá, a la vez, la posibilidad de recursos y la legitimación para interponerlos, tanto por los colegiados como por personas ajenas al Colegio, pero no ajenas al ejercicio de la profesión, sean clientes, sean interesados extracontractuales, en su caso, es decir, según la profesión de que se trate.

Así es como la legislación vigente configura a los Colegios Profesionales. Estos son, según el artículo 1 de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, «Corporaciones de Derecho público, amparadas por la Ley y reconocidas por el Estado, con personalidad jurídica propia y plena capacidad para el cumplimiento de sus fines». A lo que añade el artículo 4.º que «la creación de Colegios Profesionales se hará mediante Ley, a petición de los profesionales interesados...». Estos preceptos

han sido ratificados por la Ley 74/1978, de 26 de diciembre, y el Colegio de Oficiales de la Marina Mercante (cuya pretensión se actúa en el proceso originario) creado por la Ley 42/1977, de 8 de junio, que «agrupará (art. 1) por especialidades a todos los titulados universitarios de la carrera de Náutica». Por su parte, el artículo 1 de los Estatutos del Colegio (Real Decreto 2020/1980) reitera, reproduciéndolo, el artículo 1 de la Ley 2/1974, antes transcrito.

La Constitución no ha modificado ni alterado esta concepción legal, pese a la novedad que supone en la historia constitucional haber introducido la nuestra una norma como la del artículo 36. Antes bien reconoce y sanciona la intermediación de la Ley, con un importante matz justificativo, al señalar «las peculiaridades propias del régimen jurídico de los Colegios Profesionales», con lo que parece ya distinguirlos de las restantes personas jurídicas y asociaciones, sean de interés público o privado. Únicamente —constitucionalizando la norma— ordena que «la estructura interna y el funcionamiento de los Colegios deberán ser democráticos», precepto éste sí aplicable o común a otras asociaciones (sindicatos y asociaciones empresariales —art. 7—, partidos políticos —art. 6— y organizaciones profesionales para la defensa de intereses económicos —art. 52—). Distinción que, por otra parte, resulta también de la comparación del artículo 36 con los artículos 6 y 7, en cuanto estos dos últimos, y no el 36, sancionan la libertad de creación —y del ejercicio de la actividad— de los partidos, sindicatos y asociaciones empresariales.

Por consiguiente, cierto es que la CE, como antes se ha dicho, si bien constitucionaliza la existencia de los Colegios Profesionales, no predetermina su naturaleza jurídica ni se pronuncia al respecto, pero hay que convenir que con su referencia a las peculiaridades de aquéllos y a la reserva de Ley, remitiendo a ésta su regulación (art. 36) viene a consagrar su especialidad —«peculiaridad»— ya reconocida, de otro lado por la legislación citada. Es el legislador, por tanto, dentro de los límites constitucionales y de la naturaleza y fines de los Colegios, quien puede optar por una configuración determinada (STC 42/1986), dado, además, que la reserva legal citada no es equiparable a la que se prevé en el artículo 53.1 CE respecto de los derechos y libertades en cuanto al respeto de su contenido esencial, puesto que en los Colegios Profesionales —en la dicción del art. 36— no hay contenido esencial que preservar (STC 83/1984), salvo la exigencia de estructura y funcionamiento democrático. Otra cosa es que el legislador, al hacer uso de la habilitación que le confiere el artículo 36 CE, deberá hacerlo de forma tal que restrinja lo menos posible, y de modo justificado, tanto el derecho de asociación (art. 22) como el de libre elección profesional y de oficio (art. 35), y que al decidir, en cada caso concreto, la creación de un Colegio Profesional en cuanto tal, haya de tener en cuenta que, al afectar la existencia de éste a los derechos fundamentales mencionados, sólo será constitucionalmente lícita cuando esté justificada por la necesidad de servir un interés público.

6. Por su parte, la doctrina de este Tribunal es ya reiterada en lo que se refiere a la calificación jurídica de los Colegios Profesionales a partir de la STC 23/1984, en la cual, partiendo del pluralismo, de la libertad asociativa y de la existencia de entes sociales (partidos, sindicatos, asociaciones empresariales), se alude a la de otros entes de base asociativa representativos de intereses profesionales y económicos (arts. 36 y 52 CE), que pueden llegar a ser considerados como Corporaciones de derecho público en determinados supuestos. La STC 123/1987 se hace eco de esa doctrina y afirma su consideración de corporaciones sectoriales de base privada, esto es, Corporaciones públicas por su composición y organización que, sin embargo, realizan una actividad en gran

parte privada, aunque tengan delegadas por la Ley funciones públicas, lo que le lleva a afirmar que los Estatutos del Colegio constituyen una norma de organización ajena a la libertad de asociación de que trata el artículo 22 de la CE. Y, en fin, la STC 20/1988, de 18 de febrero, reitera esta calificación y configura los Colegios Profesionales como personas jurídico-públicas o Corporaciones de Derecho público cuyo origen, organización y funciones no dependen sólo de la voluntad de los asociados, sino también, y en primer término, de las determinaciones obligatorias del propio legislador, añadiendo que el sentido del artículo 36 de la Constitución no es otro que el de singularizar a los Colegios Profesionales como entes distintos de las asociaciones que puedan libremente crearse al amparo del artículo 22, remitiendo la Constitución a la Ley para que ésta regule las peculiaridades de aquéllos.

7. Las consideraciones expuestas permiten ya, fundadamente, contradecir —y eliminar— las bases de las que se parte en el Auto que plantea la duda de constitucionalidad del artículo 3.2 de la Ley 2/1974. Si los Colegios Profesionales, por su tradición, por su naturaleza jurídica y fines y por su constitucionalmente permitida regulación por Ley no son subsumibles en la totalidad del sistema general de las asociaciones a las que se refiere el artículo 22 CE, porque, aunque siendo en cierto modo asociaciones, constituyen una peculiar o especial clase de ellas, con reglas legales propias (art. 36), distintas de las asociaciones de naturaleza jurídico-privada, es claro que no puede serles aplicable el régimen de éstas. El artículo 22 CE, no prohíbe, por tanto, la existencia de entes que, siempre con la común base personal, exijan un específico tratamiento, o bien un suplemento de requisitos postulados por los fines que se persiguen. Es lógico que una conjunción de fines privados y públicos —como es el caso de los Colegios— impliquen también modalidades que no deben siempre verse como restricciones o limitaciones injustificadas de la libertad de asociación, sino justamente como garantía de que unos fines y otros puedan ser satisfechos.

Eso justifica que la CE, en su artículo 36, haya querido desgajar o separar a los Colegios Profesionales del régimen general asociativo y que dicho precepto —como antes se ha indicado— no prevea que su «creación y ejercicio sean libres», como lo hace al referirse a los sindicatos y a los partidos (arts. 7 y 6 CE) y que establezca, asimismo, la reserva legal, lo que marca, por otra parte, su diferenciación con las «organizaciones profesionales» del artículo 52 de la CE, dirigidas a la defensa y promoción de intereses económicos.

Y es que al cumplirse por los Colegios Profesionales otros fines específicos, determinados por la profesión titulada, de indudable interés público (disciplina profesional, normas deontológicas, sanciones penales o administrativas, recursos procesales, etc.), ello justifica innegablemente la opción deferida al legislador para regular aquellos Colegios y para configurarlos como lo hace la Ley 2/1974 y las normas complementarias citadas, que en nada vulneran el contenido de la norma constitucional (art. 36) habilitante, ni tampoco el artículo 22, por las razones expuestas.

8. Entre aquellas reglas configurativas, ciertamente peculiar, está la de la adscripción forzosa al Colegio Profesional, causa esencial de la duda planteada por la Audiencia.

La colegiación obligatoria, como requisito exigido por la Ley para el ejercicio de la profesión, no constituye una vulneración del principio y derecho de libertad asociativa, activa o pasiva, ni tampoco un obstáculo para la elección profesional (art. 35 CE), dada la habilitación concedida al legislador por el artículo 36. Pudo, por tanto, dicho legislador establecerla lícitamente, en razón a los intereses pú-

blicos vinculados al ejercicio de determinadas profesiones, como pudo no hacerlo si la configuración, esencia y fines de los Colegios fueran otros, acomodando requisitos y fines, estructura y exigencia garantizadoras, de acuerdo con el artículo 36, y, por lo demás, con la naturaleza de los Colegios.

La misma consideración institucional y parecidas exigencias y requisitos son los seguidos en los países de nuestro entorno, e incluso respecto a la colegiación obligatoria, en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en resoluciones que el mismo Auto proponente y las partes citan, concretamente las Sentencias de 23 de junio de 1981 (asunto *Le Compte*) y 10 de febrero de 1983 (asuntos *Albert y Le Compte*), cuya cita es adecuada al caso presente. Como bien dice el Fiscal, el artículo 22 se refiere al derecho de asociación de los individuos como ciudadanos y el 36 establece el marco supralegal de determinados ciudadanos en cuanto profesionales y deja a la Ley que imponga las condiciones necesarias para su ejercicio, y en atención, cabe añadir, a que dicho artículo 36 ni ordena ni prohíbe la colegiación obligatoria, diferenciando los Colegios de otros entes con base asociativa. Se puede afirmar, pues, con aquellas Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que la obligación de inscribirse los profesionales en el Colegio y someterse a su disciplina no supone una limitación injustificada y menos una supresión del derecho garantizado en el artículo 22 CE y reconocido en el 11 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Porque, y esto es también respuesta a otro argumento del Auto de la Audiencia, la adscripción obligatoria no impide en modo alguno que los profesionales colegiados puedan asociarse o sindicarse en defensa de sus intereses, ya que no puede afirmarse fundadamente que exista incompatibilidad o contradicción constitucional interna entre los artículos 22, 28 y 36 de la CE, siendo así que dicha colegiación no impone límite o restricción al derecho de asociarse o sindicarse, participando —como se dijo en la STC 123/1987, fundamento jurídico 5.º— en la fundación de organizaciones sindicales o afiliándose a las ya existentes. Otra cosa es que las normas estatutarias del Colegio que regulen su actividad puedan incidir en organizaciones intracolegiales de base asociativa, problema que resolvió la Sentencia citada (fundamento jurídico 3.º), pero que aquí no se plantea.

9. El límite expreso que la Constitución, en su artículo 36, impone a la regulación legal de los Colegios Profesionales es que su estructura interna y su funcionamiento sean democráticos. Esta exigencia, en la opinión del Auto proponente de la cuestión, choca con la regla de la colegiación obligatoria. Aunque esta objeción o duda de constitucionalidad (del art. 3.2 de la Ley 2/1974) se desarrolla escuetamente, parece indicarse en el Auto que la colegiación forzosa y la estructura democrática del Colegio son incompatibles o que hay una conexión automática entre esa estructura y asociacionismo, por un lado, y, de otro, entre estructuras autoritarias y corporativismo.

Justamente lo que hace la CE es no sólo constitucionalizar los Colegios, sino atemperarlos a los principios del Estado social y democrático, integrándolos en él y permitiendo —con la mediación del legislador— esa otra forma de actuación social y colectiva compatible con la estatal y sus diversos poderes y funciones.

Si se parte, pues, como ha de partirse según los anteriores fundamentos, de la específica naturaleza y plurales fines de los Colegios, es evidente que la colegiación obligatoria es perfectamente compatible con la exigencia democrática que la CE impone como requisito expreso, ya que esta exigencia constituye en sí misma un contrapeso, una compensación del deber del titulado de inscribirse y a la vez una garantía de que esa obligatoriedad estará sujeta al control democrático de los mismos colegiados.

No hay, pues, tampoco, contradicción con el artículo 36 de la CE en cuanto a la colegiación obligatoria que prevé el artículo 3.2 de la Ley 2/1974.

Consecuentemente con todo lo expuesto, se impone la desestimación de la presente cuestión de inconstitucionalidad.

2. *Sentencia de 30 de mayo 1989.*—DEMARCAACION REGISTRAL.—Compete señalarla al Estado y no a las Comunidades Autónomas, de acuerdo con el artículo 149.1.8 de la Constitución.—Pleno.—Ponente: Don José Luis de los Mozos de los Mozos.

*Antecedentes.*—1. Con fecha 2 de agosto de 1984 el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña formuló al Gobierno requerimiento de incompetencia, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 63 de la Ley Orgánica, el Tribunal Constitucional, en relación con los artículos 1, 3 y 4 del Real Decreto 1141/1984, de 23 de mayo (publicado en el *Boletín Oficial del Estado* el 20 de junio), por el que se modifica la demarcación registral, por entender que dichos preceptos no respetan el orden de competencias establecido en la Constitución y en el Estatuto y Autonomía de Cataluña (en adelante EAC) en relación a la fijación de las demarcaciones de los Registros de la Propiedad. El Consejo de Ministros en su reunión del día 19 de septiembre de 1984 adoptó el Acuerdo de no atender el requerimiento formulado que fue notificado al Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña el 26 siguiente.

2. En consecuencia, y previo Acuerdo del Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña de 11 de octubre de 1984, el Abogado de la Generalidad de Cataluña, en nombre y representación de la misma, plantea conflicto positivo de competencia mediante escrito de 24 del mismo mes y año, solicitando de este Tribunal que se anulen los artículos 1 y 3 y, por conexión, los párrafos segundo y tercero del artículo 4 del Real Decreto 1141/1984, de 23 de mayo, por el que se modifica la demarcación registral, declarando que la competencia controvertida corresponde a la Generalidad de Cataluña.

3. El Abogado de la Generalidad de Cataluña en su escrito promoviendo el conflicto funda la cuestión de la supuesta invasión de competencias en que el Real Decreto 1141/1984, de 23 de mayo, no ha respetado el orden de competencias establecido en la Constitución y en el EAC en relación con las demarcaciones registrales en virtud de las siguientes consideraciones:

a) La materia de que se trata aparece regulada en el artículo 24.2 del EAC que señala que «la Generalidad participará en la fijación de las demarcaciones correspondientes a los Registros de la Propiedad y Mercantiles para acomodarlas a lo que se disponga en aplicación del art. 18, párrafo 2, de este Estatuto»; siendo una competencia asumida en méritos de lo establecido en el artículo 149.3 de la Constitución, que dice que «las materias no atribuidas expresamente al Estado podrán corresponder a las Comunidades Autónomas, en virtud de sus respectivos Estatutos». Preguntándose qué alcance hay que dar a las previsiones contenidas en el artículo 24.2 del EAC.

En una primera aproximación, dice el Abogado de la Generalidad, el precepto deja muy claros estos dos extremos: Primero, que la competencia de la Generalidad en el asunto es meramente participativa, quedando en manos del poder central el protagonismo o la titularidad de la decisión; y, segundo, que la finalidad primordial de dicha competencia es conseguir que la fijación de las demarcaciones correspondientes a los Registros de la Propiedad y Mercantiles se acomode a lo que se disponga en aplicación del artículo 18, párrafo 2, del EAC, según el

cual corresponde a la Generalidad «fijar las demarcaciones territoriales de los órganos jurisdiccionales en Cataluña y la localización de su capitalidad».

Ciñéndonos, por el momento, a este segundo extremo, señalemos que la funcionalidad de la asunción competencial para la Generalidad se ajusta a la más estricta lógica histórica-jurídica, toda vez que el artículo 1 del Reglamento Hipotecario de 14 de febrero de 1947, en vigor en el momento de promulgarse la Constitución y el EAC, disponía que:

«La circunscripción territorial, capitalidad y denominación de los Registros de la Propiedad se acomodarán, siempre que sea posible y no se oponga a ello el interés público, a la de los respectivos Juzgados de Primera Instancia.»

De esta suerte, si corresponde a la Generalidad, de acuerdo con su Estatuto, fijar la delimitación de las demarcaciones territoriales de los órganos jurisdiccionales en Cataluña, es del todo punto coherente que se hubiera previsto su intervención en la fijación de las correspondientes a los Registros de la Propiedad y Mercantiles, habida cuenta de que, a tenor de la legislación hipotecaria, la circunscripción territorial de estos últimos ha de acomodarse a los primeros.

Con todo, no es exclusivamente el valor interpretativo de ciertas normas preconstitucionales lo que en este caso confiere especial relevancia a las competencias de la Generalidad, sino que éste proviene de que fue precisamente la interconexión entre las demarcaciones judiciales y las registrales prevista en la legislación hipotecaria la que sirvió de base a los redactores del Estatuto para articular las competencias entre el Estado y mi defendida, dando lugar a que unas prescripciones de Derecho común quedasen insertas en la órbita constitucional con el sustancial efecto de que sólo siguiendo los trámites y cumpliendo los requisitos para modificar el Estatuto de Cataluña podrán ser alteradas en lo sucesivo.

Tan es así que cuando el Gobierno, por medio del Real Decreto número 3215/1982, de 12 de noviembre, procedió a modificar diversos artículos del Reglamento Hipotecario y, entre ellos, el artículo 1 al que dio esta nueva redacción: «Los Registros de la Propiedad tendrán la circunscripción territorial, capitalidad y denominación actuales; las cuales podrán modificarse cuando el interés público lo aconseje, de acuerdo con lo establecido en la Ley y en este Reglamento», el Consejo Ejecutivo de la Generalidad, con fecha 20 de enero de 1983, formuló el correspondiente requerimiento previo al planteo de conflicto positivo de competencia, en el que propuso la sustitución de la palabra «Ley» por «Leyes», con el objeto de que no quedase excluida la referencia al artículo 24 del Estatuto de Cataluña, y el Consejo de Ministros, el 23 de febrero siguiente, aceptó íntegramente la propuesta que se le efectuó dejando, por tanto, a salvo las determinaciones del Estatuto relativas a la vinculación entre las demarcaciones judiciales y las de los Registros de la Propiedad y Mercantiles.

Resulta, pues, que el carácter tendencial de la competencia de participación que el Estatuto de Cataluña ha asumido para la Generalidad estriba en conseguir la acomodación entre las demarcaciones de los Registros y las de los órganos jurisdiccionales radicados en Cataluña.

No puede deducirse de ello, como pretende el Gobierno, que hasta tanto la Generalidad no haya hecho uso de sus competencias sobre fijación de las demarcaciones judiciales no podrá tener ninguna intervención decisiva y vinculante en la formulación de las registrales.

Extendiéndose en otras consideraciones en apoyo de la interpretación efectuada en materia de demarcación territorial de los Registros, enmarcada por la judicial y análoga a otras supuestas competencias en relación a las circunscrip-

ciones notariales que confluyen en la materia y que implican una participación que no puede quedar reducida a la emisión de un simple informe.

b) El análisis del concepto «participación», empleado por el artículo 24.2 del EAC obliga a realizar diversas consideraciones.

En primer lugar, ha de precisarse el significado gramatical o semántico del término «participación». Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, participación es «la acción y efecto de participar» y participar es «tener una parte en una cosa o tocarle parte de ella», entendiendo la palabra cosa en el sentido amplio que abarca tanto los objetos físicos como las actividades, prestaciones, servicios o conducta humanas, ya sean individuales o colectivas.

Pues bien, teniendo en cuenta lo anterior, el más sencillo razonamiento lleva a la conclusión de que el concepto participar remite a su vez a la idea de que ha de existir una pluralidad o concurrencia de diversos sujetos respecto a un mismo objeto o actividad y de que tal objeto o actividad ha de permanecer indiviso sin que, por tanto, sea posible localizar la titularidad o el ejercicio de cada uno en una porción o parte diferenciada del mismo.

Somos conscientes de que esas alusiones a la semántica serían irrelevantes si el mundo del Derecho hubiera permanecido al margen de todo influjo respecto a la participación; pero, afortunadamente, y como pone de relieve el propio Estatuto de Cataluña, el legislador ha tenido siempre muy presente que participar es, cabalmente, una de las maneras de relacionarse jurídicamente, y de esta suerte en nuestro Ordenamiento jurídico aparecen toda una extensa gama de supuestos en los que unos sujetos toman parte en la adopción de las decisiones atribuidas a otros. Sin ánimos de agotar el tema, y en un orden de intensidad creciente, podríamos enumerar como modalidades más frecuentes de participación: los informes no vinculantes, las audiencias, las informaciones públicas, las propuestas, la creación de órganos *ad hoc*, los informes o dictámenes vinculantes, los preacuerdos, los conciertos, las codecisiones, etc.

Es obvio que en todos los casos que acabamos de mencionar existe la posibilidad de actuar los intereses de los que es exponente el sujeto o entidad que participa; pero también lo es que así como en los primeramente enumerados no se vislumbra la más mínima oportunidad de conformar el contenido de la decisión, en los últimos se produce una real incidencia en el objeto del pronunciamiento final.

Ha de ser precisamente partiendo de las anteriores coordinadas y no olvidando, además, que la Generalidad es una Entidad dotada de autonomía política que representa los intereses generales de Cataluña, como habrá de ponderarse el alcance de la competencia participativa prevista en el artículo 24.2 del EAC.

En esta dirección comencemos por destacar que aun cuando el Ordenamiento constitucional no haya sido demasiado generoso con el uso de las técnicas participativas, no parece que pueda ponerse en tela de juicio que en las contadas ocasiones en que ha recurrido a esta fórmula relacional —de la que son una muestra palpable los artículos 152.1 de la Constitución y el tan invocado 24.2 del EAC— lo que de verdad ha pretendido ha sido evitar que el Poder central monopolice las decisiones con exclusión de las autonomías territoriales, de manera que las competencias coparticipadas no puedan ejercerse legítimamente si no hay un entendimiento entre todos los Entes responsables.

Además, tampoco ha de pasarse por alto que en el presente caso se trata de una llamada a la participación que tiene cobertura constitucional expresa y no de una mera «cooperación espontánea» entre las instancias centrales y las autonómicas, por lo que el rechazo de dicha participación, al menos en términos tales

que se la deje reducida a una simple formalidad, no puede entenderse más que como una crítica a la opción constitucional, de la que es expresión el tan citado artículo 24.2 del Estatuto Catalán.

Por ello, el procedimiento a través del cual ha de materializarse la participación de la Generalidad, sigue diciendo su Abogado, en el señalamiento de las demarcaciones registrales ha de ser coherente con todas estas características y, por tanto debe tener un alcance y un valor diferentes de los reconocidos a las audiencias tradicionalmente concedidas a otras instancias, sujetos o entidades que no gozan de autonomía política, como son las que se relacionan en el artículo 482 del Reglamento Hipotecario (autoridades locales, Registradores de la Propiedad, Notarios, Jueces de Primera Instancia, Presidente de la Audiencia Territorial y Junta del Colegio Nacional de Registradores).

Así pues, la participación de la Generalidad en la organización territorial de los Registros situados en Cataluña no quedaría colmada con la emisión de un simple informe o propuesta sin carácter vinculante, ni incluso con la tramitación del expediente incoado al efecto para someterlo a la aprobación estatal, sino que habrá de hacerse efectiva por medio de actuaciones provistas del grado de eficacia suficiente como para que su criterio quede plasmado en las correspondientes normas o resoluciones que al respecto se dicten.

Y ni que decir tiene que las precedentes consideraciones aún quedan más reforzadas, si cabe, si se trae de nuevo a un primer plano la relación que el artículo 24.2 del EAC establece entre las demarcaciones judiciales y las de los Registros de la Propiedad y Mercantiles, pues siendo indiscutible que mi representada dispone de plena competencia para señalar las primeras —bien directamente, bien manteniendo las existentes— también lo es que su participación en la fijación de las segundas tendrá que ser determinante.

c) Existen también, según el Abogado de la Generalidad, otros aspectos a considerar teniendo en cuenta el alcance territorial del señalamiento de las demarcaciones registrales.

La competencia relativa a la fijación de las demarcaciones territoriales de los Registros de la Propiedad y Mercantiles se reconduce a la facultad de señalar el ámbito geográfico de un servicio público, es decir, a establecer los límites territoriales de su prestación desde una sede o capital. En este sentido, ya el artículo 1 de la Ley Hipotecaria de 1961 dispuso que en todos los pueblos cabeza de partido se establecería un Registro a cargo de unos funcionarios que se denominarían Registradores; y si bien este principio de un Registro de la Propiedad por cada pueblo cabeza de partido judicial ha tenido sus excepciones, puede decirse que en general ha sido siempre respetado.

Las Leyes Hipotecarias posteriores, aunque hayan dejado de proclamar tal principio, han adoptado la fórmula de disponer la subsistencia de los Registros donde se hallen establecidos, y así, el artículo 275 de la Ley Hipotecaria vigente dispone que «subsistirán los Registros de la Propiedad en todas las poblaciones en que se hallen establecidos», y el artículo 1 del Reglamento Hipotecario, en la nueva redacción dada por el Real Decreto 3215/1982, de 12 de noviembre, señala que los Registros de la Propiedad tendrán la circunscripción territorial, capitalidad y denominaciones actuales.

Quiere esto significar que la demarcación de los Registros, en la acepción que se refiere a su correspondiente circunscripción territorial capitalidad, nació y sigue estrechamente vinculada al ámbito tradicional de prestación de los servicios de carácter local, de manera que la división en municipios —las llamadas poblaciones por la legislación hipotecaria— adquiere una importancia capital

cuando se trata de organizar territorialmente los Registros de la Propiedad y Mercantiles. De esta suerte, con arreglo al artículo 244 de la Ley Hipotecaria «se abrirá un libro para cada término municipal» y los Ayuntamientos o Secciones de los Registros son una muestra evidente de la indudable conexión que existe entre ellos y la división del territorio a nivel local o comarcal.

Volviendo a argumentar con la relación que todo ello guarda con la organización administrativa de la justicia y con las competencias atribuidas a la Generalidad en materia de organización territorial (art. 31 EAC), citando en apoyo la Sentencia de este Tribunal de 4 de mayo de 1982.

d) El Real Decreto que se combate tiene por objeto crear nuevas oficinas registrales, así como aumentar las plazas de Registradores, y trata de conseguir tal finalidad a través de una triple vía; en primer lugar, la segregación de Registros extrayéndolos de los ya existentes, lo que supone, evidentemente, la creación de nuevos Registros y de nuevas plazas de Registradores; en segundo término, la desagrupación de Registros colindantes servidos acumuladamente por un solo Registrador y que de ahora en adelante estarán a cargo de Registradores diferentes y, finalmente, la división material de aquellos Registros que anteriormente estaban servidos por varios Registradores, funcionando en régimen de división personal.

Los artículos 1 y 3 y, por necesaria conexión, los párrafos segundo y tercero del artículo 4 de la disposición en causa, expresivos de los procedimientos de segregación y división material, se refieren a determinados Registros ubicados en el territorio de Cataluña y les afectan por incidir sobre sus circunscripción territorial y capitalidad.

Siendo ello así, y por lo razonado en los apartados anteriores, es indiscutible que con la adopción de tales preceptos se han menoscabado las competencias de esta Comunidad Autónoma, pues aun cuando la exposición de motivos del Real Decreto diga con cierto énfasis que ha sido adoptado con la participación de las Comunidades Autónomas previstas en sus normas reguladoras, lo cierto es, al menos por lo que hace a la Generalidad, que esta participación se ha visto reducida a la emisión de un simple informe que no ha sido tenido en cuenta por el Gobierno, aduciendo su falta de fuerza vinculante.

En consecuencia, sigue diciendo el Abogado de la Generalidad, privada de participar de una manera real y efectiva en la fijación de la nueva circunscripción y capitalidad de numerosos Registros situados en el territorio de su jurisdicción, es claro que con ello se ha impedido el ejercicio de una competencia que legítimamente le corresponde en méritos del artículo 24.2 de su Estatuto y que, por tanto, los artículos 1 y 3 del Real Decreto que se cuestiona aparecen viciados de incompetencia.

Las precedentes consideraciones, hechas a propósito de los Registros entendidos genéricamente, son también aplicables a los Registros Mercantiles (por ejemplo, Gerona 2, Lérida 2 y Tarragona 2); a los servicios registrales asignados a los Registros de la Propiedad (hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento), y a los servicios registrales a cargo de los Registros Mercantiles (Registros provinciales de ventas a plazos y Registros de buques), en tanto que el Estatuto se refiere unitariamente a los Registros de la Propiedad y Mercantiles, razón por la cual los párrafos 2.º y 3.º del artículo 4 del Real Decreto, que modifican directamente o por remisión la demarcación territorial o la capitalidad correspondiente a tales Registros o servicios, se hallan también viciados de nulidad.

Por último, sólo resta añadir que no se impugna el párrafo primero del ar-

título 4 por entender que, en lo sustancial, ha sido atendido el requerimiento de incompetencia en torno al mismo.

*Fallo.*—El Tribunal Constitucional ha decidido declarar que la titularidad de las competencias ejercidas en los artículos 1 y 3, y párrafos segundo y tercero del artículo 4 del Real Decreto 1141/1984, de 23 de mayo, *corresponde al Estado*.

*Fundamentos jurídicos.*—En el presente conflicto positivo de competencia, en el que se ha cumplido los trámites previos, se impugnan por el Consejo ejecutivo de la Generalidad de Cataluña los artículos 1 y 3, y, por conexión necesaria, los párrafos segundo y tercero del artículo 4 del Real Decreto 1141/1984, de 23 de mayo, sobre demarcación registral, por entender que invade competencias de la Generalidad.

El Abogado de la expresada Comunidad fundamenta sus alegaciones en un razonamiento de carácter general y previo, al considerar que la competencia controvertida, por no estar reservada al Estado exclusivamente, sino que en ella participa la Comunidad Autónoma, hace que no pueda el Gobierno fijarla unilateralmente, como ha sucedido en el presente caso, lesionando, con ello, competencias reconocidas en el propio Estatuto de Autonomía, dada la conexión existente entre Juzgados de Primera Instancia y Registros de la Propiedad, teniendo en cuenta que el artículo 18.2 del EAC establece que corresponde a la Generalidad «fijar las demarcaciones territoriales de los órganos jurisdiccionales en Cataluña y la localización de su capitalidad». Lo que se complementa, pretendiendo con ello darle mayor fuerza con lo dispuesto en el artículo 24.2 del mencionado Estatuto, que dispone que «la Generalidad participará en la fijación de las demarcaciones correspondientes a los Registros de la Propiedad y Mercantiles para acomodarlas a lo que se disponga en aplicación del artículo 18.2 del Estatuto».

Aparte de este argumento general y previo, que lleva al Abogado de la Generalidad de Cataluña a alegar como soporte del título competencial que invoca el artículo 149.3 de la Constitución, los otros argumentos utilizados son los siguientes:

La competencia autonómica reconocida en el artículo 18.2 EAC que —según dice— incide de manera decisiva en la demarcación registral. Teniendo en cuenta que, en esta materia, la participación reconocida a la Comunidad Autónoma (art. 24.2 EAC) no puede quedar relegada únicamente a un mero informe.

Incidencia de esta cuestión en la competencia autonómica en materia local reconocida en el artículo 9.8 EAC, sin perjuicio de la que corresponde al Estado (art. 149.1.8 de la Constitución).

Y, finalmente, la Generalidad aduce el hecho de que, en atención al requerimiento promovido por el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña, en relación con el Real Decreto 3215/1982, de 12 de noviembre, por el que se modifica el Reglamento Hipotecario, accediendo a que, en su artículo 1 se hable de «Leyes» en vez de «Ley», con la trascendencia que más adelante se dirá y que no guarda relación alguna con lo que pretende la representación de la citada Comunidad Autónoma.

2. Pero este razonamiento general y previo es claramente defectuoso, pues establece una competencia autonómica *per relationem*, entre dos normas estatutarias, que no se halla suficientemente fundada, operando un proceso de inversión de los términos en juego, entre Constitución y Estatuto, con olvido de la primera y que hace que todo la argumentación ulterior, como dice el Abogado del Estado, en su escrito de alegaciones, quede viciada inicialmente.

Se pone de relieve lo inconsistente del argumento general y previo en que

fundamenta el conflicto de competencia el Abogado de la Generalidad cuando razona que el origen y límite de la competencia autonómica en materia de demarcación registral hay que encontrarlo en el artículo 149.3 de la Constitución, como si se tratara de una competencia que por no estar atribuida al Estado queda atribuida a la Comunidad Autónoma como consecuencia de las previsiones efectuadas al respecto en el propio Estatuto de Autonomía. Pero este no es el caso, sin olvidar tampoco lo que dispone el propio artículo 149.3 de la Constitución, impropriadamente invocado, según el cual, «la competencia sobre las materias que no se hayan asumido por los Estatutos de Autonomía corresponderá al Estado, cuyas normas prevalecerán, en caso de conflicto, sobre las de las Comunidades Autónomas en todo lo que no esté atribuido a la exclusiva competencia de éstas».

Sin embargo, no es éste el estrecho marco conflictual en el que ha de resolverse el presente caso, ya que el título competencial aplicable viene claramente determinado por el artículo 149.1.8 de la Constitución, que atribuye competencia exclusiva al Estado para la ordenación de los Registros e instrumentos públicos y ha de ser en ella en la que ha de ampararse, como dice el Abogado del Estado en su escrito de alegaciones, para determinar la demarcación registral, como aspecto específico de esa facultad genérica de ordenación de los Registros, incluyéndose dentro de ella el dictar normas legales y reglamentarias en la materia (SSTC 18/1982, de 4 de mayo; 33/1982, de 14 de junio, y 39/1982, de 30 de junio; fundamentos jurídicos quinto, segundo y octavo, respectivamente).

Lo que no cabe, como en su escrito, promoviendo el conflicto de competencia, hace el Abogado de la Generalidad, es distorsionante argumento y utilizar la remisión que el artículo 24.2 del EAC hace al 18 del mismo Estatuto, para decir que la facultad de la Comunidad Autónoma en materia de demarcación registral no puede limitarse a un mero informe cuando toda esta materia depende de una íntima relación entre demarcación registral y demarcación territorial de los órganos jurisdiccionales en Cataluña. Utilizando por añadidura en su apoyo la invocación del artículo 1 del Reglamento Hipotecario de 1947, en vigor en el momento de promulgarse la Constitución y el Estatuto de Autonomía por cuanto disponía que «la circunscripción territorial, capitalidad y denominación de los Registros de la Propiedad se acomodarán, siempre que sea posible y no se oponga a ello el interés público, a la de los respectivos Juzgados de Primera Instancia». Todo ello, y dejando a salvo la expresión «siempre que sea posible y no se oponga a ello el interés público», que, de suyo, inutiliza el argumento invocado, para desconocer el verdadero título competencial del Estado, amparado en el artículo 149.1.8 de la Constitución como queda dicho e ignorando la facultad que le corresponde para establecer la demarcación registral con criterios, como los llevados a cabo por el Real Decreto 1141/1984, de 23 de mayo, impugnado, con lo que se pretende acercar a los particulares la institución del Registro de la Propiedad, para hacerla más operativa como servicio público, creando más Registros y por el triple procedimiento de la segregación de nuevos Registros sin esperar a la vacante de su titular: de la desagrupación de los colindantes que eran servidos por un mismo Registrador, que trae consigo la creación de tantas plazas como Registros agrupados (lo que no ha sido impugnado), y finalmente, por la división material de Registros que hasta ahora funcionaban en régimen de división personal, como expresa el preámbulo del mencionado Real Decreto que, para nada, desconoce las facultades reconocidas a la Generalidad de Cataluña.

3. Por otra parte, la competencia estatal exclusiva en materia de demarcación registral, ejercida por el Real Decreto 1141/1984, de 23 de mayo, y del que

se impugnan los artículos 1 y 3, y por conexión necesaria los párrafos segundo y tercero del artículo 4 que la desarrollan, en la forma más arriba indicada, y que confiere el Estado el artículo 149.1.8 de la Constitución quedaría vacía de contenido si no pudiera efectuar, en ejercicio de aquella competencia, aspecto tan sustancial como la determinación de su ubicación y ámbito territorial. Ni puede quedar en tal sentido, reducida o mermada, por la facultad que el artículo 24.2 del EAC confiere a la Generalidad.

La determinación de este título competencial armoniza perfectamente con la facultad reconocida a la Generalidad de Cataluña por el artículo 24.2 de su Estatuto de Autonomía, en cuanto a la participación en la fijación de la demarcación registral, pues ambas facultades, estatal y autonómica, no son antagónicas, sino complementarias.

Por ello, sin que sea necesario definir en abstracto en qué deba consistir esa facultad de participación reconocida a la Comunidad, es innegable que una forma de participar puede consistir en suministrar informes como los aquí proporcionados por la Generalidad sobre demarcaciones registrales. Es cierto que caben otras formas más intensas de participación, pero también lo es que la intervención en este caso realizada entra en el concepto mínimo de facultad participativa, que ese mínimo se respetó en el presente caso, como se deduce de no haberse efectuado alegación alguna en contra; y que, finalmente, la decisión última corresponde al Gobierno, como reconoce en su escrito el Abogado de la Generalidad.

Entendidas de esta manera por un lado la competencia exclusiva estatal con apoyo en el artículo 149.1.8 de la Constitución y, por otro, la facultad reconocida a la Comunidad por el artículo 24.1 EAC, la una y la otra no son contrapuestas, sino complementarias, integrándose ambas en el marco que ofrecen las normas aplicables, constitucional y estatutaria. Sin olvidar que los Estatutos de Autonomía ocupan una posición jerárquicamente subordinada a la Constitución (STC 76/1983, de 5 de agosto, fundamento jurídico 4, a)).

Por otra parte, como la competencia atribuida al Estado, en materia de Registros, es exclusiva, según el artículo 149.1.8 de la Constitución, deben entenderse expresamente atribuidas al mismo las facultades ejecutivas que no hayan sido reconocidas expresamente por el Estatuto de Autonomía a la Comunidad, como en este caso sucede con el nombramiento de los Registradores (art. 24.1 EAC), según ha reiterado la jurisprudencia de este Tribunal (SSTC 56/1984, de 7 de mayo; 65/1984, de 19 de junio, y 81 y 82/1984, de 20 de julio).

Este marco competencial no viene modificado, más que en el sentido indicado, por el hecho de que la Comunidad Autónoma tenga la competencia de participar en la formación de la decisión, mediante los oportunos informes, puesto que la decisión última corresponde, como ya hemos reiterado, al Estado (SSTC 18/1982, de 4 de mayo; 95/1984, de 18 de octubre, y, recientemente, de fecha 11 de mayo). Lo que en ningún caso puede interpretarse un precepto estatutario, como el presente artículo 24.2 del EAC, de modo que se altere el orden de competencias establecido en la Constitución (STC 39/1982, de 30 de junio, ya citada).

4. La competencia autonómica reconocida en el artículo 18.2 del EAC a la que anteriormente nos hemos referido, para nada sirve de reforzamiento, ampliación o apoyo de la participación de la Comunidad en la demarcación registral, como pretende el Abogado de la Generalidad. Porque su extensión y alcance ha de someterse a las mismas reglas interpretativas respecto de la norma constitucional que establece, en esta materia, la competencia exclusiva en favor del

Estado (art. 149.1.8 de la Constitución), sin que la acumulación de normas estatutarias sirva en modo alguno para alterar el marco en que este conflicto competencial deba ser examinado, como queda razonado en el fundamento anterior.

Además, que el alcance de las competencias autonómicas en materia judicial, como bien dice el Abogado del Estado, queda sujeto por imperativo del artículo 152.1 de la Constitución a lo que disponga la Ley Orgánica del Poder Judicial, razón por la cual parece claro que cualquier consecuencia que quiera derivarse de la pretensión competencial del artículo 18.2 del EAC ha de quedar pospuesta a la determinación del alcance de dicha competencia por parte de la Ley estatal prevista en el citado precepto constitucional (STC 10/1982, de 23 de marzo, fundamento jurídico 2.º).

Lo contrario —de acuerdo con la tesis defendida por el Abogado de la Generalidad— sería romper la unidad en materia de ordenación registral, lo que no es posible de acuerdo con la Constitución (art. 149.1.8 y STC 73/1983, de 29 de julio), y como dice el Abogado del Estado, olvidando que el Estatuto tiene un contenido tasado, según el artículo 147.2 de la Constitución, sin que su objeto pueda venir constituido por normas sustantivas en materia registral, en este caso, cuya producción corresponde al Estado. Todo lo cual mal puede reforzar, en el sentido indicado por el Abogado de la Generalidad, la competencia autonómica contenida en el artículo 24.2 del EAC.

5. Tampoco tiene consistencia la argumentación que hace valer la representación de la Generalidad de Cataluña, en cuanto el artículo 244 de la Ley Hipotecaria establece una relación entre la ubicación de los Registros de la Propiedad y los municipios, por mucho que, indudablemente, la propia Generalidad tenga amplias competencias en materia local que, naturalmente, ha de entenderse sin perjuicio de la que corresponde al Estado (art. 149.1.18 de la Constitución) y que viene establecida en el artículo 9.8 del EAC (siendo objeto de desarrollo en las Leyes catalanas 6/1987, de 4 de abril, de organización comarcal, y 8/1987, de 15 de abril, municipal y de régimen local).

Pero esto no autoriza tampoco a fijar las demarcaciones registrales prescindiendo del artículo 149.1.8 de la Constitución y del artículo 24.2 del EAC con la excusa de una atracción de competencia, lo que supondría, igualmente, como anteriormente se ha razonado, alterar el marco competencial respectivo definido por la Constitución y por el respectivo Estatuto de Autonomía (SSTC 71/1982, de 30 de noviembre, y 42/1983, de 20 de mayo). Lo mismo sucede con la competencia estatal para determinar la demarcación notarial, que el Abogado de la Generalidad alega como una competencia paralela a la demarcación registral, interpretando en un sentido parecido el propio artículo 24.2 del EAC, competencia que viene ejercida o desarrollada al modificar el artículo 72 del Reglamento Notarial, el Real Decreto 1209/1984, de 8 de junio, también impugnado por la Generalidad de Cataluña en anterior conflicto de competencia, resuelto por reciente Sentencia de este Tribunal (de fecha 11 de mayo), en la que se razona en parecidos términos a los que quedan expuestos respecto de las competencias del Estado y de la Comunidad Autónoma, aparte de otras cuestiones que aquí no son del caso.

Pero volviendo a la cuestión planteada en primer lugar, la atribución de competencias atribuida a la Generalidad de Cataluña en materia local no impide que, por muy relacionados que se hallen los municipios con el Registro de la Propiedad y aun con los Registros Mercantiles, se puedan perfectamente deslindar competencias distintas en materia local y en cuanto a la demarcación registral.

6. Finalmente se utiliza en último argumento para defender la competencia de la Generalidad en materia de demarcación registral ampliándola en el sentido que venimos rebatiendo, argumento igualmente carente de fundamento.

Efectivamente, entiende el Abogado de la Generalidad que la atención del requerimiento del artículo 63 de la Ley Orgánica de este Tribunal, promovido por su Consejo ejecutivo anteriormente, en relación con el Real Decreto 3215/1982, de 12 de noviembre, que modifica el Reglamento Hipotecario, condiciona la resolución del presente conflicto, al acceder el Gobierno a que la referencia a la «Ley» que hacía el antiguo artículo 1 del expresado Reglamento, en su redacción de 1947, se sustituyera por la de «leyes», con lo cual se considera que en la forma «plural» del vocablo se contemplan también las autonómicas.

Sin embargo, ni esto sirve para reformar, reforzando el artículo 24.2 del EAC, ni mucho menos para variar el sistema competencial que tendrá que realizarse en todo caso en los términos de su propio Estatuto.

F. C. D.



## II. Resoluciones de la Dirección General

Por LUIS M.<sup>a</sup> CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA  
Registrador de la Propiedad

*ALGUNOS ASPECTOS DEL REGIMEN JURIDICO DE LAS COMUNIDADES EN DERECHO ESPAÑOL (COMENTARIOS A LAS RESOLUCIONES DE 5 DE NOVIEMBRE DE 1988, 18 DE MAYO DE 1983, 31 DE MARZO DE 1989, 20 DE FEBRERO DE 1989, 27 DE MAYO DE 1983, 16 Y 31 DE JULIO DE 1987 Y 28 Y 31 DE OCTUBRE DE 1988 SOBRE LOS PRESUPUESTOS DE LA PRIMERA DE ELLAS.)*

— *Comunidad de bienes*: El mandamiento ordenando la anotación preventiva de embargo debe dirigirse contra los titulares registrales de la finca embargada, y no contra la Comunidad de Propietarios por ellos integrada, que, con independencia de su denominación funcional unitaria, carece de personalidad jurídica. (Resolución de 5-IX-1988/«BOE» 22-IX-1988, núm. 228.)

— *Comunidad funcional (Navarra)*. Propietario de un edificio destinado a garaje puede constituir una comunidad permanente, que se caracterice por excluir la acción de división y los derechos de preferente adquisición de los comuneros, establecer sus causas de extinción y fundamentar su existencia en el principio jurídico de *paramiento fuero vienze* y en la necesidad funcional impuesta por un destino común, mediante la enajenación simultánea de cuotas indivisas sobre la finca. (Resolución de 18-V-1983.)

— *Propiedad horizontal*: Patios, interiores y exteriores, los jardines y otras superficies de suelo descubiertas no son elementos esencialmente comunes y, en consecuencia, son susceptibles de propiedad separada. El principio de legitimación registral establece la presunción de privacidad de los espacios que, pese a su destino predeterminado, se contengan dentro del perímetro del elemento independiente. (Resolución de 31-III-1989.)

— *Propiedad horizontal*: Destino. Terminología —local comercial, local de negocios, garaje, servidumbres. Comunidad funcional. Adscripciones uso. Modificaciones: Autorización de la Junta.

1. Destino: El propietario de un elemento privativo, por regla general, puede destinar la finca al uso que libremente determine, siempre que éste sea adecuado a la naturaleza del objeto y no vulnere los límites genéricos de toda propiedad o los específicos de la propiedad horizontal, formulados en términos claros e inequívocos.

2. Terminología: Las expresiones «local comercial», «local de negocios», son simplemente descriptivas y no delimitan usos específicos. Un local comercial se puede destinar a garaje.

3. Servidumbres: Las servidumbres que no afectan a los elementos comunes pueden establecerse sin acuerdo previo de la Junta, son resultado del ejercicio de las facultades dominicales del titular del elemento privativo —arts. 348 y 396 del Código Civil.

4. Comunidad funcional prodiviso: Los copropietarios de un local destinado a garaje pueden constituir, sin autorización de la Junta, una comunidad funcional entre ellos, por la que se distinguen tres zonas de distinto uso dentro del mismo —zona de maniobras, zona de acceso a la vía pública y zona de aparcamiento—, se adscribe a cada cuota el uso exclusivo de una plaza de garaje, dando a la cuota carácter indivisible y de libre disposición, se excluye la acción de división y el retracto de comuneros, y se constituyen servidumbres de paso entre las distintas zonas —se trata de dos locales independientes.

5. Adscripciones de uso: No implican subdivisión y, en consecuencia, están eximidas del requisito de la aprobación de la Junta de propietarios.

6. Modificaciones que no afectan al título constitutivo: No es necesario el acuerdo unánime de la Junta de propietarios de una comunidad para destinar —destino no expresamente prohibido— un local comercial a garaje, establecer una comunidad funcional y servidumbres entre los elementos privativos, sin percusión alguna sobre los demás elementos privativos y comunes, ni sobre la organización y funcionamiento de la comunidad. (Resolución de 20-II-1989.)

— *Propiedad horizontal: Comunidad funcional (Navarra), agrupación parcial de locales pertenecientes a distintos edificios. Modificación del régimen, consentimiento anticipado para agrupar, segregar y dividir.*

1. *Comunidad funcional (Navarra)*: El propietario de cinco locales independientes destinados a garaje puede constituir una comunidad permanente, que se caracterice por excluir la acción de división y los derechos de preferente adquisición de los comuneros, establecer sus causas de extinción y fundamentar su existencia en el principio jurídico de *paramiento fuero vienze* y en la necesidad funcional impuesta por un destino común, mediante la enajenación simultánea de cuotas indivisas sobre la finca.

2. *Agrupación impropia*: Facultados por sendas cláusulas estatutarias los propietarios actuales y futuros de los locales de sótano para agruparlos entre sí o con otros de edificio colindante, es posible llevar a cabo la agrupación de cinco locales destinados exclusiva y permanentemente a garaje e integrados en tres edificios contiguos, con la subsistencia de las fincas de procedencia dentro de su respectiva propiedad horizontal, coexistiendo los antiguos folios registrales con el nuevo.

3. *Modificación del régimen*: La agrupación practicada no altera el régimen de propiedad horizontal. No hay división, ni nuevos locales, ni aumenta el número de propietarios con derecho a voto. Es de aplicación el artículo 14 y no el 16-2 de la LPH.

4. *Consentimiento anticipado para agrupar, segregar y dividir*: No infringe el artículo 16-2 de la Ley de Propiedad Horizontal la cláusula estatutaria que autoriza para realizar tales actos sin consentimiento de los demás propietarios. (Resolución de 27-V-1983.)

— *Propiedad horizontal: Cancelación por ejecución de un derecho preferente*. Sobre el supuesto de hecho de la adjudicación al acreedor hipotecario de una finca y la cancelación ulterior de su inscripción de dominio por ejecución de un

derecho preferente, podemos entender que si un edificio se divide en régimen de propiedad horizontal con posterioridad a la nota de expedición de certificación de cargas, por razón de un embargo anotado, procede la cancelación de dicho régimen mediante mandamiento judicial que decreta la cancelación genérica de las inscripciones posteriores y no preferentes al derecho del actor. (Resolución de 16-VII-1987.)

— *Propiedad horizontal: Adjudicación por ejecución de un derecho preferente.* Si un edificio se divide en régimen de propiedad horizontal y se extingue la comunidad preexistente con posterioridad a la nota de expedición de certificación de cargas, por razón de un embargo anotado, no procede la inscripción de la adjudicación de una quinta parte del edificio, sin la previa cancelación de dicho régimen y de la disolución de comunidad realizada. (Resolución de 31-VII-1987.)

— *Derecho real de uso del subsuelo para construir —derecho de subedificaciones:* Es posible la transmisión de una cuota de ese derecho, sin realizar previamente la construcción y la constitución del régimen de propiedad horizontal. Si bien la asignación de una porción determinada de subsuelo requiere el consentimiento de los demás titulares registrales del mencionado derecho. (Resoluciones de 28 y 31-X-1988.)

SUMARIO: (I Parte): I. RESOLUCION DE 5-IX-1988: 1.º PRESUPUESTO DE HECHO. A) *Objeto: Situación física y jurídica de la finca:* I. Situación física de la finca: parcelación II. Situación jurídica sustantiva: propiedad y comunidad. Régimen jurídico de la comunidad. III. Situación jurídica-registral. B) *Actuación registral.* I. Título presentado mandamiento judicial. II. Calificación: nota denegatoria. III. Informe del Registrador C) *Recurso gubernativo:* I Fundamentos de Derecho: informes preceptivos. II Auto del Presidente de la Audiencia. III. Apelación del recurrente.—2.º RESOLUCIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO: A) *Normativa aplicable.* B) *Doctrina: La comunidad ordinaria no tiene personalidad jurídica.* C) *Resolución.* D) *Comunidades atípicas.*—3.º COMENTARIO: A) *La personalidad jurídica:* I. Personas físicas y jurídicas: régimen jurídico. II. Capacidad y legitimación: la legitimación procesal. III. Legitimación procesal y titularidad de derechos. B) *La cotitularidad:* Cotitularidad de derechos. II. Cotitularidad y derecho de propiedad: a) Identidad cualitativa e identidad de objeto. b) Diversidad cualitativa e identidad de objeto. C) *La comunidad de bienes.* I. Comunidad ordinaria: comunidad romana y comunidad germánica. II Comunidades especiales: a) La propiedad horizontal: La propiedad horizontal tumbada. La comunidad de propietarios. b) La superposición de comunidades dentro de la propiedad horizontal Pluralidad de comunidades dentro del mismo régimen. Estatutos y normas de régimen interno: especial referencia a algunas de sus cláusulas más habituales: 1.ª Cláusula que delimita el uso y aprovechamiento del suelo. 2.ª Cláusula que determina las reglas de administración de la comunidad. 3.ª Cláusula que permite el cambio de uso o destino de los elementos privativos sin necesidad del consentimiento de los demás propietarios. 4.ª Cláusula que vincula a la titularidad de un elemento independiente uno o más anejos, comunes, privativos o procomunales. 5.ª Cláusula por la que el propietario único del edificio, o si son varios, todos o alguno de ellos, se reservan el derecho de vuelo o sobreedificación de una o más plantas sobre la cubierta, o incluso de subedificación. 6.ª Cláusula que establece el régimen de servidumbres dentro del edificio, o entre dos edificios contiguos 7.ª Cláusula que recoge la distribución de los gastos generales o comunes entre los propietarios. 8.ª Cláusula por la que se reglamenta el uso de determinados elementos comunes. 9.ª Cláusula que faculta al constructor, dueño originario, para completar y rectificar la descripción de las fincas sin autorización de la Junta de Propietarios. 10. Cláusula que autoriza

al propietario —o propietarios— de determinados —o todos— elementos privativos para realizar en o con ellos subdivisiones, segregaciones, agrupaciones o agregaciones, sin necesidad del consentimiento de la Junta 11. Cláusula por la que se autoriza a practicar segregaciones y agrupaciones entre dos edificios contiguos y sin autorización de las respectivas Juntas. 12. Cláusula —o pacto extraestatutario— que refleja el acuerdo entre los copropietarios de un elemento independiente relativo a la división futura del mismo. 13. Cláusula —o pacto extraestatutario— que limita la libre disposición de un piso o local independiente: titularidad *ob rem*. 14. Cláusula por la que se confiere el carácter procomunal a un elemento privativo o común. La comunidad funcional —(II Parte): C) *Extinción de la propiedad horizontal por ejecución de un derecho preferente*: Ejecución hipotecaria de un elemento independiente. Ejecución ordinaria del edificio precedente. D) *Las comunidades atípicas*: I. Derechos reales atípicos. Resoluciones de 28 y 31-X-1988. II. La comunidad prodiviso: a) Derecho de superficie. b) Derecho de elevación. c) Derecho de subsuelo. III. La comunidad analógica: aplicación supletoria del régimen imperativo que rige la propiedad horizontal (urbanizaciones privadas, complejos inmobiliarios). IV. La multipropiedad.—4.º BIBLIOGRAFÍA Y NOTAS —II. ANEXOS: 1.º JURISPRUDENCIA REGISTRAL SOBRE COMUNIDADES.—2.º PRECEDENTES HISTÓRICOS DEL DERECHO DE SUPERFICIE.—3.º DERECHO DE SUPERFICIE ATÍPICO CASO PRÁCTICO.—4.º RESUMEN DE LAS RESOLUCIONES DE 28 Y 31-X-1988.—5.º RESUMEN DE LAS RESOLUCIONES DE 16 Y 31-VII-1988 —6.º RESUMEN DE LA RESOLUCIÓN DE 31-III-1989.—7.º RESUMEN DE LA RESOLUCIÓN DE 20-II-1989.—8.º RESUMEN DE LAS RESOLUCIONES DE 18 Y 27-V-1983.

### (PRIMERA PARTE)

#### I. RESOLUCION DE 5-IX-1988

La importancia de la Resolución, objeto del siguiente comentario, no radica —obviamente— en declarar que la comunidad ordinaria carece de personalidad jurídica, como se deduce del punto 1.º del cuarto considerando, y que, en consecuencia, debe dirigirse la demanda contra los distintos comuneros, conforme a los artículos 20 de la Ley Hipotecaria y 140 de su Reglamento, sino más bien en la posibilidad o imposibilidad de que en virtud del principio de autonomía de la voluntad pueda atribuirse a una comunidad ordinaria personalidad jurídica, mutando su naturaleza jurídica y su régimen legal por el poder taumatúrgico de los pactos hacia una pretendida atipicidad o especialidad. Es decir, la importancia de esta resolución radica precisamente en los que deja entrever y no resuelve, en los razonamientos *obiter dicta*.

Y como quiera que el Registro de la Propiedad desarrolla una función esencial dentro del tráfico jurídico inmobiliario, a través de sus principios inspiradores, dotando a las titularidades de seguridad jurídica y a la publicidad de certeza, la atipicidad distorsionante, germen patológico de contiendas judiciales, no debe tener acceso *per se* a dicha institución, potenciando la labor calificadora, y a pesar del sistema *numerus apertus* que rige nuestros derechos reales, el deslinde entre los simples pactos personales y la creación de nuevos derechos que vienen a cubrir las lagunas del ordenamiento jurídico, sin merma de la nitidez y seguridad de las titularidades que publica. Así pues, ese ágil ajuste creativo entre la realidad social y la realidad jurídica, no debe quedar en manos de un futuro contencioso, ni amparar el posible fraude de ley.

Indagar, entonces, la verdadera naturaleza del derecho constituido, aparece como pieza clave de la tarea del Registrador, soslayando y excluyendo del amparo o del aparente amparo tabular los elementos distorsionantes de la relación jurídica inmobiliaria. El Registro debe publicar situaciones claras y no confundir

al menos avezado mediante la inscripción de derechos personales o pactos sin trascendencia real. Se inscribe, no se transcribe.

Y en base a esa anhelada claridad, vamos a continuación a intentar exponer, aunque sea sucintamente y dando por entendidos algunos conceptos previos sobre titularidad, las razones y sinrazones de este recurso.

## 1.º PRESUPUESTOS DE HECHO

### A) *Objeto: situación física y jurídica de la finca*

#### I. Situación física de la finca: parcelación

El propietario, o propietarios —comuneros—, de una finca urbana proceden a lo que se denomina vulgarmente su parcelación, segregando sucesivamente hasta 59 fincas independientes que vende —o venden— a distintos compradores en unión de una cuota indivisa de la finca matriz, destinada —ésta— a viales y zonas comunes a dichas parcelas en su integridad —58.808 metros cuadrados. En definitiva, cada comprador ha adquirido una parcela en pleno dominio, y una cuota sobre la finca matriz, que pasa a ser copropiedad de los mismos.

No conociendo, como no conocemos, la distribución física de las parcelas, cabe entender que cada nuevo propietario tiene acceso directo a su respectiva finca, bien sea por lindar con una calle o vía pública, bien sea por ser titular de una servidumbre legal o voluntaria de paso, sin que sea precisamente la finca matriz —pues no consta— la que facilita el acceso a las parcelas, haciendo posible el ejercicio de cada uno de los derechos dominicales, y creando una situación, al menos, de dependencia física. Y si no consta su vinculación física, menos aún la jurídica, sin perjuicio de que los comuneros de la finca resto —matriz— hayan destinado ésta y en la realidad quede ocupada por tales viales y zonas comunes. Vendieron una finca y una cuota sobre otra en todos los casos, pero ello sin limitación alguna —del recurso no se deduce— en cuanto a la adquisición y ulterior transmisión de las titularidades por separado.

Posteriormente, un comunero realiza una serie de obras en la finca resto, por cuenta y a cargo de la comunidad, en ejecución de sentencia. La comunidad no satisface la deuda, y se procede al embargo de la finca.

#### II. Situación jurídica sustantiva: propiedad y comunidad Régimen jurídico de la comunidad

De lo anterior se deduce que los presupuestos físicos de la finca y los actos realizados sobre la misma están imbuídos de juridicidad, siempre que la materialidad de la parcelación haya sido realizada por la persona idónea, persona capaz y propietaria, y que dicha materialidad tenga forma jurídica, como es lo que ocurre en cualquier caso —hechos físicos, hechos jurídicos—, al margen de la patología del Derecho.

En principio, partimos de la base de que la parcelación es una parcelación urbanística, que ha dado lugar a una urbanización privada, previas las licencias oportunas y con la cesión gratuita al Ayuntamiento de los terrenos correspondientes, conforme a los artículos 96, 52 y ss. de la Ley del Suelo. La parcelación, como dice GONZÁLEZ PÉREZ, es una actividad privada (1). En otro caso, si se trata

de una urbanización ilegal, quedaría fuera de nuestro alcance el discernir sobre la cesión obligatoria de los viales integrados en la finca resto, y su situación privada transitoria o no, sin entrar en la problemática de la política urbanística y el régimen de sanciones por infracciones de esta índole.

La urbanización es, en consecuencia, una urbanización privada, se han cedido los terrenos correspondientes, está dotada de su infraestructura urbanística propia —calles, jardines, escuelas, en su caso—, y está integrada por 59 fincas urbanas independientes, y sus propietarios respectivos, que, a su vez, forman una comunidad ordinaria como comuneros de la finca matriz, han destinado ésta a viales y superficies comunes, gozando así de una expansión natural de sus respectivas parcelas, sin haber derogado el régimen jurídico de ésta con limitaciones a la libre disponibilidad de las cuotas. Dicha comunidad se rige por el Código Civil, artículos 392 y ss.; la administración por el artículo 398, y en la medida que no se transgreda este precepto, por las reglas de funcionamiento interno que libremente entre los comuneros se pacten, tomando por base el principio de libertad de pactos —art. 1.255 del Cc—, limitadas, asimismo, por el contenido del restante articulado —pacto de indivisión, art. 400 del Cc, cosa esencialmente indivisible, art. 404, derecho de retracto, art. 1.522 Cc... En el presente caso, la comunidad, autodenominada Comunidad de Propietarios Zona Oriental de Dunas de Odiel, de Mazagón, se rige por unos Estatutos, lógicamente aprobados conforme al Cc por los comuneros, cuyo contenido desconocemos, a excepción del artículo 2.2, que otorga a la comunidad «...personalidad jurídica y plena capacidad de obrar en todos sus actos, pudiendo comparecer y actuar ante cualquier clase de Autoridades, Organismos y Tribunales...», y del artículo 3.1 que determina sus fines, entre ellos: «...la utilización y aplicación en beneficio común de la zona indivisa de la finca E..., a cuyo objeto tendrá las más amplias facultades en orden a su administración, permuta, enajenación, hipoteca o gravamen...». Los Estatutos son pactos personales entre los comuneros y a ellos vinculan, en la medida que no contengan pactos nulos, por ser contrarios a normas de derecho necesario, y no se revoquen por acuerdo posterior válidamente adoptado; no producen, en principio, efectos frente a terceros, y su posible trascendencia real, sólo derivaría de su inscribibilidad. Y éstos no están inscritos, ni parcial ni totalmente.

La comunidad, pues, se rige por el Cc, y en cuanto que sean jurídicamente admisibles por sus estatutos —régimen interno. Y habiendo sido requerida por el propietario de una finca integrada en la urbanización —no consta si, además era comunero de la finca resto— para que se realizasen las obras necesarias que le posibiliten acceder a un garaje de su propiedad, se negó a realizarlas, procediendo dicho propietario a demandarla en juicio, y en ejecución de sentencia a su favor, quedó facultado a realizarlas por sí mismo y a costa de la comunidad, cuyo importe justifica debidamente; y ante la negativa de la misma a satisfacerlo, reclama judicialmente, procediéndose contra ella mediante embargo judicial de la finca matriz.

### III. Situación jurídica-registral de la finca

La finca matriz, tras las segregaciones practicadas, «aparece inscrita en favor de personas designadas nominativamente sin que resulte de la inscripción ninguna conexión concreta de cada cuota con determinada propiedad de parcela segregada o de cuota de ella» (Resolución citada, inciso final del considerando

1.º). Así pues, la finca en cuestión, con independencia de ser una finca resto, se halla inscrita a favor de una comunidad de propietarios individuales, personas físicas o jurídicas, titulares de distintas cuotas ideales o indivisas; y en la inscripción no constan régimen jurídico especial aplicable a la misma, por lo que rigen las disposiciones del Cc y de la LH y su Reglamento. No existen inscritas limitaciones algunas, ni pactos especiales reguladores o estatutos. Se trata de una comunidad ordinaria.

## B) *Actuación registral*

### I Título presentado: mandamiento judicial

En el Registro de la Propiedad respectivo, se presenta un mandamiento judicial, dictado por la autoridad competente, ordenando la anotación preventiva de embargo de la finca matriz, en virtud de providencia de 24-7-86 y auto de 22-9-86, desestimatorio del recurso de reposición interpuesto por los titulares de dicha finca, siendo firme la providencia, y resolviéndose que debía proseguirse con la ejecución de sentencia en el mencionado auto. El mandamiento se dirige contra la Comunidad de Propietarios de la Zona Oriental Dunas de Odiel, a instancias del propietario de un garaje integrado en la urbanización antes referida, en virtud de sentencia condenatoria, y para asegurar el cobro de las obras realizadas por éste a costa de aquélla. La finca embargada aparece inscrita a favor de los diversos propietarios que integran la comunidad de bienes antes reseñada.

### II. Calificación: nota denegatoria

El mandamiento fue calificado por el Registrador con la siguiente nota: «Devolto hoy el precedente mandamiento, se DENIEGA la anotación preventiva de embargo ordenada en el mismo, por el defecto insubsanable de no haberse dirigido la demanda contra los titulares registrales de la finca embargada, y sí contra una comunidad de propietarios, que por carecer de personalidad jurídica, no tiene por sí titularidad dominical sobre dicha finca Artículo 20, párrafos 1.º y 38, párrafo tercero de la Ley Hipotecaria...»

### III. Informe del Registrador

Recurrida la nota de calificación en tiempo y forma, el Registrador emite el oportuno informe, fundamentando su actuación en lo siguiente:

1.ª La finca embargada es un resto de finca matriz, destinado a viales y superficies comunes de las fincas segregadas, sobre la que existe una comunidad de tipo romano por cuotas indivisas.

2.ª La Comunidad de Propietarios de la Zona Oriental de las Dunas de Odiel carece de personalidad jurídica, y sin perjuicio de que este tipo de comunidades se constituyan para defender los intereses particulares de los propietarios de una urbanización privada —dice en parcelas y chalets próximos para la defensa de intereses comunes—, a semejanza de la regulada en la LPH, es obvio que la comunidad de referencia no es titular dominical de la finca embargada, y la

pertenencia a la misma no es siquiera necesaria para ser copartícipe de la finca resto.

3.<sup>a</sup> Los Estatutos de la Comunidad, de los que se pretende extraer su personalidad jurídica —que no consta—, no han sido inscritos y, en consecuencia, no perjudica a terceros, careciendo de trascendencia el poder de disposición que aquella atribuyen. Opera el principio de fe pública registral en su aspecto negativo

4.<sup>a</sup> Si se embargase la finca, se producirían los siguientes efectos: *a)* Indefensión de los titulares registrales. *b)* Vulneración del principio de tracto sucesivo. *c)* Incongruencia al embargar un bien que no es propiedad de la parte condenada —arts. 921 LEC y 141 RH.

5.<sup>a</sup> La cuestión planteada la resuelven para un supuesto similar las Resoluciones de 27, 30-6 y 7-7-1986, para la comunidad en régimen de propiedad horizontal. Y en el precedente recurso deben aplicarse las normas del Código Civil, artículo 397, SSTSS 10-12-71, 18-3-72 y 31-1-73, entre otras. Los titulares registrales deben ser parte en la actuación judicial que da lugar al embargo.

(Como se verá el informe ha sido extractado.)

### C) *Recurso gubernativo*

#### I. Fundamentos de Derecho: informes preceptivos

La nota denegatoria del mandamiento fue objeto de recurso, dando lugar, como es preceptivo, al informe del Registrador antes reseñado, en base a las siguientes alegaciones del recurrente que presentamos esquemáticamente:

1.<sup>a</sup> Personalidad jurídica de la Comunidad: no es objeto de calificación, toda vez que su reconocimiento corresponde a órganos jurisdiccionales. Sin embargo, dicha Comunidad tiene capacidad jurídica y de obrar, en base al artículo 2.2 de sus Estatutos, y personalidad procesal, con arreglo a la doctrina científica y a la jurisprudencia del TS —STS 2-10-86—, sin perjuicio de considerar generalmente aceptada la falta de personalidad jurídica de las comunidades, tanto ordinarias como regidas por la LPH. Y es un hecho concluyente que la capacidad jurídica procesal ha venido siendo utilizada por la Comunidad en liza a lo largo de todo el pleito.

2.<sup>a</sup> Posibilidad de embargo de bienes comunes: la personalidad de la Comunidad ha de utilizarse también para el reconocimiento de una capacidad de representación en la administración de los bienes comunes, y si se admite ésta, también deben admitirse las consecuencias negativas de tal administración, ya que lo contrario sería una interpretación parcial. En otro caso, se incurriría en el absurdo jurídico de poder ser condenada pero no ejecutada por una sentencia —problema ya resuelto por las RR de 27 y 30-6- y 7-7-1986.

La cuestión se centra, pues, en si los bienes embargados son privativos o, por el contrario, comunes, y de acuerdo con la Resolución de junio citada son los llamados al control de los órganos colectivos, y para ello hay que acudir a varios indicios que así lo demuestran: *a)* La defensa de estos bienes ha sido siempre asumida dentro del proceso por la Comunidad. *b)* Los Estatutos de esta señalan como sus fines, artículo 3.1, la utilización y aplicación en beneficio común de dichos bienes. *c)* La zona común en la realidad física se encuentra sin deslindes individualizados, e incluso en circulares de la propia Comunidad se habla de las

parcelas que posea al final de la zona. *d)* En las notificaciones sobre ejercicio de derecho de adquisición preferente que concedió el Patrimonio Forestal del Estado, se diferencia claramente lo que es una parcela individualizada y edificable de la cuota pro indiviso en una finca no parcelada. *e)* El hecho de aparecer estas cuotas proindivisas en titularidades independientes es la lógica consecuencia de la falta de personalidad jurídica de la Comunidad, salvo en la citada personalidad procesal. *f)* En síntesis, se puede decir que sin perjuicio de la falta de titularidad registral de la Comunidad, el embargo sobre bienes propiedad de los comuneros, que son de origen, destino, uso y disposición de los órganos de la Comunidad, no sólo son embargables, sino también esta diligencia es anotable en el Registro de la Propiedad.

Por su parte, el Registrador informó de los términos que hemos visto, ateniéndose como es lógico al contenido del Registro. Y el Magistrado-juez, órgano que dictó el mandamiento, a la vista del informe del Registrador y de las alegaciones del recurrente, partiendo de la base de que la mencionada Comunidad carece de personalidad jurídica, no es titular registral del bien embargado, y que la anotación supondría la más absoluta indefensión de los titulares registrales, entiende que la denegación es acorde con los artículos 392 y ss. del Cc, 20-1 de la LH y 38-3 de la misma.

## II. Auto del Presidente de la Audiencia

El Presidente de la Audiencia Territorial, por su lado, confirmó la nota denegatoria, al no ser la Comunidad propietaria de los bienes embargados, y no haber sido parte en el procedimiento los titulares registrales ni habérselos notificado el embargo, provocando su indefensión y, en suma, la vulneración del principio de tracto sucesivo —arts. 20-1, 38-3 de LH y 140-1 y 141 del RH.

## III. Apelación del recurrente

El recurrente, ante el auto que dicta el Presidente de la Audiencia, apela a la Dirección General, manteniendo sus alegaciones, y añadiendo, como fundamento de su postura:

1.<sup>a</sup> Que la comunidad de bienes ante la que nos encontramos, se rige por los artículos 392 y ss. del Cc, salvo pactos o disposiciones especiales, como señala el artículo 392, párrafo 2.<sup>o</sup>

2.<sup>a</sup> Que la capacidad procesal de la comunidad se justifica por el contenido de sus Estatutos reguladores, al amparo del artículo 392-2.<sup>a</sup> citado, y, en la práctica, dicha capacidad le ha sido reconocida en múltiples ocasiones. Otra cosa sería ir contra la doctrina de los actos propios y el principio de buena fe. Teniendo además que considerarse dicha capacidad al procesal amparo de la STS de 2-10-86, y de las citadas RRDDGG, que nunca la ponen en duda; de la aplicación analógica de la LPH, y de la posibilidad de defensa o reclamación por parte de quien realizó los obras comunes en beneficio de todos los comuneros, y previa aprobación de ésta por los órganos estatutarios. Esto es, porque no parece que haya de ser demandado quien no haya contratado las obras ni se le aprecie participación directa en el asunto. Y, en definitiva, por la participación de la Comunidad en todo el procedimiento, sin que se haya excepcionado falta de legitimación pasiva o falta de personalidad de la Comunidad demandada.

3.<sup>a</sup> Si la Comunidad tiene capacidad procesal, lo consecuente es admitir la posibilidad de que pueda ser condenada y responder patrimonialmente con los bienes que pertenecen a los comuneros en régimen de comunidad.

4.<sup>a</sup> Que el informe registral insiste en la falta de personalidad jurídica de la Comunidad, cuando el mandamiento se dirige contra bienes comunes inscritos a nombre de los comuneros, por lo que se duda se pueda denegar en base a la carencia aludida y no discutida en el procedimiento. Que desconoce la relación de este asunto con el artículo 12 LPH y el artículo 397 del Cc, citados por el Registrador, y la aportación por éste de la sentencia y resoluciones por él alegadas, donde, sin dudar de la capacidad procesal, se admite hacer efectiva la sentencia actuando sobre los bienes comunes —Res. 27-6-86. Y, por último, que no hay indefensión de los titulares registrales, ya que estos mediante un acuerdo estatutario han nombrado a sus órganos de representación y quedan vinculados por el mismo, sin que interfiera la falta de inscripción de los Estatutos, pues no son terceros los comuneros; que no se vulnera el principio de tracto sucesivo, si se traba embargo contra titulares de cuotas inscritas y tampoco se cae en la incongruencia de embargar un bien que no es de la parte condenada, si la condenada procesalmente es la Comunidad, y los bienes que responden son comunes —en este sentido la Res. 27-6-86.

5.<sup>a</sup> Que el informe judicial obedece a un cambio de titular del Juzgado, ya que el juez anterior en el auto por el que rechaza el recurso interpuesto por la Comunidad alegando su carencia de personalidad jurídica, reconoció ésta en base a sus propios Estatutos.

6.<sup>a</sup> Que la interpretación registral es absurda y nos lleva a un camino sin salida.

7.<sup>a</sup> Se considera que una defectuosa interpretación jurídica puede desviar el sentido de la Ley; el considerando tercero de la citada Resolución 27-6-86, estimándose que en este caso la ejecución se persigue sobre bienes no ya que están a disposición de los órganos colectivos, sino que son incluso registralmente de la propia colectividad, mediante el único y lógico procedimiento de la asignación de las cuotas siendo evidente que al hablar de cuotas se está hablando de bienes comunes.

## 2.º RESOLUCIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

### A) *Normativa aplicable*

- Código Civil: Artículos 348, 349, 392 a 399 y 1.280.
- Ley Hipotecaria: Artículos 3 y 20.
- Ley de Propiedad Horizontal: Artículos 3, 9, 13 y 20.
- Resolución de 27-6-86: «Considerando que cuando por obligaciones contraídas se demanda y condena a una Comunidad de Propietarios, se demanda y condena realmente a los propietarios que la constituyen, puesto que la Comunidad en sí carece de personalidad jurídica; pero hay que tener en cuenta que la deuda que pueda establecer la sentencia es una deuda que sólo lo es de los propietarios a través de la Comunidad y únicamente se puede hacer efectiva sobre ellos de acuerdo con las peculiares normas que sobre gastos y deudas están contenidas en la Ley de Propiedad Horizontal. /Considerando que conforme a estas normas hay dos modos de hacer efectiva la sentencia de condena dictada contra la Comunidad: a) Actuando sobre los bienes comunes (dinero,

créditos) que estén a disposición de los órganos colectivos de la Comunidad demandada. b) Actuando sobre los bienes privativos de los mismos propietarios al ser obligación de cada propietario contribuir, con arreglo a la cuota de participación fijada en el título o a lo especialmente establecido, a los gastos y responsabilidades que no sean susceptibles de individualización, tal como establece el artículo 9, regla 5.ª, de la Ley de Propiedad Horizontal. /...cabía, sin duda, que el juez... ordenara el embargo del dinero líquido común... o la retención del saldo... en cuentas... o la entera retención de lo que... debieren como cuota de gastos comunes los copropietarios. /...no sucede lo mismo cuando se trata de ejecutar... sobre los pisos... a que la Comunidad se refiere, ya que en cuanto bienes privativos... no tienen sobre los mismos ningún poder directo los órganos colectivos... /Considerando, por tanto que cuando la Comunidad incurra en responsabilidad se necesita todavía un acuerdo de la Junta de Propietarios, debidamente convocada, por el que se determine el tiempo y forma de la contribución de cada uno y no cabe proceder judicialmente frente al propietario que no cumpla hasta... transcurrir quince días... Artículo 20 LPH y bien es cierto que la actuación de la Junta puede ser suplida judicialmente... los propietarios debían ser personalmente convocados y requeridos... artículo 20 LPH y artículo 100 del Reglamento... titular registral... parte con carácter personal y directo, en las actuaciones judiciales.

#### B) *Doctrina: La Comunidad ordinaria no tiene personalidad jurídica*

La doctrina que contiene la resolución de referencia, y sin insistir en lo adecuado de la terminología, ya que no se trata de pronunciamientos reiterados, puede resumirse en dos puntos:

1.º La calificación registral debe basarse en el contenido del Registro, y no constando inscritos en el mismo estatutos o pactos válidamente adoptados por los comuneros, la comunidad ordinaria se rige por el Cc, y, en consecuencia, el procedimiento judicial para hacer efectiva la responsabilidad patrimonial de éstos, mediante la traba y anotación preventiva del embargo decretado, debe dirigirse contra los titulares registrales, conforme a los artículos 20 de la LH y 140 de su Reglamento

2.º La comunidad ordinaria carece de personalidad jurídica y, por tanto, no basta dirigir la demanda contra ella, como entidad unitaria, sin hacerlo contra las personas, físicas o jurídicas, que la integran.

Estas dos conclusiones pueden extraerse del contenido del considerando cuarto en relación a la nota denegatoria y al auto apelado, que confirma. Y asimismo, destaca la necesidad de calificar la comunidad por su verdadera naturaleza jurídica, pues admite la existencia de comunidades atípicas, como la analógica de la comunidad en régimen de propiedad horizontal, con los problemas accesorios que pueden derivarse de la inscribibilidad de pactos personales reguladores de cada comunidad, que desnaturalizan o pueden llegar a desnaturalizar la comunidad ordinaria. Pero esto será objeto de estudio más adelante.

#### C) *Resolución*

Tomando por fundamento la normativa aplicable reseñada, y a la vista de una certificación registral de la finca resto y una copia de la escritura que

contiene los Estatutos de la Comunidad, la Dirección General resuelve considerando los siguientes presupuestos físicos y jurídicos:

1.º La finca resto, con una extensión de 58.908 metros cuadrados ocupados por viales y superficies comunes a las parcelas independientes segregadas, aparece inscrita en favor de personas designadas nominativamente sin que resulte de la inscripción ninguna CONEXION concreta de cada cuota con determinada propiedad de parcela segregada o cuota de ella. La finca se halla dividida en 121 cuotas ideales, muchas de las cuales pertenecen a varios cotitulares.

2.º En procedimiento contra la Comunidad, se embarga la finca resto, ordenándose la anotación preventiva de embargo en mandamiento judicial, que el Registrador deniega, fundándose en no haberse dirigido la demanda contra los titulares registrales, y sí contra una entidad carente de personalidad jurídica que no ostenta titularidad dominical sobre el bien embargado.

3.º El recurrente afirma que los cotitulares registrales del bien trabado han constituido una comunidad, cuyos Estatutos atribuyen personalidad jurídica a la misma, y, en consecuencia, plena capacidad de obrar, dotándola de capacidad procesal, debiendo practicarse la anotación, conforme a la Resolución 27-6-86, que dice que cuando por obligaciones contraídas se demanda y condena a una comunidad de propietarios, se condena y demanda realmente a los copropietarios que la integran, siendo esa sentencia directamente ejecutable sobre los bienes comunes que están a disposición de los órganos colectivos de la comunidad condenada.

4.º Sin embargo, de la inscripción registral no resulta que estemos ante un supuesto de comunidad en el que las cuotas sean inherentes e inseparables de la propiedad de las distintas parcelas, y no cabe, pues, la aplicación analógica —de momento— del régimen de propiedad horizontal, siendo aplicable a efectos de embargo, el régimen de la comunidad romana, que impide su anotación. No obstante, de los Estatutos invocados si resulta esa analogía, que no opera al no estar inscritos, y no podrán inscribirse hasta que conste el consentimiento unánime de los titulares registrales.

5.º No cabe pronunciamiento sobre la inscribibilidad de los Estatutos, y las consecuencias derivadas de su inscripción respecto de la anotación de embargo solicitada.

Se desestima el recurso.

#### D) *Comunidades atípicas*

Decíamos con anterioridad que el aspecto más interesante de esta resolución, a nuestro juicio, era lo que deja entrever y no resuelve. Es decir, la posibilidad de que el principio de libertad de pactos, al amparo de los artículos 392-2.º y 1.255 del Cc, llegue en nuestro Derecho a desarrollar nuevas figuras atípicas, al margen de la configuración de la comunidad romana que el Cc regula supletoriamente y de la comunidad en régimen de propiedad horizontal, aunque se aplique analógicamente como régimen jurídico dicha normativa de carácter imperativo, dentro de la configuración dada por el título constitutivo de la comunidad de régimen especial. Y nos preguntamos hasta qué punto la imperatividad estructural de determinadas normas del Cc, como el pacto de indivisión, puede enervarse, al tiempo que se busca amparo en la LPH, que rige con carácter obligatorio sobre una muy específica institución caracterizada por la yuxtaposición de titularidades inseparables, o si en otro caso, la aplicación de este régimen no conver-

tiría la comunidad atípica en una propiedad horizontal «tumbada», cuya singularidad se estrecha y cuya atipicidad se agranda, con la determinación de elementos comunes generales y de elementos comunes especiales. Y en el caso de las urbanizaciones privadas, constituidas por viviendas unifamiliares, con acceso directo a la vía pública o a ésta a través de un elemento común —el vial privado—, la cuota podría recaer no ya sobre el solar común —en el caso de que la propiedad de la parcela sea privativa íntegramente— sino sobre los elementos comunes —jardines, viales, abastecimientos de agua y energía eléctrica y solar resultante...— que posibilitan el ejercicio de la propiedad privada sobre el elemento privativo, vinculando inseparablemente ambas titularidades.

Se trataría de desarrollar el derecho con la debida seguridad jurídica, sin necesidad de crear figuras mixtas o intermedias, en base a la regulación local existente. Más adelante volveremos sobre ello.

### 3.º COMENTARIO

#### A) *Responsabilidad jurídica*

##### I. Personas físicas y personas jurídicas; régimen jurídico

Como es lógico, y teniendo en cuenta el objeto de este comentario, los conceptos generales a los que alude el sumario van a ser tratados muy brevemente, dejando a un lado su problemática doctrinal, y atendiendo brevemente a su desarrollo esquemático, como fundamento integrador de las conclusiones a que llegamos en el estudio de la resolución de referencia.

Extraídos de la lengua, expresión social del espíritu del hombre, el Derecho de contenido jurídico a los términos persona y personalidad, y no porque el ordenamiento —como apuntan DÍEZ-PICAZO y GULLÓN— (2) atribuya personalidad al hombre «sino que reconoce lo que por su misma naturaleza racional y libre le corresponde». «Se considera persona, pues —art. 10 de la Constitución española de 1978— al hombre en su traducción jurídica, revestido de lo que se llama su dignidad, y titular de unos derechos inviolables». El hombre es persona, y en cuanto titular o sujeto de derechos y obligaciones públicas y privadas, tiene personalidad jurídica o capacidad jurídica, y en la medida que esté dotado de «aptitud o idoneidad para realizar eficazmente actos jurídicos, o, en otros términos, la capacidad para adquirir y ejercitar derechos y asumir obligaciones» (2), tiene capacidad de obrar. Y conforme a los artículos 29 y ss. del Cc, «el nacimiento determinará la personalidad», dentro del ordenamiento jurídico-privado, dotando al hombre de capacidad jurídica y en tanto reúna los requisitos previstos por la norma, capacidad de obrar —edad, estado civil—. Pero no sólo el hombre, la persona física, tiene personalidad jurídica, sino una serie de entes —sociales— a los que el ordenamiento también se le atribuye («La persona jurídica ni se ve ni se toca; se nos presenta con los signos de una enteología jurídica») (3). La realidad social se impone, y a través de una ficción jurídica, se crea la persona jurídica, sujeto de derecho, dotada de una independencia y autonomía que la separan de las personas físicas que la integran: son agrupaciones humanas, sociales, con patrimonio —en principio— propio y autónomo que desarrollan sus fines dentro de su régimen jurídico específico. «El nacimiento —pues— determina la personalidad», el nacimiento de la persona jurídica, pública o privada, válidamente constituida.

La persona jurídica se caracteriza, según DE CASTRO (3) por las siguientes notas: 1. Propia e independiente capacidad jurídica y de obrar (arts. 38 Cc y 2 Lec). 2. Estructura artificial. 3. Finalidad u objeto lícito (art. 39 y 1.666 del Cc). 4 Los bienes de la persona jurídica constituyen un patrimonio personal, separado del patrimonio de cada uno de sus miembros o representantes. 5. Publicidad. Estos caracteres se aplican por igual a las personas jurídicas perfectas e imperfectas —obviamente la distinción y la problemática de la instrumentalidad del nombre y formas, a las que alude DE LOS MOZOS (4).

Como indican DIEZ-PICAZO y GULLÓN (2), nuestro Cc en su artículo 35 sólo considera —*numerus clausus*— persona jurídica: 1. Las corporaciones, asociaciones y fundaciones de interés público reconocidas por la ley. 2. Las asociaciones de interés particular, sean civiles, mercantiles o industriales, a las que la ley conceda la personalidad propia, independiente de la de cada uno de sus asociados. Y su capacidad se regula en el artículo 38 del citado Código. Es la ley, en definitiva, la que atribuye la personalidad, y no la voluntad de los particulares, ésta sólo dentro de aquélla. La persona jurídica —arts. 37 y 38 Cc— posee una completa capacidad jurídica, plena, aunque se extralimite a su fin (STS 5-11-59, citada por DIEZ-PICAZO y GULLÓN) (2).

Así pues, la concesión de la personalidad jurídica a una institución, como es la comunidad, no corresponde a los miembros que la integran, comuneros, sino al ordenamiento jurídico.

## II. Capacidad y legitimación: La legitimación procesal

Si la personalidad era un atributo o cualidad de la persona, y la capacidad jurídica la aptitud o idoneidad de ser sujeto de derecho, la capacidad de obrar plena habilitaba a la persona para actuar válidamente en derecho, y esa validez en la actuación provoca y refleja el concepto de legitimación —directa, indirecta y excepcional. Legitimación y capacidad de obrar se encuentran, así, hermanadas con independencia de los supuestos de capacidad de obrar menos plena, consecuencia de las distintas situaciones en que se pueden encontrar las personas. Y cuando la legitimación se refiere a la posibilidad de actuar ante los tribunales, se denomina legitimación procesal, activa o pasiva, según sea la situación jurídica del legitimado, de la persona, del sujeto de derecho —demandante o demandado.

De esta forma, dentro del campo de la capacidad y de la legitimación, surge el concepto de legitimación procesal, sea aquella directa, indirecta o excepcional —en virtud de la actuación en la esfera jurídica propia o ajena, con mandato representativo o sin él—. Y aún más, una entidad sin personalidad jurídica puede tener capacidad procesal. Es el caso de la comunidad de propietarios en régimen de propiedad horizontal (5). A veces, la realidad jurídica es tan compleja, que legislador legitima procesalmente a una entidad que no es persona jurídica. Su legitimidad surge por mandato imperativo de la norma, y no por voluntad de las personas físicas que la integran —son las llamadas personas jurídicas de capacidad limitada, de capacidad de obrar limitada de su órgano representativo, sin que por ello se le otorgue otra capacidad que la predeterminada legislativamente—. Esta situación crea confusión, pero la necesidad jurídica se impone. Crea confusión, pero no debe confundirnos.

### III. Legitimación procesal y titularidad de derechos

Esa legitimación procesal atribuida a un ente sin personalidad jurídica no convierte, evidentemente, a éste en sujeto de derecho y en titular de la relación jurídica. El efecto está tan delimitado que no trasciende a ese cuerpo social. En la comunidad, la titularidad la detentan los comuneros. Se habla de comunidad cuando el objeto de derecho pertenece a varias personas físicas y/o jurídicas. El objeto les pertenece en común, pero el conjunto de titulares, con independencia de su estructura administrativa, no se personifica con independencia de sus miembros. La comunidad no tiene capacidad de obrar plena, ni capacidad jurídica en sentido estricto. Lo actuado por los comuneros, en el marco de sus pactos personales y del Cc repercute en la comunidad, como la del representante en la del representado. Hablamos de comunidad en sentido lato. «La comunidad existe cuando un derecho corresponde en común a varios sujetos» (6). Según el artículo 392-1 del Cc: «Hay comunidad cuando la propiedad de una cosa o de un derecho pertenece *pro indiviso* a varias personas.»

El Tribunal Central de Trabajo, en sentencia de 4-11-1983 (7), afirma que «las comunidades de bienes, aún sin personalidad jurídica, tienen cualidad de empresarios y consecuentemente ha de reputárselas legitimadas pasivamente para aportar las acciones laborales que contra ellas deduzcan sus trabajadores, sin necesidad de que la acción vaya dirigida contra todos y cada uno de sus miembros» Y «a satisfacer las mismas necesidades prácticas se debería llegar con otra fundamentación dogmática, como, por ejemplo, la solidaridad pasiva», dice MIGUEL GONZÁLEZ (7). Así pues, la legitimación procesal y titularidad de derechos son conceptos jurídicos divergentes, sin perjuicio de los problemas prácticos que plantean las reclamaciones inmobiliarias contra las comunidades de bienes, al disociarse legitimación pasiva y titularidad, como pusimos de manifiesto en otro lugar (5), y la ficción jurídica que supone, al margen de lo procesal, la consideración fiscal y laboral —sujeto pasivo del impuesto y empresario (7, pág. 12) unitaria de las comunidades, justificadas en fundamentos metajurídicos.

#### B) *La cotitularidad*

##### I. La cotitularidad de derechos

Dentro de la teoría general del Derecho, nace el concepto de titular de la relación jurídica, tanto desde el aspecto activo —sujeto de derecho— como pasivo —obligado—, en la medida en que el vínculo jurídico que entraña la relación comporte la atribución de una facultad a una persona y de una obligación a otra —dar, hacer o no hacer—; surge, en definitiva, y desde el aspecto positivo y con independencia de la determinación del obligado, el titular del derecho subjetivo. Derecho subjetivo que en cuanto se atribuya a una pluralidad de personas —sujetos—, su titularidad compartida se denomina cotitularidad, término expresivo de esa atribución común y de su ejercicio y defensa conjunta.

La cotitularidad o pluralidad de sujetos en la relación jurídico-obligacional puede presentarse también en materia de relaciones jurídico-reales, como indica Díez-Picazo (8, pág. 111), aunque la identidad entre ambos fenómenos no sea absoluta. «Es posible, ante todo, una titularidad plural de los derechos reales: el derecho de propiedad sobre una cosa pertenece al tiempo a varias personas» —aspecto activo.

La cotitularidad, pues, dentro del campo de los derechos reales, puede recaer sobre cualesquiera de ellos: propiedad, usufructo, servidumbre, hipoteca..., dando lugar a distintas situaciones en cuanto son diversos los regímenes jurídicos aplicables a cada uno de ellos. Y esa cotitularidad, desde el punto de vista registral, hace necesaria la especificación de todos y cada uno de los cotitulares en el Registro de la Propiedad —cotitulares registrales—, nominativamente, sean personas físicas o jurídicas, ya que —como indica Díez-PICAZO (8, pág. 117)— «en nuestro Derecho Hipotecario, parece que no es posible realizar la inscripción... en favor de comunidades o de agrupaciones que no posean personalidad jurídica, en cuanto tales comunidades o agrupaciones... Y no es posible, en base a los principios de especialidad (9, pág. 553), publicidad, seguridad jurídica... que garanticen la eficacia de la institución con la claridad de su contenido. El titular registral debe ser una persona con capacidad jurídica, determinada o determinable. El titular y el cotitular, evidentemente (arts. 9-4 de la LH y 51-9 y 51-10 del RH).

## II. Cotitularidad y derecho de propiedad

En definitiva, la cotitularidad viene definida por la existencia de una pluralidad de sujetos en la relación jurídica, y desde el punto de vista activo de la relación —cotitularidad activa— determina quiénes están legitimados para el ejercicio del derecho objeto de la misma, es decir, quiénes son sujetos de derecho. La cotitularidad, entonces, parte de dos presupuestos: pluralidad, sujetos e identidad de objeto. Y dentro de la misma, se distingue entre titularidad compartida y cotitularidad, según sea el derecho atribuido a los distintos sujetos de diversa o idéntica naturaleza, restringiéndose el concepto de cotitularidad a aquellos supuestos en que la titularidad sobre el mismo objeto es cualitativamente idéntica. Así dentro del ámbito de las relaciones jurídico-reales, se habla de cotitularidad en el caso de la comunidad de bienes donde a cada comunero le corresponde un derecho igual sobre la cosa —identidad cualitativa— con independencia de la extensión de éste —diversidad o identidad cuantitativa, según la cuota sea la misma para cada comunero o no—, y de titularidad compartida en la desmembración o división del dominio, en los supuestos respectivos del usufructo y la nuda propiedad y del censo, donde la naturaleza del derecho de cada titular es diversa, a pesar de recaer sobre un único objeto.

### a) Identidad cualitativa e identidad de objeto

Como hemos visto, cuando el objeto de la relación es único y la titularidad se comparte de una forma cualitativamente idéntica sobre el mismo, con independencia de la cantidad o cuantía que corresponde a cada titular, y ese objeto no es otro que el derecho de propiedad, nace el concepto de comunidad. Ahora bien, hay que tener en cuenta que el objeto de la relación jurídica —objeto lícito, determinado o determinable, dentro del tráfico jurídico...— varía según la naturaleza de ésta, sea una obligación —dar, hacer, o no hacer— o un derecho real —inmediatividad y absolutividad— su contenido, y que la comunidad puede darse en el derecho de propiedad o en cualquier otro —usufructo, dominio directo, servidumbre...—, recayendo sobre bienes muebles e inmuebles.

Y cuando el dominio recae sobre un inmueble, no tiene por qué darse una

identidad entre el objeto físico en sí mismo considerado y el objeto jurídico, como ocurre con el derecho de superficie. Sólo el objeto jurídico debe ser idéntico, con independencia de la situación física de interdependencia que se produce al recaer derechos diversos y plenos sobre objetos distintos integrados en una única realidad física.

#### b) Diversidad cualitativa e identidad de objeto

Tiene lugar esta concurrencia, según vimos cuando los derechos son de distinta naturaleza —usufructo y nuda propiedad— y el objeto jurídico es el mismo, a diferencia de la situación que se produce cuando se separa el dominio —superficie— o los distintos aprovechamientos independientes de un finca pertenecen a distintos titulares —suelo y vuelo—, donde la identidad física del objeto se conjuga con la pluralidad de objetos de derecho, dando lugar a las denominadas comunidades *pro diviso*, cuya nomenclatura responde, quizá, a la idea tradicional de la indivisibilidad de las cosas materiales (12).

En cualquier caso, la cotitularidad del derecho de propiedad sobre inmuebles centra el objeto de este comentario, dejando a un lado otras cuestiones dogmáticas sobre los conceptos generales que preceden, reflejados siquiera como presupuestos jurídicos y prácticos de nuestras conclusiones.

#### C) *La comunidad de bienes*

«Existe comunidad, en sentido genérico, siempre que un derecho o conjunto de derechos están atribuidos a una pluralidad de sujetos, correspondiéndoles en común» (10), o más brevemente, «cuando un derecho corresponde en común a varios sujetos» (6). La doctrina —como vemos— hace hincapié en las dos notas apuntadas, identidad de objeto —derecho— y pluralidad de sujetos —con identidad cualitativa en la atribución, podríamos añadir. El Código Civil con cierta imprecisión terminológica [(10, pág. 448) (7, pág. 5) (8, pág. 757) (6, pág. 6)], define la comunidad en su artículo 392, párrafo 1, diciendo: «hay comunidad cuando la propiedad de una cosa o de un derecho pertenece *pro indiviso* a varias personas». Fórmula expresiva de la situación de comunidad con carácter general, sin aludir ni a su origen ni a la voluntad de los copropietarios (7, pág. 5), efecto que se produce al margen de ésta; y admitiendo con expresión desafortunada la comunidad de derechos, pasa a regular una especie de comunidad, la copropiedad, dejando fuera de su ámbito el género, sin perjuicio de disposiciones especiales —sociedad de gananciales, comunidades de pastos...

Esta formulación genérica que hace el Cc, a la par que regula una especie de comunidad —el condominio—, plantea sustancialmente tres cuestiones jurídicas: 1. Naturaleza jurídica de la comunidad. 2. Clases de comunidad. 3. Régimen jurídico de la comunidad.

Sobre la primera de ellas, se han formulado distintas teorías (8, págs. 763 y ss.), teorías de la interinidad, de la unificación del derecho de la propiedad, de la división y de la propiedad plúrima total, caracterizada ésta por entender que en la comunidad se ha de ver la concurrencia de varios derechos sobre toda la cosa, correspondiendo a cada comunero no ya una parte ideal en que se divide un único derecho, sino un derecho pleno en cuanto a su extensión, cualitativamente igual al derecho de propiedad exclusivo, limitado en cuanto a su ejercicio

por la existencia de los derechos de los demás, «lo que probablemente —indica Díez-PICAZO— origina la necesidad de una determinada organización en orden al ejercicio de las facultades que constituyen el contenido de cada uno de estos derechos». Teoría que, sin embargo, no convence a todos los autores. Así MIQUEL (7, pág. 10) entiende, a la luz de nuestro Derecho positivo, artículos 394, 398 y 995 del Cc, que el copropietario no tiene las mismas facultades que un propietario individual —«aunque reducidas, tiene facultades distintas»—, y que más bien se ajusta a la explicación clásica de la propiedad plúrima parcial (7, pág. 13). En cualquier caso, pues, parece claro que los derechos de los cotitulares, cualitativamente idénticos y cuantitativamente diversos o iguales, se encuentran recíprocamente condicionados en cuanto a su ejercicio, delimitándose facultades comunes e individuales, y obligaciones, asimismo, individuales y comunes. Figura jurídica, por su parte, autónoma, y distinta de otras instituciones afines y formas dudosas de comunidad (10, págs. 455 y ss.), tales como la sociedad, la medianería y los supuestos de dominio separado, dividido y desmembrado, carente por demás, de personalidad jurídica (7, pág. 11).

La segunda de las cuestiones planteadas —clases de comunidad— nos lleva a distinguir entre la comunidad romana (caracterizada según CASTÁN, por la pluralidad del sujeto, la unidad de objeto o indivisión material y la atribución de cuotas o división intelectual) (10, págs. 510 y ss.) o *pro indiviso*, la comunidad germánica o en mano común (o sin atribución de cuotas ideales). Caso de la sociedad de gananciales (6, pág. 15), la comunidad hereditaria (configurada, según ROCA, en nuestro Código como una comunidad romana: arts. 1.067, 1.965, 1.051, 1.700... Cc/STS 25-6-45. No obstante, son diferentes según el TS: 6, págs. 17 y 18), la comunidad de pastos y leñas (arts. 600-603 Cc, con la dificultad práctica de su distinción de la servidumbre de pastos: 10, pág. 466), y la impropia y *pro indiviso* (singularizada por la identidad de objeto físico y la diversidad de derechos atribuidos a distintos propietarios que sobre aquel recaen), sin entrar, por ahora, en comunidades atípicas o especiales, como la comunidad en régimen de propiedad horizontal, la comunidad funcional o la comunidad analógica de la propiedad horizontal, de la que trataremos con posterioridad.

Y finalmente, dentro de nuestro Derecho, el régimen jurídico de la comunidad, establecido en el párrafo 2 del artículo 392 del Cc con carácter general («A falta de contrato o de disposiciones especiales, se regirá la comunidad por las prescripciones de este Título»: arts. 393-406) plantea el problema de las fuentes legales y su jerarquía, resuelto por CASTÁN (10, pág. 450) entendiendo que rigen en primer lugar, el pacto o contrato cuando la comunidad tenga un origen voluntario, en segundo, las disposiciones especiales de la comunidad de que se trate, y, por último, las generales del Cc (arts. 393-406). Solución no exenta de matizaciones, en cuanto a la voluntad de los comuneros no puede derogar las normas imperativas que regulan específicamente cada especie de comunidad, bien sea una copropiedad, una sociedad de gananciales o una comunidad hereditaria... Lo que hace necesario en cada caso, previa calificación de la naturaleza jurídica de la institución y de la especie de comunidad en cuestión, determinar el régimen jurídico necesario y voluntario aplicable, excluyendo —en el caso del Registro de la Propiedad— los pactos nulos en las de origen voluntario o contractual.

Y todo ello nos lleva al punto fundamental del recurso que la resolución resuelve y plantea, esto es, ante qué tipo de comunidad nos encontramos, cuál es su régimen jurídico y qué eficacia hubiera tenido la inscripción de los Estatutos, y cómo responde de sus obligaciones.

Según el Registro de la Propiedad, debe tratarse de una comunidad ordinaria regulada por el Cc, artículos 393-406, ya que, a pesar de constar el destino de la finca resto —como una simple manifestación, sin eficacia jurídica alguna—, no existen puntos especiales inscritos que le otorguen otra naturaleza, ni siquiera vinculación jurídica alguna con las fincas segregadas —titularidad *ob rem*: Res. 3-9-1982—, siendo, en consecuencia, necesario dirigir la demanda, a efectos de practicarse la anotación preventiva de embargo, contra los titulares registrales —comuneros— por las siguientes razones: 1. La comunidad ordinaria no tiene personalidad jurídica [así lo entiende la doctrina y la jurisprudencia: STS 13-11-59, la comunidad carece «de personalidad jurídica independiente de los comuneros...» (6, pág. 21), STS 11-11-70, Res. 30-1-70... El art. 1.669 del Cc emite al régimen de la comunidad a las sociedades sin personalidad jurídica, luego —como dice MIQUEL (7, pág. 12)—, y a pesar del artículo 405 del Cc la comunidad carece de personalidad. El propio art 35 Cc antes aludido —*vid supra*— también a *sensu contrario* la excluye]. 2. La comunidad en régimen de propiedad horizontal dotada de una singularidad y estructura orgánica superior, tampoco (v. 5, pág. 1192). 3. La legitimidad procesal pasiva apreciada por el juez, por analogía con la comunidad en régimen de propiedad horizontal, no incide ni en la titularidad registral ni atribuye personalidad jurídica (v. 5, págs. 1192 y ss.). 4. La demanda de una comunidad denominada unitariamente, no implica la demanda de los comuneros (esta conclusión puede extraerse de la Res. de 27-6-1986, que por demás afirma la carencia de personalidad en la comunidad de propietarios —como veremos). 5. El principio de tutela judicial efectiva que consagra el artículo 24 de la Constitución exige la demanda del titular registral o, en su caso, la notificación personal en los términos que señala la STC de 20-4-1988 —más adelante tratada—, impidiendo su indefensión, tal y como dice el Auto del Presidente de la Audiencia en este recurso. 6. La naturaleza del crédito reclamado contra la comunidad, no supone la responsabilidad intertemporal del comunero al tiempo de la anotación de embargo. Es decir, la transmisión de una cuota no conlleva la de la responsabilidad del comunero deudor personalmente y, en consecuencia, no sería efectiva la garantía pretendida contra el nuevo titular registral, sin perjuicio de tener en cuenta la fecha del embargo no anotado conforme a la Resolución 6-9-1988. 7. Los estatutos no inscritos no producen efecto contra tercero, no obstante la problemática de su posible inscribibilidad, tal y como indica la Resolución comentada. 8. La comunidad no es el titular registral —ni puede serlo (art. 20 LH): principio de tracto sucesivo.

En consecuencia, y atendiendo a estas razones, vamos a dar paso al estudio del régimen necesario de la comunidad de bienes, destacando la existencia de comunidades especiales y atípicas, su responsabilidad, y la problemática del artículo 392-2 del Cc en relación a los pactos válidos e inscribibles. Tratamiento que justifica, a nuestro parecer, la tediosa exposición anterior.

## I. Comunidad ordinaria: comunidad romana y comunidad germánica

La comunidad de bienes que nuestro Cc regula, y a pesar de la rúbrica genérica del título que le dedica, según la doctrina imperante y la jurisprudencia, es la denominada comunidad romana o condominio, caracterizada, como vimos (10, pág. 450), por pertenecer la cosa a los comuneros o condóminos por cuotas o partes intelectuales *pro indiviso*, pudiendo cada uno de éstos disponer de su cuota e instar la división, a diferencia de la comunidad germánica o en mano

común, donde al no existir propiamente cuotas, no existe la posibilidad de disponer de ellas ni de instar la división (10, págs. 450 y 451). Como dice GARCÍA GRANERO (10, nota 1, pág. 451), «la comunidad germánica no excluye toda cuota-parte, sino solamente aquella que determina la división en porción separada e independiente».

No obstante, esta figura de la comunidad germánica no es extraña a nuestro Derecho. Así se reconoce su naturaleza en la sociedad de gananciales (RR 30-6-27, 12-12-35, 8-11-44...), en la comunidad matrimonial dentro de los derechos forales (10, pág. 454), en los aprovechamientos comunales de pastos y leñas, en la comunidad hereditaria (como indica CASTÁN, en base a la jurisprudencia registral: 10, pág. 454), y en la propiedad comunal, o incluso para DíEZ-PICAZO, en las sociedades sin personalidad (10, nota 1, pág. 454). Sin embargo, y a la vista de los pronunciamientos del Cc, dichas manifestaciones carecen de una regulación específica de carácter general, debiendo aplicarse sobre las construcciones doctrinales y jurisprudenciales, la normativa especial dictada para cada caso concreto, supliendo conforme a su naturaleza las insuficiencias que se advierten, y que han dado lugar a una interpretación contrastada. Tal es el caso de la sociedad de gananciales, donde el Cc establece normas reguladoras y la jurisprudencia perfila y da contenido a los supuestos no contemplados (Res. 2-2-1983).

Y si la comunidad germánica es excepcional en nuestro Derecho, la ubicación de una comunidad atípica dentro de su ámbito choca, cuando no responde a los moldes acuñados, con el régimen jurídico recogido en el apartado 2 del artículo 392. Por lo que, en principio, hemos de determinar su alcance e interpretación.

«No contiene el Código ningún precepto —destaca MIQUEL, 7, pág. 32— que regule la constitución de la comunidad y este silencio es muy significativo, porque, como se ha dicho acertadamente, no hay modos específicos de constitución de la comunidad de bienes, sino que lo serán los modos de adquisición de los derechos... consideración... especialmente importante, porque a veces por olvidarlo, se entiende equivocadamente..., la distinción sociedad-comunidad.» «Esta consideración elemental pone de relieve que no se puede hablar de contrato de comunidad, en el sentido de un contrato por el que nazca la comunidad...» (7, pág. 33). La comunidad nace, añade, por un contrato con un tercero, a diferencia de la sociedad, cuando varias compran o adquieren conjuntamente un bien, o una cuota-parte de un objeto. Y de esta forma, puntualiza que, en todo caso, es muy discutible que sea un contrato creador de una comunidad, regida en todo por las disposiciones de la comunidad, aunque el párrafo 2 del artículo 392 alude al origen contractual, ya que el contrato generador no está regulado por las disposiciones de la comunidad (sólo rigen a falta de contrato). Y si el contrato constitutivo establece que se regirá por estas reglas, nadie estaría obligado a permanecer en la comunidad, salvo el pacto de indivisión, con los límites establecidos. La comunidad es, pues, una situación que se produce cuando varias personas adquieren algo en común, aún sin voluntad específica de hacerlo. Por ello, la copropiedad es calificada de comunidad incidental y «la construcción de un contrato innominado de comunidad, como hace la Resolución de 16-5-1979, no puede ocultar que tal contrato no puede ser causa de la adquisición de la propiedad (copropiedad) si no expresa otro contenido que la voluntad de constituir una comunidad» (7, pág. 35).

De esta forma, en cualquier caso, si no existe contrato constitutivo de la comunidad y regulador de ésta o si el contrato se limita a sujetarse a las normas de copropiedad, y la comunidad es incidental en consecuencia, queda planteado el problema de las comunidades atípicas, establecidas en base a un contrato

innominado, y regidas por las normas en él contenidas, partiendo de la premisa equívoca del carácter dispositivo de los artículos 393-406 del Cc. Lo que nos lleva al punto de partida, esto es, al estudio de las fuentes.

El artículo 392-2, a pesar de su texto literal, no da cabida a una regulación contractual al margen del régimen que sigue, ya que establece una regulación general independiente del origen de la comunidad («La comunidad de bienes no produce diferentes efectos porque lo sean los títulos de donde proceda», argumentó la Comisión de Codificación al adoptar el texto vigente, rechazando la distinción que proponía un miembro: 7, pág. 53), y conforme al artículo 1.669, aunque el origen sea el contrato de sociedad, la comunidad que surge se regirá por dichas normas —arts. 393-406—. Es curioso, al hilo de este comentario, la remisión del artículo 1.669 del Cc a las normas de la comunidad, pues la asimilación se produce en el supuesto de sociedades sin personalidad jurídica (8, pág. 760). Y es difícil, asimismo, pensar en contratos de puesta en común de bienes que no sean de sociedad, fuera de los casos relacionados en el artículo 32 del Cc.

Además, y aunque admitiéndose la existencia de contratos innominados generadores de comunidades atípicas, sus disposiciones no podrían derogar en ningún momento las normas imperativas contenidas en el Cc, siempre que su naturaleza jurídica no revele que se trata de una comunidad especial con legislación propia, enervando el último inciso del párrafo 2 del artículo 392. Luego salvo este supuesto, la jerarquía normativa no será la que parece ser, sino que se aplicarán en primer lugar las reglas imperativas que el Cc establece, y en segundo término, los pactos establecidos por los interesados, surgiendo la necesidad de determinar cuales de aquellas reglas tienen tal carácter.

Para MIQUEL GONZÁLEZ (7, págs. 55 y ss.), son imperativas las normas contenidas en los artículos 398-3, 399, 400, 403 y 405, y dispositivas las restantes, resultando dudoso el carácter del artículo 396. Otros autores —MANRESA (7, nota 82, pág. 55), por ejemplo—, consideran igualmente imperativas las contenidas en los artículos 392 y 393, e incluso, para algunos la del artículo 395. Y delimita el ámbito de aplicación del título que el Cc destina a la comunidad de bienes —título III del libro III—, de esta forma: 1. Cuando la comunidad sea consecuencia de un contrato entre comuneros, por el que se obliguen a poner en común bienes, probablemente será un contrato de sociedad —objeto amplio—, y si no lo es, sus relaciones internas se regirán, por analogía, por las normas de la sociedad, en base a los artículos 392-2 *a contrario* y el 1.669 del Cc —otra cosa serán las relaciones externas. 2. Las relaciones externas, en el caso anterior se regirán por las reglas de la comunidad en el supuesto del artículo 1.669 del Cc. 3. En el supuesto de que no haya contrato, los pactos reguladores —no generadores— de la situación de comunidad regirán la comunidad en tanto no violen ningún precepto de derecho necesario. 4. Las disposiciones contenidas en el Cc son aplicables en general a las situaciones de comunidad, y, por tanto, supletorias de las especiales que rigen cada una de ellas. Esta supletoriedad sólo es posible cuando la especialidad lo admite y el legislador no ha regulado la materia por estarlo ya en el título de la comunidad.

Pasemos ya a realizar un breve análisis estructurado del contenido regulador de la comunidad de bienes en el Cc, destacando la naturaleza imperativa o dispositiva de sus normas:

Art. 392-1: Concepto de comunidad de bienes, naturaleza.

Art. 392-2: Ambito de aplicación.

El concepto de comunidad de bienes o derechos utilizado por el Cc, aparte de

la advertida imprecisión terminológica, contiene los dos elementos básicos definitorios de la misma: cotitularidad —identidad cualitativa— y objeto común —identidad de objeto jurídico.

DÍEZ-PICAZO (8, pág. 766), al establecer los principios jurídicos rectores de la comunidad (principios de autonomía de la voluntad, proporcionalidad, democrático de administración y libertad individual), señala en base al primero de ellos, que este artículo refleja que la ley fundamental de organización y disciplina de la comunidad —su estatuto— son los contratos, acuerdos y convenios entre los comuneros, afirmando el carácter dispositivo general de la regulación legal. En idéntico sentido, la Resolución de 18-5-1983 reconoce y declara, al amparo del artículo 392, la primacía del título constitutivo en orden a la regulación de las relaciones jurídicas comunitarias (inciso primero del séptimo considerando: 73, pág. 576).

BONET CORREA (11, págs. 139 y ss.), en su extracto jurisprudencial, recoge los pronunciamientos, entre otras, de las siguientes SSTs: S. 22-6-1892 (el condominio absoluto consiste en el libre goce de la cosa y sus frutos por todos los partícipes en proporción a sus respectivas participaciones, sin más limitación que el lograrlo del modo mejor y más equitativo, con exclusión del disfrute exclusivo de un condueño), S. 6-6-1894 (las participaciones no son realidades físicas, sino entidades matemáticas), S. 24-11-1913 (el art. 392 recoge el condominio de derechos), S. 28-4-1923 (todos los derechos derivados de la propiedad en su amplitud jurídica le corresponde a los comuneros por imperio de la ley), S. 28-2-1925 (la relación jurídica de condominio es idéntica a la que nace del dominio, y sólo a falta de contrato, rige el Cc), S. 6-10-1925 (las cuotas son ideales, cada partícipe goza de un derecho completo), S. 7-10-1927 (la comunidad tiene como elementos la unidad en el objeto y la pluralidad en el sujeto, siempre que permanezca en una integridad física sin distinción ni distribución material en varias partes; son sus fuentes, cuando nace por disposición de la ley, ésta, cuando nace del contrato, la voluntad de los contratantes, cuando la crea en el caso fortuito, las reglas de accesión...), S. 13-10-1927 (hasta las alteraciones ventajosas requieren el consentimiento de todos los partícipes conforme al art. 397), S. 21-11-1929 (comunidad: pluralidad de sujetos y unidad de objeto, sin faltar ningún elemento esencial del dominio), S. 24-5-1943 (libre transmisión de la participación), S. 23-11-1943 (derecho cualitativamente igual de cada partícipe), S. 12-6-1982 (la atribución de una plaza de garaje en propiedad exclusiva no elimina la situación de copropiedad sobre los elementos comunes). Como vemos existe sólido fundamento jurisprudencial para determinar los caracteres de condominio.

En cuanto a la naturaleza jurídica de la comunidad, resta indicar, aparte de lo dicho, que la STS de 23-5-1986 recoge la teoría de la propiedad plúrima total (derecho de dominio pleno en cuanto a su extensión, y limitado en su intensidad por la concurrencia de los demás) como la mejor fundada y acorde con nuestro ordenamiento jurídico. Y respecto al ámbito de aplicación de las normas recogidas en el Cc, baste añadir que cuando el origen contractual es un contrato de sociedad, no obstante la remisión del artículo 1.669 del Cc —para las sociedades sin personalidad— a las normas de la comunidad, la equiparación no es plena. Es decir, la sociedad cuyos pactos se mantengan ocultos entre los socios —sociedad irregular que reúna los requisitos formales establecidos por la ley—, se regirá en cuanto a las relaciones internas por lo pactado (SSTS de 5-7-1982 y 30-4-1986, ésta dice: «el art. 1.669 Cc no supone necesariamente que la falta de elementos formales se someta totalmente al régimen de la copropiedad»: 14, pág. 1177), y en cuanto a las externas por las reglas de la comunidad, lo que quizá resuelva el

supuesto planteado por el Seminario de Alicante sobre titularidad de los bienes de las sociedades civiles constituidas en documento privado (15, pág. 2187). Díez-PICAZO, asimismo, entiende que la equipación de ambas instituciones no es plena, y la aplicabilidad de las normas de la comunidad a la sociedad sin personalidad jurídica, es sólo una remisión al régimen jurídico (8, pág. 762).

Finalmente, en relación al carácter de la norma, la entendemos dispositiva (mientras no se contravenga el contenido necesario de la regulación legal, la voluntad privada rige la comunidad; y dispositiva precisamente por esta salvedad).

Art. 393-1: Principio de la proporcionalidad.

Art. 393-2: Presunción de igualdad.

MIQUEL (7, pág. 61) entiende que este precepto es dispositivo, en contra de la opinión de MANRESA, a diferencia de lo que ocurre en la sociedad, donde el reparto de ganancias es causa del contrato; si bien ese mayor beneficio obtenido sin proporcionalidad a la cuota de cada uno, debería traducirse en un derecho real de goce —por ejemplo, constituyendo un usufructo—, con la limitación, en el caso que se acuerde que uno de ellos soporte mayores cargas, de que éste lo consienta al adquirir la cuota (proporcionalidad, en suma, entre beneficios y cargas; imperatividad —127). A nuestro juicio, sin embargo, al margen del posible pacto derivado de ese carácter dispositivo, la lógica de la proporcionalidad en la realidad se impone, pues, la ponderación de las cualidades personales del comunero —justificación de la desproporción— suele hacerse en orden a la administración, causa de una remuneración superior y autónoma; y, únicamente, en el caso de la copropiedad dimanante del régimen de propiedad horizontal, donde a veces no se valora al fijar la cuota el uso exclusivo de un bien común —terrazas, patios de luces...— por la inocuidad o falta de posible aprovechamiento por el resto de los comuneros, aparecen situaciones de utilización desigual o no proporcional de la cosa común, sin desnaturalizarse ésta (STS 20-3-1984: «el uso exclusivo no altera el destino del elemento común —16, pág. 488). Pues, por ejemplo, en el caso del uso exclusivo de una casa existente en una finca común, puede obedecer a la contraprestación tácita de su conservación o vigilancia —la causa es siempre extraña a la situación de comunidad.

Por otro lado, observa MIQUEL (7, pág. 65), la tendencia jurisprudencial a imponer la responsabilidad solidaria de los comuneros en los casos de compra conjunta (SSTS 23-3-1950, 7-1-1970, 30-3-1973 y 2-6-1980), fuera de la proporcionalidad resultante de la titularidad de la cuota. Ello habrá de entenderse, sin duda, sin perjuicio del derecho de repetir contra los demás por parte del comunero que satisfaga la reclamación (de lo que deberían responder especialmente las cuotas del resto de los copartícipes).

La presunción de igualdad de las cuotas, artículo 393-2, no obsta para que registralmente sea precisa su determinación, a efectos del principio de especialidad y conforme al artículo 54-1 del RH. Así lo tiene declarado la DG en Resolución de 29-10-1906 (128).

Art. 394: Uso por los copartícipes según destino.

Este artículo, aunque, en principio, algunos autores —así MIQUEL (7, pág. 76)— lo consideran dispositivo, encierra en sí mismo un contenido inderogable, consustancial a la existencia misma de la comunidad, latente en la teoría de la comunidad pluríma total: el derecho al uso concurrente de la cosa común según su destino y el derecho individual de cada comunero a la defensa de la misma. Es difícil de imaginar que el titular de una cuota quede excluido por un pacto unánime del uso y aprovechamiento perpetuo de la cosa común o que renuncie

a su facultad de ejercitar acciones en interés de la comunidad —renuncia anticipada de derechos: nula. Tal exclusión o autoexclusión —ya que se requiere unanimidad— carece de causa, salvo que en el caso del uso, se tratase de una disposición a título gratuito sin otro sentido —pues renuncia al beneficio, y no puede renunciar a la carga, art. 395— que la mera liberalidad sin renunciar al uso y a los beneficios, entendiéndolo aquel como integrado en estos.

La naturaleza ideal de la cuota se manifiesta precisamente en lo que denomina MIQUEL (7, pág. 71) uso solidario, esto es, la facultad de cada condueño a usar de toda la cosa, con la limitación de la concurrencia, reflejo del dominio del copropietario (derecho de señorear la cosa). Y junto a la limitación consustancial al derecho de cada uno, que es el derecho de los demás, se admiten pactos delimitativos del uso, que en cuanto sean de carácter permanente y más allá de la administración, se requerirá el acuerdo unánime (7, pág. 77), si bien la doctrina admite el acuerdo por mayoría para el establecimiento del arrendamiento de la cosa común (derecho personal y temporal, salvo los regulados por leyes especiales, para los que considero necesario el poder de disposición que sólo nace de la unanimidad). En este sentido, la STS 15-11-1986 (17, pág. 1892) declara que para constituir una servidumbre sobre un elemento común se requiere acuerdo unánime de los condueños, conforme a los artículos 394, 396 del Cc y 10-1, 11 y 16 LPH (sobre coposesión, ver HERNÁNDEZ-GIL: 7, pág. 77, nota 15).

Idénticas o mayores son las dificultades que surgen ante un pacto que excluya a uno o a todos los comuneros del ejercicio individual de acciones en defensa de la comunidad (STS de 18-2-1972, recogida por BONET —10, pág. 150— o las de 31-1-1973, 14-3-1978, 7-2-1981 y 15-6-1982, citadas por MIQUEL —7, pág. 81—), siendo anómala la legitimación procesal activa de la propia comunidad al carecer de personalidad jurídica (caso de la Res. comentada), y la intervención de uno en nombre de todos especialmente facultado no va más allá del simple apoderamiento (para el caso del requerimiento al comprador, si requiere que lo realicen todos los comuneros —STS de 6-2-1984, 11, pág. 151) (v. STS de 28-5-1986, 21, pág. 1863).

Art. 395. Obligación a contribuir a los gastos de conservación de la cosa o derecho común. Deber inexcusable, salvo renuncia a la cuota.

Parece clara la imposibilidad de excluir de estos gastos a un comunero por pacto o, al menos, la autoexclusión, ya que si los demás comuneros quisieran excluir con causas de los gastos a un comunero, esta exclusión no sería total, afectando únicamente a los derivados de la utilización de la cosa común, no de la propia conservación de ella. De esta forma, la STS de 2-10-1986 (14, pág. 1219) reconoce la obligación de los propietarios de los locales de negocio de contribuir a la sustitución del ascensor que no utilizan, estando excluidos de contribuir al sostenimiento por los Estatutos (sostenimiento sí, sustitución no). En definitiva, se puede modalizar la contribución, aunque no excluirla totalmente.

Y en este punto, cabe hablar de la responsabilidad frente a terceros de los comuneros por impago de los créditos contraídos, excluida la legitimación procesal pasiva de la propia comunidad, por idénticas razones que la activa, y sin afectar ello a la titularidad (sobre legitimación procesal activa y titularidad de derechos en un supuesto de propiedad horizontal, puede verse el trabajo recogido en la nota 5). El Tribunal Constitucional, en S. de 20-4-1988 (18, pág. 1683), resuelve que, demandados en juicio diversos copropietarios de una finca (se dirigió la demanda contra algunos comuneros nominativamente «y además» contra otros comuneros cuya identidad no se refleja —por desconocerla los actores—, a pesar de que se acompaña aquella de certificación registral que

recoge a todos los cotitulares con expresión de su domicilio —al menos si constaba el del recurrente, el resto no lo aclara), es necesaria la citación personal del titular registral, cuyo domicilio consta en la certificación registral aportada por la actora, no siendo suficientes la citación por edictos, conforme a los artículos 264, 266 y 268 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y la doctrina del propio Tribunal (la notificación debe ser personal siempre que se pueda, art. 269 de la citada Ley), en virtud del principio constitucional de tutela judicial efectiva (art. 24 de la Constitución), evitando la indefensión del demandado. Y si no puede demandarse a varios comuneros cuyos domicilios constan genéricamente, menos aún cabría demandar a una comunidad sin más.

Respecto a la comunidad de propietarios en régimen de propiedad horizontal, las Resoluciones de 1-9-1981, 27-6 y 30-6-1986 y 7-7-1986, destacan la falta de personalidad jurídica de la comunidad de propietarios, y a las tres últimas, al margen de la legitimación procesal, señalan la necesidad de demandar a los titulares registrales de los elementos privativos para hacer efectiva la responsabilidad contraída por la misma, dado el carácter inseparable de éstos y de los elementos comunes. Y la Resolución de 27-6-1986, si bien admite que si se demanda a la comunidad por sus deudas, se demanda a los propietarios que la constituyen, delimita los bienes sobre los que se puede hacer efectiva la ejecución; o sobre los bienes comunes, dinero y créditos (no inmuebles, ya que carece de carácter de titular registral, y los elementos comunes están indisolublemente unidos a los privativos —para perseguir a los comunes debe hacerse a través de los privativos), o sobre los privativos, previo acuerdo de la Junta por la que se determine la forma y tiempo de la contribución adeudada por cada uno, o acuerdo judicial supletorio, debiendo ser convocados y requeridos personalmente los propietarios titulares registrales, conforme al artículo 20 LH. A diferencia de lo que sostiene el recurrente en la Resolución objeto de este comentario, los bienes comunes a disposición de la comunidad son sólo muebles, ya que en otro caso aparecerían a nombre de los comuneros al tiempo de la adquisición y no de la comunidad y nunca serían los elementos comunes inmobiliarios (no cabría respecto del ascensor, por ejemplo, u otros objetos inmuebles, art. 334 Cc). Y además para reclamar sobre los elementos privativos, se necesita el acuerdo de referencia, porque se trata de un derecho de crédito que se quiere hacer efectivo, debiendo determinarse, fuera del artículo 9 LPH, quien es el obligado al tiempo que se contrajo —puede ser distinto del actual propietario. La Resolución de 27-6-1986 se refiere a la naturaleza de la deuda en estos términos: «...la obligación de cada copropietario de contribuir a satisfacer la obligación establecida en la sentencia no surge entre él y el acreedor sino mediatamente a través de la comunidad, y esta obligación es una coligación *propter rem*, es decir, incumbe a quien sea propietario del piso o local cuando tal obligación de contribuir vence según el acuerdo de la Junta determinando el tiempo y forma de su cumplimiento art. 20 LPH y STS de 6-6-1968 ...siempre quedan a salvo las repercusiones que por razón del pago puedan proceder entre antiguo y nuevo dueño...» (19, pág. 1704).

La responsabilidad del comunero frente al acreedor y por razón de los gastos de conservación de la cosa común, al margen de los pactos o acuerdos válidamente adoptados, surge en todo caso, tanto participe o no en los beneficios, utilidades o gastos de mantenimiento. Y responde con su cuota en la cosa común, en principio y sin perjuicio de la responsabilidad personal que corresponda, ya que es deudor a través de la comunidad, pudiendo el comunero que adelante el importe de las reparaciones necesarias en la cosa o en los gastos de conservación,

en general, reclamar de los otros condueños las expensas indispensables hechas (STS de 3-7-1929, 11, pág. 152). La posibilidad de repetir contra los demás comuneros parece inevitable, por parte del comunero, contra todos y cada uno de ellos, y por parte del acreedor de la comunidad, también, aunque siempre debe demandarse y condenarse a estos en los términos expresados (ver Res. de 8-3-1950, 20, pág. 217).

Art. 396: Propiedad horizontal (será objeto de análisis en otro punto del sumario).

Art. 397: Principio de inalterabilidad individual de la cosa común.

Consecuencia de la limitación intrínseca derivada de la concurrencia de varios sujetos en la titularidad de una cosa, el Cc recoge en este precepto la imposibilidad de que un comunero sin concurso de los demás pueda alterar el bien común, aunque se trate de alteraciones ventajosas (11, págs. 168 y 169; SSTS de 25-9-1896, «el art. 397 prohíbe en absoluto hacer alteraciones... sin el consentimiento de todos los partícipes»; 13-10-1927, «hasta las alteraciones ventajosas requieren el consentimiento de todos...»; 24-1-1966, «mientras los actos de administración se refieren al aprovechamiento y son —sus— resultados transitorios, las alteraciones... art. 397 son de resultado permanente y afectan a la sustancia o forma de la cosa... la doctrina del Tribunal Supremo tiene reiteradamente establecido que el arrendamiento es un acto de administración»; 5-4-1968, «el ejercicio de acciones no constituye alteración»; 12-5-1972, «...arrendamiento... en algunos casos por la naturaleza de las cosas a que se contraiga, rebasa... los límites de la mera administración...»; 31-1-1973, «...no podrá llevar a cabo actos dispositivos si no media el consentimiento unánime... ni... de mera administración —sin— ...que sean decididos por la mayoría...»; 14-6-1976, «...unanimidad... por acto que afectaba al *ius disponiendi*...»; 23-6-1976, «unanimidad para vender»; 13-3 y 10-4-1981, «la atribución de uso común... a uno solo... requiere el consentimiento de todos...»; 30-6, 3-11 y 23-12-1982, obras que alteren la configuración de las cosas necesitan unanimidad; 8-11-1983, la venta requiere unanimidad, así también la de 6-2-1984 y la de 9-12-85). La línea divisoria entre la autonomía de la voluntad y el derecho necesario viene dada por la naturaleza del acto, bien sea de mera administración —mayoría—, bien sea de disposición —unanimidad—; y como quiera que este artículo se refiere a los actos de disposición, debemos entenderlo como imperativo, toda vez que el acuerdo unánime consistiendo en la realización de actos de disposición por un comunero o un tercero no es más que un apoderamiento, como reconoce la STS de 19-11-1982 (11, pág. 174). Y el apoderamiento es, en principio, revocable, aunque se incorpore al estatuto orgánico de la comunidad, como lo prueba la necesidad de prestar su conformidad el nuevo adquirente de una cuota (v. STS de 28-5-1986, 14, pág. 1180; v. Comentario de AMORÓS a la Res. de 7-4-1970, 22, págs. 204 y ss.), y la imperatividad que nace de la LPH, al exigir el artículo 8 la aprobación de la Junta de Propietarios —unanimidad— para la división de un elemento privativo, no obstante la jurisprudencia contradictoria en esta materia sobre la validez del pacto estatutario inscrito que permite al propietario realizar la división y redistribuir la cuota originaria en base al criterio legal de proporcionalidad, siempre que no se altere o afecte la cosa común (2, pág. 258; 7, pág. 250; según veremos), en un supuesto, este de la propiedad horizontal, mejor estructurado organizativamente por la Ley, con las limitaciones que comporta su régimen necesario. Es decir, si en la LPH hay trabas, al entender el legislador que el funcionamiento de la comunidad no puede quedar al arbitrio de los propietarios, más aún en la comunidad ordinaria que pretenda la finalidad de ésta sin someterse a su régimen —nos referi-

mos a las comunidades analógicas, resultantes, sobre todo, de las urbanizaciones privadas.

Finalmente, sólo indicar que sobre la posible revocación del apoderamiento dado, tanto se realice en los propios estatutos o en pacto separado, se ha pronunciado afirmativamente la DG con ocasión de la Resolución de 7-4-1970 (22, pág. 197, y 23, pág. 1772). La prohibición de esta facultad característica del poderdante, o lo que es lo mismo, la atribución de la naturaleza irrevocable al poder, sin concurso de todos los comuneros, sería nula, o al menos, inoperante, puesto que el copartícipe puede instar la nulidad del pacto ante los Tribunales, sin entrar por ahora en la posible vulneración del artículo 20 de la Ley de Defensa de los Consumidores que se produciría respecto del adquirente de una cuota de la comunidad regida por ese pacto —contrato de adhesión.

Art. 398: Principio de administración democrática proporcional a las cuotas.

La comunidad se rige por el principio de mayoría simple en cuanto a los actos de mera administración y disfrute, y por el de unanimidad en lo referente a los de disposición —como hemos visto. El problema surge respecto de aquellos actos que presentan una naturaleza mixta o heterogénea, o que por la incidencia de normas imperativas de índole social o política han ido desnaturalizándose. Así, en este punto, el acto más problemático es el arrendamiento considerado por la jurisprudencia acto de administración, siempre que su plazo no tienda a perpetuarse (STS de 10-3-1905, 1-7-1909, 9-6-1913, 24-1-1941, 31-1-1960 y 6-10-1970; 11, pág. 172; se refieren a los arrendamientos inscribibles que se celebran por un plazo superior a seis años, que rebasan la mera administración).

La mayoría se establece por razón de la participación en la cosa común, y no por el número de comuneros, límite, a nuestro juicio, imperativo, o cuya transgresión requiere, al menos, la anuencia de los perjudicados, que cuentan que en todo caso que la posibilidad que le brinda el párrafo 3 (norma imperativa, según MIQUEL: 7, págs. 55 y ss.), garantía establecida por la ley en favor de lo copropietarios (STS de 4-4-1963: 11, pág. 173).

La unanimidad en la comunidad sólo se logra en el concurso de todos los partícipes, a diferencia de lo que ocurre en el régimen de propiedad horizontal, donde cabe la llamada unanimidad tácita (MIQUEL, 7, pág. 333), conforme al artículo 16-1 LPH, si bien con la salvedad de que, en caso de litigio, sólo se logra cuando concurren a él, personalmente o representados, todos los propietarios, ya lo sean como demandantes o como demandados, discutiendo la reforma del título constitutivo, que, en su caso, ha de sancionar el órgano jurisdiccional (STS de 9-4-1984, 16, pág. 491: la comunidad de propietarios pretendía que se declarase elemento común un elemento privativo destinado, con anterioridad a la división horizontal, a portería por el propietario único del edificio).

Estos presupuestos plantean el problema de la validez de los pactos que se establezcan sobre la administración. MIQUEL GONZÁLEZ (7, págs. 420 y 421), distingue dos tipos de pactos: 1. Pactos que afectan al contenido del derecho: unanimidad (por ejemplo: pactos por el que los acuerdos de administración requieran unanimidad, o de exclusión del derecho de voto de un copartícipe, o de un sometimiento a un arbitraje de las cuestiones que suscite la administración). 2. Pactos que afectan a la modalidad de la administración: mayoría (por ejemplo: la necesidad de convocar a los partícipes; nombramiento de administrador...). Los pactos que afectan al contenido producirán efecto frente al tercer adquirente, si constan inscritos.

La STS de 12-12-1983 (16, pág. 507), destaca que el artículo 398 no exige la

constitución de la junta comunitaria para tomar acuerdos sobre administración y disfrute de la cosa común, bastando la voluntad de la mayoría.

Art. 399: Principio de la libre disponibilidad de la cuota.

Siendo los condueños propietarios de la cosa común (1, pág. 174; SSTs de 4-2-1957, 23-6-1976 y 26-2-1982), y estando ésta distribuida entre aquéllos por cuotas ideales, la ley permite la libre disposición de la cuota o participación por parte del comunero titular como un derecho sustantivo del partícipe, conformador del condominio, con carácter imperativo (7, págs. 55 y ss.), admitiendo, claro está, los apoderamientos pactados entre todos los copropietarios sobre disposición de la parte individual (STS de 19-11-1982, 11, pág. 174), como propios del tráfico jurídico.

El adquirente de la cuota —indica MIQUEL: 7, pág. 435— únicamente se verá afectado por los pactos inscritos de alcance real, y no por las obligaciones contraídas por el transmitente, que necesitarían del pacto de asunción de deuda con los acreedores, y por los pactos que impliquen prohibición de disponer con eficacia real entre los comuneros —7, pág. 437— salvo lo relativo a derechos personales excluidos del ámbito del artículo 399 —uso, habitación, o en el caso de la sociedad irregular; cuando la cualidad personal determine la condición de socio (7, págs. 437 y 438), donde el alcance lo establece la propia norma.

El artículo 1.522 del Cc establece el retracto de comuneros para el caso de enajenarse una cuota a un extraño, siendo dudosa la validez del pacto entre comuneros renunciando al retracto con la única base del artículo 1.255 del Cc (2, pág. 89; 13, pág. 518; 6, pág. 35); renuncia anticipada de derechos, por demás. Dicho retracto tiene lugar aunque el edificio sobre el que recae la comunidad se divida horizontalmente, como declara la STS de 13-5-1988 (24). La situación de comunidad subsiste mientras no se extinga por cauce legal, y es insuficiente la adjudicación en pleno dominio de elementos privativos a cada condominio, al no admitirse la extensión tácita de la comunidad (STS de 2-4-1971; 25) (129).

Art. 400: Principio de divisibilidad de la cosa común.

Con carácter absoluto, imprescriptible e irrenunciable, se configura la facultad de comunero para instar la división que regula el artículo 400, transido de la concepción romana de condominio, con imperatividad declarada por la doctrina y por la jurisprudencia (MIQUEL, págs. 438 y ss., BONET, págs. 175 y ss.; 7 y 11), desde la Ley 3 del título 5 partida 5 (que trae a colación la STS de 30-11-1979, —11, pág. 177—, y dice: «...si uno de dos señores quisiere libertar al siervo común, puede comprar la parte del otro, aunque —éste— no quiera, dándole el justo precio...»); según el extracto de que dispongo —26, pág. 27— la Ley 55, por su parte dispone: «El que tenga cosa común con otro puede vender su parte a cualquiera de ellos; y también al extraño, antes de comenzar en juicio el pleito de su participación, pero no después sin asenso de sus compañeros; y vendida al extraño, debe preferirse por el tanto cualquiera de aquellos», en consonancia con los artículos 399 y 1.522 del Cc —26, pág. 54) hasta la STS de 9-10-1986 (17, pág. 1885) que reconoce la imperatividad de los artículos 400 y 404, pasando por la de 15-2-1900 (11, pág. 175), y la de 28-11-1957 (7, pág. 444).

La acción de división solamente encuentra excepciones en las comunidades especiales, como la propiedad horizontal, la comunidad funcional de la multipropiedad «Los Estatutos de inmuebles en régimen de multipropiedad contienen precisamente una renuncia a la acción de división de modo perpetuo e irrevocable, además de la afirmación de que su ejercicio constituiría un evidente abuso de derecho —PAU PEDRÓN—...» (7, pág. 445).

La imprescriptibilidad deriva del artículo 1.965 del Cc, el carácter absoluto e

irrenunciable del 400, con las limitaciones que establecen su párrafo final —pacto de indivisión— y el propio artículo 401, además de la posible aplicación analógica del artículo 1.705 del Cc —«buena fe en tiempo oportuno»— que apuntó Díez-Picazo (8, pág. 775) en cuanto a la buena fe, y directamente aplicable por imperativo del artículo 7, según Miquel (7, pág. 458: «hace innecesario recurrir a la aplicación analógica del art. 1.705»); «tiempo inoportuno, en sentido objetivo, no hay en la comunidad, o es irrelevante; tiempo contrario a la buena fe, si es relevante», pág. 458).

Miquel (7, págs. 459 y ss.) se plantea el problema de si el pacto de indivisión convierte a la comunidad en otra figura, al partirse de la base de que el origen de la comunidad ha de ser incidental, haciendo tránsito precisamente a la sociedad; sin embargo, el pacto de indivisión no es equiparable a un contrato de sociedad, al no ser causa de atribuciones patrimoniales (pág. 460). Y añade (pág. 461) que dicho pacto puede tener eficacia real, si en él se excluye el derecho a pedir la división durante su vigencia, y que producirá efectos contra tercero si se inscribe el Registro de la Propiedad.

Lo que no está del todo claro es que la comunidad regulada por el Cc sea siempre incidental, ya que, a pesar de ser conforme aquélla como una situación transitoria, por razón de su origen la situación puede producirse por voluntad de los copartícipes, como ocurre en los supuestos de adquisición de bienes en común, o de adjudicación de bienes pro indiviso en la partición de la herencia, donde la comunidad se presenta como querida por los comuneros, dotándola de una cierta permanencia —si se conjuga con el pacto de indivisión— y más cuando el bien adquiriendo o adjudicado es sustancialmente indivisible (STS de 13-12-1986, 14, págs. 1266 y ss., es la adjudicación en virtud de la partición, y no la simple aceptación, la que convierte la comunidad hereditaria en ordinaria: voluntad de constitución de una comunidad. STS de 14-4-1986 —14, pág. 1176—, todos los herederos pueden disponer de un bien sin hacer la partición, entendiéndose el bien adjudicado pro indiviso —comunidad incidental.)

Respecto a las prohibiciones de disponer y de dividir impuestas por el donante o testador —a título gratuito— que son válidas siempre que no transgredan el artículo 781 del Cc al margen del artículo 400-2 (7, pág. 466), y advertir que la prohibición de dividir no comporta la de transmitir (7, pág. 463).

Finalmente, cabe señalar la validez e inscribibilidad de los pactos relativos al modo de practicar la división, concretamente aquel que establece que la división sólo podrá efectuarse por la división material, precisando las partes en que se divide (Res. de 18-4-1981: de la inscribibilidad derivará su eficacia frente al tercer adquirente —17, pág. 466) (130).

Art. 401: Indivisibilidad de la cosa. Acción de división horizontal.

La indivisibilidad a que se refiere este artículo es la indivisibilidad material, situación objetiva apreciable por los Tribunales, que deriva del uso para que se destina la cosa común, situación cambiante a lo largo del tiempo y conforme con la propia naturaleza de la cosa, según la finalidad económica que se persiga. Esto es, si se trata de una finca rústica, la indivisibilidad puede surgir de la naturaleza del aprovechamiento o explotación que en ella se realiza, si de la división resulta un perjuicio económico para la comunidad, obligando al cambio de cultivo o explotación con evidente detrimento para los intereses comunes, como los resultantes de la no amortización de la inversión realizada, cuando el destino es transitoriamente permanente —permanente y no perpetuo, en tanto las circunstancias económicas generales lo permitan. Sin embargo, también puede darse el caso de que una finca urbana sostenga un destino no acorde con su naturaleza

—huerto—, y que la división sea aconsejable y el cambio de destino sea precisamente necesario. Como vemos, la indivisibilidad es una cuestión de hecho, y así el TS declara que para «llegar a la disolución de la comunidad, por la venta de la cosa y reparto del precio, es indispensable que concurren las dos circunstancias de indivisibilidad o peligro de gran desmerecimiento de la cosa y no haberse logrado el convenio para su distribución, y que la determinación de la inservibilidad o indivisibilidad de la cosa... habrá de ser apreciada, en cada caso, por el Tribunal sentenciador» (SSTS de 28-11-1957, 28-12-1928, 30-5-1933 y 18-1-1968, entre otras; 10, pág. 524; y dentro de la jurisprudencia más reciente, STS de 9-2-1983: pág. 179).

El párrafo 2 del artículo 401 contiene la que podríamos llamar acción de división horizontal, para los edificios cuyas características lo permitan, posibilidad, apuntada por la jurisprudencia con anterioridad a la LPH —que introduce este párrafo en el Cc (STS de 9-7-1951: 10, pág. 325; STS de 4-12-1953: 7, pág. 481)—, que cabe imponer a solicitud de cualquier interesado. Si existiera oposición en cuanto a la forma de división (7, pág. 483), ha sido asimismo apreciable por los Tribunales la idoneidad del destino que aconseja la división (STS de 20-11-1985 «...que el destino y explotación más adecuados es el de aparcamiento para vehículos...», 11, pág. 180; supuesto —el de garaje en condominio— al que también MIQUEL entiende aplicable analógicamente el artículo 401-2 del Cc en cuanto las plazas son susceptibles de aprovechamiento independiente; 7, págs. 486 y 487).

PUIG BRUTAU (6, págs. 47 y 48) plantea la interesante cuestión de la interferencia de la legislación administrativa especial en materia de urbanismo y de fincas rústicas, que atribuyen el carácter indivisible a determinadas parcelas, exigiendo la STS de 29-3-1968 la validez civil de la división realizada al amparo del artículo 400 del Cc (v. 1, págs. 948 y ss.; 13, pág. 659).

En cuanto a la naturaleza de la cuestión, ha sido considerada mixta y declarativa por algunos —MUÑOZ XANCO, 41— y traslativa, por otros —MANRESA, 13, pág. 681.

Art. 402: Legitimación para realizar la división.

La división de la cosa común, fuera del supuesto contemplado por el artículo 401-1, puede hacerse bien por los propios comuneros de común acuerdo —unanimidad—, bien por los arbitrios o amigables componedores, bien judicialmente, dando lugar a la extinción de la comunidad, conforme a los artículos 401-2, 402 y 404 (v. STS de 23-9-1983; 11, pág. 181). Y según vimos, también cabe el pacto anticipado sobre la forma de realizar la división (Res. de 18-4-1981).

Art. 403: Intervención de los acreedores y cesionarios en la división.

«Para el régimen de copropiedad existe el precepto específico del artículo 403, el cual, según la jurisprudencia y la doctrina más autorizada, concede a los acreedores y a los cesionarios... tres derechos... el de oponerse a la división, el de concurrir a la misma y el de impugnar la división consumada en los supuestos que se contemplan...» (STS de 13-12-1985: 11, pág. 183).

Este artículo, no obstante su aparente sencillez, plantea dudas sobre el concepto de cesionario, de lo que se ocupa MIQUEL y a él nos remitimos (7, págs. 502 y ss.), ya que registralmente pocos problemas puede plantear, salvo los relativos a la partición de herencia, a que alude. Su carácter imperativo, por otro lado, parece evidente, un pacto entre comuneros no puede enervar el derecho de acreedores y cesionarios.

Art. 404: Venta de la cosa común indivisible; la división civil o económica.

El carácter imperativo de esta norma ya fue puesto de manifiesto con ante-

rioridad, a él alude la doctrina (7, págs. 55 y ss.) y la jurisprudencia (STS de 9-10-1986: 17, pág. 1885), y de su aplicabilidad en relación con el artículo 1.060, ya se ha ocupado la DG en Resolución de 27-11-1986 (v. 27). Sobre el reparto del precio obtenido, el TS se ha pronunciado en distintas ocasiones (11, pág. 183).

Art. 405: Efecto frente a tercero de la división de la cosa común.

Este precepto es, asimismo, imperativo (7, págs. 55 y ss.). La problemática registral del mismo se centra, sobre todo, en la extinción de comunidad cuando alguna de las cuotas está gravada, objeto de consideración y estudio por varios autores (28).

Art. 406: Régimen legal supletorio.

Con independencia de las posturas doctrinales (BELTRÁN DE HEREDIA interpreta el artículo restrictivamente, entendiéndolo aplicable sólo a las operaciones materiales; GULLÓN lo interpreta ampliamente, como también lo hace MIQUEL —7, pág. 532; PUIG BRUTAU entiende aplicables a la comunidad las reglas que se refieren a la partición y en especial al art. 1.062, que es, a su juicio, un desarrollo del 404-6, pág. 44), la STS de 2-5-1964 (7, pág. 533) entiende que la aplicación del artículo 406 es de carácter supletorio en cuanto no contravenga las disposiciones específicas consignadas en los artículos 400-406, destacando las diferencias entre ambas comunidades por la diversidad de contenidos de los artículos 404 y 1.062, a efectos del ejercicio de la *actio comuni dividundo* y *familiae erciscunde*, si bien el artículo 1.062 es frecuentemente empleado por el TS a la comunidad de bienes, como observa MIQUEL (7, pág. 534).

Finalmente RODRÍGUEZ LÓPEZ (29) trata de la extinción parcial de la comunidad, afirmando que la exclusión de uno o más comuneros ocasiona la extinción total de la comunidad, y la constitución, en su caso, de otra nueva.

Examinado ya el régimen jurídico de la comunidad de bienes en el Cc cabe preguntarse: 1. ¿Son inscribibles los pactos o acuerdos integradores del estatuto específicos de cada comunidad? 2. ¿Son inscribibles todos los pactos?

El principio hipotecario de inscripción viene delimitado en cuanto a su contenido por el de especialidad o determinación, de tal suerte que estableciendo los artículos 2 de la LH y 7 de su Reglamento en nuestro Derecho el sistema denominado de *numerus apertus* de los derechos reales, la potencialidad creadora de estos derechos por la voluntad de los contratantes queda limitada por la necesidad de que el derecho creado reúna los requisitos constitutivos de la relación jurisdiccional sobre un objeto inmueble de existencia actual o futura —a pesar de lo que dice Díez-PICAZO: 8, pág. 131—, lícito y determinado, requisitos de absolutividad e inmediatez en la teoría clásica (2, pág. 41), y facultades de realización directa, exclusión, persecución, disposición y prioridad en la concepción de Díez-PICAZO (8, págs. 690 y ss). Debe tratarse, además, de un derecho «perfectamente delimitado en cuanto a su contenido, duración y titularidad» (9, pág. 553). Elementos todos que restringen notablemente la capacidad creativa de derechos reales, sin perjuicio de la dificultad adicional que supone la inscribibilidad de los pactos con trascendencia real (art. 7 RH). Así pues, el presupuesto básico de la registración de los derechos y pactos reales sobre la base de la distinción derechos reales-derechos obligacionales, no obstante la existencia de situaciones o derechos intermedios (*ius ad rem*, derecho real *in faciendo*, obligaciones *propter rem*, titularidades *ob rem*) y las excepciones especialmente recogidas en la legislación, debe mantenerse como criterio diferenciador por imperativo de los artículos 7, 17 y 35 RH y 98 de la LH. La DG en distintas ocasiones ha destacado las dificultades que esta distinción y exclusión comportan, reconociendo el sistema de *numerus apertus* como propio de nuestro Derecho, dejando

al prudente arbitrio de Notarios y Registradores la misión de delimitarlos (ver RR de 27-3-1947, 7-7-1949, 9-5-1952, 29-3-1955, 20-9-1966 y 19-9-1974: «...ha habido necesidad de restringir la libertad de estipulación, para que no pueda atribuirse naturaleza real a toda convención que no reúna los requisitos típicos de estos derechos...», Res. de 20-9-1966), observando GARCÍA GARCÍA (9, pág. 553) la tendencia actual favorable al sistema de *numerus apertus*, mientras VALLET DE GOYTISOLO critica lo absoluto de la distinción y la tendencia —escribe 1961— de la DG de aproximarse al sistema de *numerus clausus* (30) y ROCA (31) destaca cómo en nuestro Derecho positivo viene a regir en la práctica este último sistema.

En cualquier caso, y por lo que respecta al tema que estamos tratando, parece claro que, dado el carácter excepcional e imperativo de la LPH, que recoge la inscribibilidad de los estatutos de este régimen jurídico, los pactos entre comuneros, en principio, no serán objeto de inscripción, y solamente aquellas disposiciones que entrañen prohibiciones de disponer a título gratuito —o de dividir— podrían tener acceso al Registro (arts. 26 y 27 LH), así como aquellas otras que por afectar al poder de disposición, nacidas de pactos adoptados unánimemente entre los conducños, no deroguen el régimen necesario establecido en el Cc; de este modo, sería inscribible el pacto de indivisión en los términos del artículo 400-2, pero no los de exclusión del derecho de retracto —no sería oponible a tercero— ni de contratar arrendamientos inscribibles sin el concurso de todos los partícipes, ni declarar obras nuevas —acto de administración de riguroso dominio— ni divisiones horizontales, segregaciones, agrupaciones, divisiones materiales, ni pactos sobre la mera administración y disfrute de la cosa común —no adscripciones de uso— incluidos los apoderamientos personales o al cargo de la comunidad —si existe junta— ni cualesquiera otros relativos a la organización interna de la comunidad o atributivos de personalidad jurídica al margen del artículo 35 del Cc, párrafo 2 (art. 36: «...se regirán por las disposiciones relativas al contrato de sociedad...»); art. 37: «La capacidad civil... de las asociaciones —se regulará— por sus estatutos...»); art. 1.669: «No tendrán personalidad jurídica... se regirán por las disposiciones relativas a la comunidad de bienes»; o asociaciones con personalidad jurídica —arts. 35-2, 36 y 37—, regidas por sus estatutos y por las normas que rigen el contrato de sociedad, o comunidad y sociedad sin personalidad —art. 35-2 *a contrario* y 1.669— reguladas por disposiciones del Cc para la comunidad de bienes).

La jurisprudencia hipotecaria ha resuelto buena parte de los problemas que plantea el condominio en relación al Registro de la Propiedad; desde los relativos a su naturaleza jurídica (Res. 6-10-1925), tipos (Res. de 8-7-1933), diferencias con la comunidad hereditaria (Res. de 29-8-1925), carácter de la división (Res. de 29-6-1936), determinación de las cuotas (RR de 6-6-1894, 18-8-1894 y 5-6-1964), hasta los referentes a la personalidad, representación e indefensión (RR de 8-3-1950 y 5-9-1988), como en otro lugar más pormenorizadamente veremos (anexo 1.º) (131).

## II. Comunidades especiales

Dentro del estudio genérico de la comunidad de bienes, la especialidad como criterio distintivo, parte del presupuesto de la existencia de una propiedad plena y de una comunidad ordinaria; y en nuestro Derecho, esa comunidad es la comunidad romana —como hemos visto—, definida por dos elementos, cotitula-

ridad y atribución por cuotas ideales de un objeto único —idéntica pretensión jurídica mutuamente condicionada o limitada.

De esta forma, la especialidad puede venir definida por razón del sujeto —si es público o privado—, del objeto jurídico —no físico—, y de la atribución de titularidad, dando lugar a las comunidades germánicas o en mano común, pro diviso, multipropiedad, propiedad horizontal, comunidades de pastos y leñas, medianería, propiedad comunal, urbanizaciones privadas y aquellos otros supuestos donde los elementos constitutivos de la comunidad ordinaria no aparecen definidos, reguladas por un régimen jurídico específico, sin perjuicio de la problemática que plantea la carencia de normas legales, dentro de nuestro ordenamiento jurídico, dictadas para regir alguna de esas instituciones.

Vamos a dar paso al análisis de algunas de estas comunidades especiales, relacionadas con el tema propio del presente comentario, dejando a un lado las comunidades de pastos y de leñas, propiedad comunal (42), comunidad germánica y medianería, para luego ocuparnos de las comunidades atípicas. Atipicidad referida fundamentalmente al objeto del derecho materialmente considerado, es decir, al objeto como unidad física —cosa material o corpórea—. Son los supuestos de la multipropiedad, de las urbanizaciones privadas de hecho, de los derechos de superficie... donde se disocian objeto físico y objeto jurídico, atendiendo bien a un criterio de temporalidad, bien a la propia extensión del derecho que se ejercita sin perjuicio del contacto jurídico que la titularidad de cada copropietario pleno conlleva, resultado de la conexión material del objeto, insalvable en la práctica y determinante de lo que podríamos llamar unas relaciones de buena vecindad, o admitir la existencia de derechos intrínsecamente limitados por razón de su objeto.

#### a) La propiedad horizontal

Ríos, amazónicos ríos, mares de tinta han corrido de las ágiles plumas de los más diversos e imaginativos estudiosos del Derecho para dar cumplido análisis de esta institución, impuesta por la realidad social urbana que rompe en añicos el precioso mosaico de los derechos reales clásicos, finamente trabajado en taller artesano de pretéritos siglos, donde la herencia romana moldea la arcilla fresca de la actividad privada. Análisis teóricos sobre su naturaleza jurídica tan sólo superados por la realidad de las disposiciones legales y de la jurisprudencia, informadores de éstas y continentes de un potencial reformador.

Institución que, como cabeza de Jano, mira dos horizontes, si no temporales al menos diversos, el de la propiedad y el de la comunidad, presentando cierta analogía con las denominadas comunidad pro indiviso, donde concurren distintas propiedades plenas sobre objetos distintos integrados en una única realidad física, generadora de una «comunidad» de hecho impuesta por esa conexión material, que si bien no se cifra en cuotas pro indiviso sobre partes deslindadas de la cosa —elementos comunes: solar, escalera...—, sujeta a las titularidades sobre los aprovechamientos independientes a una relación típica, pareja a la comunidad sobre fachadas y suelo de los elementos privativos de la propiedad horizontal (pensamos en las superficies urbanas perpetuas sobre la primera planta de un edificio y en las rústicas —perpetuas y gratuitas— de vuelo, pastos o derechos de labor), donde se impone la participación de los propietarios individuales en el mantenimiento de la cosa común, aunque ésta, a veces, se circunscriba a un no hacer (no hacer labores que perjudiquen el suelo o el arbolado; no

hacer obras que los cimientos no puedan soportar...), fuera de los casos en que el ejercicio de cada derecho requiera la utilización o limitación de las facultades del otro propietario, sin delimitarse específicamente un elemento común (por ejemplo: el acceso o paso por la finca para aprovechar el arbolado sobre el suelo ajeno, o la salida a la vía pública a través de la planta de *dominus soli*), donde puede hablarse de servidumbre, servidumbre positiva o comunidad, y en la medida que el contrato constitutivo no lo contemple, esa necesidad de contribución al sostenimiento de la cosa utilizada en común vendría impuesta por un principio tan general como insoslayable, la equidad (ver ROCA, 31).

En cualquier caso, las teorías acerca de la naturaleza jurídica de la propiedad horizontal gravitan sobre tres ejes distintos, según partan de la propiedad, la comunidad, o de ambas sin prevalencia entre ellas, para explicar o definir los elementos constitutivos de esta figura, dando lugar a las tesis de la propiedad especial (32, pág. 73; 7, pág. 134), de la comunidad específica —monistas— y de la yuxtaposición indisoluble de la titularidad dual —dualistas (43)—, sin predominio cualificador de ninguna de las dos propiedades que recaen, respectivamente, sobre los elementos privativos y comunes. Existiendo, asimismo, autores que se desvían de estos tres ejes directrices para configurar la propiedad horizontal como una persona jurídica de tipo asociativo o una unidad vecinal, reparando en la organización interna o en la relación social a que da lugar. Son todas ellas las teorías de la comunidad especial por su origen —NAVARRO AZPEITIA—, comunitaria —DE LA CÁMARA, GARRIDO CERDÁ y SOTO BISQUERT—, comunidad asociativa —MONEDERO GIL—, comunidad prodiviso —ROCA, DESANTES—, comunidad por cuotas —VENTURA TRAVESSET—, institución compleja —GONZÁLEZ PORRAS—, figura intermedia entre comunidad y sociedad —ESCRIVÁ DE ROMANÍ—, propiedad especial —MONET Y ANTÓN—, propiedad anómala —ALONSO PÉREZ— o de las unidades vecinales —BASILE— a las que se refieren PON Y DEL ARCO (35, págs. 5-9). Sin olvidar, claro está, a la luz de nuestro Derecho positivo, la postura jurisprudencial que se refiere a la propiedad horizontal como «institución especial de carácter complejo», que surge de la yuxtaposición de dos propiedades distintas, la singular sobre los elementos privativos y la comunitaria sobre los comunes —comunidad *sui generis*— (35, pág. 9; STS de 2-4-1971), no son titubeos, y la de la Dirección General de los Registros que habla de propiedad particular (Res. de 14-12-1935; propiedad separada prevalente y cualificadora, RR de 12-12-1986 y 20-2-1989) (6, pág. 68).

De todas formas sea cual fuere su naturaleza jurídica, parece claro que para nuestro legislador, la propiedad horizontal presenta caracteres propios de esos tres frentes que hacen de su establecimiento: propiedad privada sobre el elemento privativo vinculada perpetuamente a la copropiedad sobre los comunes, derivando una sólida relación de vecindad, situación no parangonable con ninguna otra dentro de los moldes clásicos, robustecida por una compleja organización que no llega a dotarla de personalidad jurídica (5) (35, pág. 10), y que recuerda en su origen y articulación a una institución también compleja, pero más simple y menos elaborada, la comunidad pro-diviso.

#### — La propiedad horizontal tumbada

Edificios complejos, urbanizaciones privadas, complejos inmobiliarios... Son distintas las denominaciones utilizadas para designar la situación física y jurídica que se crea mediante la parcelación de terrenos. Situación que carece en nuestro

ordenamiento de una regulación normativa específica, al margen del mero acto de parcelación, del que se ocupa la legislación urbanística, como advertimos al principio y que da lugar a la ardua problemática de la licitud e ilicitud administrativa de la división de terrenos sin licencia, en suelo rústico y urbano por debajo de las unidades mínimas prescritas, y en cuanto al acto divisorio en sí mismo considerado. Problemática abordada por UTRERA RABASSA en su comentario al Auto del Presidente de la Audiencia Territorial de Sevilla de 30-6-1979, a la STS de 13-5-1980 y a la RDGR y N. de 16-12-1981 (44), en esos «Nuevos retornos al Código civil», en cuanto a su validez civil, resultado del ejercicio de la *actio communi dividundo* y por LASO MARTÍNEZ (45) en su estudio *Ilícitud administrativa y validez civil*, sin entrar en las soluciones prácticas proporcionadas por los Protocolos de Urbanismo entre Comunidades Autónomas y Colegios Notariales y Nacionales de Registradores, intentando solucionar su dimensión jurídica, situación que afecta a las segregaciones y divisiones de terrenos rústicos en la Comunidad Autónoma de Canarias por Ley de 7-4-1987, y obviando las dudas que plantea registralmente el equívoco término «núcleo urbano de población» que emplea la Resolución de 1981 (¿cuántas segregaciones hay que hacer?, ¿debe constar el destino de la finca segregada?, ¿y con qué efectos?, ¿a qué distancia de la población principal?, ¿qué pasa con los municipios sin plan..?).

Considerando el complejo inmobiliario el género, y la urbanización privada, la especie, se define aquél como «un supuesto especial en que se combina la propiedad privativa ordinaria como una atribución de titularidad *ob rem* o con la imposición de unas *obligaciones propter rem*, según los supuestos, pudiendo existir simultáneamente la titularidad *ob rem* respecto a ciertos elementos y la obligación *propter rem* respecto a otros servicios», sin llegar a constituir una persona jurídica (46, pág. 20), situación derivada de la propiedad privada de una finca —parcela— y la copropiedad indivisa sobre otra —parcela común— vinculada jurídicamente a una titularidad de aquella —*ob rem*— con la obligatoriedad del mantenimiento de los servicios comunes —*propter rem*—, situación que puede configurarse jurídicamente, ante la ausencia de regulación legal, de las más diversas maneras: bien como una sola finca, distribuyendo las parcelas como elementos privativos y comunes, al modo de la propiedad horizontal, con la particularidad de que no se trata de un único edificio, sino de tantas edificaciones como elementos privativos, dotados de una infraestructura común, pudiendo existir otras de carácter común —garajes, club, zonas deportivas...—, dotadas de un estatuto orgánico; bien como fincas independientes las parcelas individuales vinculadas *ob rem* y *propter rem* a otras zonas y servicios comunes; bien con la superposición de propiedades horizontales, correspondiendo una general al grupo de edificios y otra a cada uno de ellos, con las respectivas cuotas porcentuales generales y particulares correlativas al conjunto y al edificio en concreto dividido horizontalmente; bien como un grupo de parcelas individuales con acceso directo a viales públicos, agrupadas estatutariamente en cuanto a unos servicios comunes que se prestan en cada parcela individual —mantenimiento, jardinería, seguridad...—, que da lugar a una contribución individual —obligación *propter rem*— fijada por cuotas... Como vemos, las aplicaciones en la práctica y en tanto no se aprueben sus disposiciones reguladoras son múltiples, planteando el problema de su naturaleza jurídica en orden a la determinación del régimen jurídico aplicable directo y supletorio. Y respecto a esos conjuntos inmobiliarios se postula *ex lege ferenda*, la atribución de una personalidad jurídica limitada al órgano de gestión (46, págs. 19 y ss.) o a la entidad de conservación (44, pág. 47), integrándolos en las llamadas titularidades de actuación sin atribución patrimonial, en-

tendiéndose legitimados para la gestión y administración de los elementos y servicios comunes, procesalmente, asimismo, y capacitados para adquirir bienes muebles o incluso inmuebles con el efecto necesario de que tendrán carácter de elemento común o desafectación de los existentes innecesarios para su enajenación (46, pág. 19). Esta atribución de personalidad deberá hacerse necesariamente por ley, sin que pueda hablarse de personalidad jurídica del conjunto (46, pág. 16) por lo que se recomienda, en cuanto al nacimiento de esta nueva persona, que se produzca por su inscripción en el Registro, sea el Mercantil, al amparo del artículo 16 del Código de comercio, sea en el de la Propiedad, en el mismo folio de la urbanización o en éste y en un libro especial, a efectos de una publicidad plena frente a terceros de esta nueva situación jurídica —inscripción de los estatutos. Ese libro especial ya existe y la posibilidad de su constancia registral también, si bien limitado a las resoluciones judiciales que afectan a la capacidad civil de las personas físicas y jurídicas, siendo sólo necesario su habilitación para que consten supuestos especiales de capacidad, como el del presente caso.

Finalmente y en cuanto a la responsabilidad del órgano gestor, desarrollará toda su eficacia la doctrina contenida en la Resolución de 27-6-1987 en materia de embargo, que no se ha visto afectada por la ley de reforma de la propiedad horizontal, Ley 2/1988, de 23 de febrero (48), restringiéndose a los bienes muebles en poder del órgano gestor, como la DG manifiesta, y sin perjuicio de repetir contra los elementos privativos.

La doctrina, por otra parte, al tratar de las urbanizaciones privadas en sentido estricto, encuentra notable analogía entre la situación que en éstas se crea y la propiedad horizontal (47, pág. 68). Así, entre otros, SAPENA TOMÁS habla de propiedad horizontal «tumbada», para aplicar el régimen contenido en la LPH a dichas urbanizaciones, advirtiendo que no se trata de un idéntico supuesto, aunque las relaciones entre condueños son similares (35, pág. 22); DíEZ-PICAZO destaca esa semejanza (49) y FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO la denomina propiedad horizontal atípica, otros admiten la aplicabilidad de la LPH sin titubeos (35, página 23), sin olvidar aquellos que, como FUENTES LOJO (32, pág. 1239), consideran que esta situación jurídica debe regirse por sus estatutos, al amparo del artículo 392-2 del Cc y por las disposiciones del Código civil sobre comunidad de bienes, mientras que el legislador silencie una solución legal (para nosotros las dificultades derivarían de la imposibilidad de la degradación del régimen necesario de la comunidad de bienes, y en particular lo relativo a los derechos de tanteo y retracto y a la acción de división, como anteriormente expusimos). Aplicabilidad analógica de la que no duda —de la LPH, se entiende— RUIZ-RICO (36, página 113) después de la última jurisprudencia. En definitiva, y a pesar de que se reconoce la novedad de esta figura, la doctrina y la jurisprudencia se inclina por la aplicación analógica, olvidando construcciones más complejas, como la de las servidumbres recíprocas, que no solucionan el problema organizativo. GARCÍA GARCÍA, VIDAL FRANCÉS y ALVAREZ BELTRÁN (46, pág. 18), destacan la inconveniencia de la comunidad romana para solucionar el problema de los complejos inmobiliarios, y la necesidad de superar la LPH por la dificultad añadida de estos complejos, aunque sólo lo sea numéricamente, el órgano de gestión debe robustecerse para simplificar —al modo de la PH— la actuación del conjunto.

La jurisprudencia, como decíamos al ocuparse del tema, se inclina por la analogía. La DG en Resolución de 2-4-1980 admite la figura y articula el sistema del triple folio registral «...Y todo ello sin necesidad de acudir a operación de división o segregación alguna de terrenos y sin mengua de la claridad que el

principio de especialidad exige...» en el supuesto de que la finca originaria no desaparezca, ya que en el caso de la propiedad horizontal tumbada propiamente dicho, señala que, ante el vacío normativo, puede acudirse a la situación de comunidad o al establecimiento de limitaciones o servidumbres recíprocas. El Tribunal Supremo en sentencia de 28-5-1986 (21) admite claramente la solución analógica, destacando que «la servidumbre no es el único derecho limitativo del dominio en relaciones de vecindad, sino que las limitaciones nacen, por vía contractual, con apoyo legal, en otras situaciones como la que contempla, en las que existe una especial comunidad, como la que deriva de las urbanizaciones cuya analogía con la propiedad horizontal es patente... y porque, en este caso, la aplicación de las normas ha sido buscada de propósito...» (analogía patente y reforzada por la voluntad de los comuneros —pacto válido). Aplicación que ya habían manifestado las SSAT de Madrid, el 29-1-1983, y de Zaragoza, el 18-2-1985, destacando ésta que la analogía tendrá lugar tanto por defecto de pacto expreso como por sujeción expresa (35, pág. 21).

De esta forma, podemos concluir diciendo que desde el punto de vista registral, y no obstante la aplicación analógica de las normas de la propiedad horizontal —con o sin pacto de sumisión—, la urbanización privada sólo nace cuando expresamente se constituye —como la propiedad horizontal— y produce efectos contra terceros cuando se inscriben sus estatutos, sea un complejo unitario —Res. de 4-4-1980—, sean parcelas independientes con titularidad *ob rem* sobre la común, sean independientes con obligación *propter rem* de atender los servicios comunes (en cuyo caso los estatutos unánimemente aprobados podrían inscribirse bien en la finca matriz, cuando se dé lugar a esta situación mediante segregaciones sucesivas, bien en las fincas independientes, en el supuesto de división, planteándose el problema del consentimiento de los acreedores respecto a la fijación de cuotas, que deberán ser siempre proporcionales y que es parejo al de la modificación de cuotas en la propiedad horizontal, con la dificultad añadida —en orden a su fijación— de la diversidad de superficies y construcciones realizadas o por realizar; deberá ser proporcional a la superficie y el uso o servicio común del mismo, salvo exclusiones expresas —piénsese en el servicio de jardinería sobre superficies distintas de cada parcela—, como en la propiedad horizontal se excluye a los locales de los gastos de portería, escaleras y ascensor, sin dejar de ser elementos comunes, como reconoce el Tribunal Supremo en la Sentencia de 2-10-1986 reseñada sobre sustitución de ascensor). Las urbanizaciones de hecho, por su parte, existen al margen del Registro, y se rigen por las normas de la comunidad de bienes, en cuanto ésta recaiga sobre una finca común —caso de la Res. de 5-9-1988. No existen urbanizaciones de hecho frente a tercero, y ello aunque debiera admitirse la facultad del propietario individual para instar la constitución de su régimen, de una forma parecida a la que contempla el artículo 401 del Cc para el condominio —sería una acción de división horizontal de los elementos de los servicios comunes.

Otra cuestión que quedaría al margen, en cuanto a su constatación registral, de la legislación urbanística que sólo contempla la parcelación y la reparcelación —art. 96 LS—, o de la legislación rústica canaria —Ley 5/1987—, es la de la posibilidad de la constitución de una urbanización privada sobre una finca en base a una división horizontal unitaria, acto distinto de la división material en cuanto la indisolubilidad existente entre elementos privativos y comunes no da lugar propiamente a un acto parcelatorio, con independencia de la calificación del suelo —urbanizable no programado—, pues queda fuera del control registral la infracción urbanística, la licencia de parcelación o la creación de un núcleo de

población —pueden ser casas de labor, y el concepto de núcleo urbano es cuantitativo: número de cabezas de familias y distancia a la población más cercana—, al no constar el destino, en finca continua, o aún constando. Por lo que se hace necesario que en el texto de estos protocolos articuladores de la coordinación urbanística, se contemple una nota de afección de la finca a las infracciones urbanísticas que pueden derivarse, con una vigencia limitada —uno o tres años—, que refleja registralmente frente a tercero el cambio voluntario de calificación del suelo o la superficie de la parcela inferior a la unidad mínima de actuación urbanística en el territorio del municipio donde se enclave y al volumen edificable, sin entrar ya en el posible fraude de ley. La constancia pública de la infracción asegura el interés legítimo de asegurar las sanciones y activar el cumplimiento de la legalidad por razón del crédito territorial. Del Registro resultará la situación urbanística, y la finca, en su caso, responderá de la irregularidad, advirtiendo al tercero de su potencial y efectiva responsabilidad. Los más graves problemas urbanísticos son los de policía urbanística, de control por el ayuntamiento de su término, en el orden al establecimiento de las sanciones que correspondan. (Sobre el concepto de parcelación y de núcleo urbano puede verse la Ley del Suelo, art. 94, y la Ley de Protección de la Legalidad Urbanística de Cataluña, arts. 20-2: 1, págs. 943 y 945.)

#### — La comunidad de propietarios

La Junta de Propietarios y los órganos que la integran, en nuestro Derecho, carecen de personalidad jurídica, como ya pusimos de manifiesto en otro lugar (5, pág. 1192; 46, pág. 18), a diferencia del órgano gestor que emana de la Asamblea General en la futura Ley de Urbanizaciones Privadas (46, págs. 18 y ss.) (132), y no obstante su legitimación procesal, a través de la persona del Presidente o del Administrador, dicha personalidad no se sustantiviza, y la legitimación se justifica en razones prácticas que la ley pondera, y que en cualquier caso lo único que hace es decir quién es el representante («...sistema no muy lógico, pues toda legitimación requiere la existencia de una personalidad jurídica y de una atribución de titularidad...»: 46, pág. 18), sin perjuicio de cada comunero pueda intervenir judicialmente para la defensa del interés común, de la misma forma que también se reconoce jurisprudencialmente para la comunidad de bienes. La intervención en nombre de una comunidad, en nuestro ordenamiento no personifica a éste, por lo que la legitimación procesal, activa y pasiva, deja patente el tema de la responsabilidad, al disociarse titularidad jurídica y legitimación, como ocurre en la simple copropiedad, debiéndose tener esto muy presente en las reclamaciones judiciales, tanto antes como después de la Ley 2/1988 (48, pág. 43), y sin que incida mucho más allá de lo que resuelve la Resolución sobre vivienda-portería, partiendo de la base de la posibilidad de que cualquier propietario pueda instar judicialmente la nulidad de esa desafectación y enajenación fiduciaria.

#### b) Superposición de comunidades dentro de la propiedad horizontal

Nos referimos bajo este epígrafe no ya a la posibilidad de que dentro del régimen de propiedad horizontal un elemento privativo pertenezca a varios propietarios en comunidad ordinaria, o que pueda adquirirse en parte con carácter

privativo y en parte ganancial uno de éstos —problema resuelto afirmativamente por la DG—, sino a aquellos supuestos en que dentro de la propiedad horizontal coexisten dos o más comunidades diversas, es decir, el problema de los garajes y trasteros, y al de los complejos inmobiliarios, que en cierta forma patentizan la insuficiencia normativa de la LPH, a la que se refirió DE LA CÁMARA en 1973, y que ha sido solucionado mediante una interpretación extensiva de la misma, como se hizo para las urbanizaciones privadas, donde la exclusión de la *actio communi dividundo* se realiza en base al artículo 401 del Cc —cosa indivisible según el destino—, y el establecimiento de una titularidad *ob rem* sobre los elementos comunes que erradique, siguiendo el sistema de *numerus apertus*, los derechos de tanteo y retracto, administrándose incluso por el artículo 398 del Cc, si no hay estructuración y sometimiento la LPH (50, págs. 284 y ss.). Interpretación que admite este régimen no sólo en el caso del garaje de un único edificio, sino también el supuesto de garajes comunes o comunicados con otros, y de varios edificios con superficies o elementos comunes generales a todo el conjunto, y especiales de cada edificio, con la fijación de una doble cuota, al modo de lo contemplado en la Resolución de 2-4-1980 (50, pág. 282).

#### — Pluralidad de comunidades dentro del mismo régimen

No obstante su carácter marcadamente imperativo (STS de 7-2-1976), la realidad social ha impuesto el desarrollo ampliando su ámbito, de las normas contenidas en la LPH, mediante la fórmula de articular dentro del mismo régimen una comunidad general sobre los elementos comunes de un edificio, y otra especial sobre un elemento privativo destinado a garaje —piscinas, zonas deportivas o de recreo...—, con sus respectivas cuotas de participación, generales y especiales; e incluso la posibilidad de vincular la cuota sobre el garaje a la titularidad de otro elemento privativo —piso o vivienda—, con un régimen administrativo propio y autónomo —Junta de Propietarios del garaje—, conectado al régimen de propiedad horizontal, a través de un representante —Presidente—, que se integra en la Junta General como un propietario más, siempre y cuando —claro está— estas prevenciones se contengan en los estatutos. Aplicándose esta solución al caso del garaje común a dos edificios, cuando los estatutos de ambas comunidades así lo contemplen, dando lugar a una situación y Junta intercomunitaria, dos Juntas de garaje —una por edificio— y dos Juntas Generales —una por edificio. Como puede observarse la realidad es rica en matices, en la medida que el Derecho se adapta a los distintos supuestos, lícitamente protegibles, de la construcción de edificios, donde no siempre el titular originario diseña de antemano el destino y funcionamiento de los locales, sujeto a las necesidades del mercado.

Jurídicamente, la admisibilidad y permanencia de esta comunidad especial se fundamenta en los artículos 396-3.º del Cc y 4 de la LPH, a través de la figura denominada elemento procomunal, que ha sido objeto de análisis desarrollado por la doctrina, dividiéndose ésta entre los que opinan que cualquier elemento privativo o común puede ser procomunal y aquellos otros que entienden que el elemento procomunal es siempre un elemento común (v. 43, págs. 47 y ss.; 35, págs. 93 y ss.), interpretando la frase contenida en el artículo 4 «para el servicio o utilidad común de todos los propietarios», bien referida a los conductos del elemento privativo, con independencia de la vinculación *ob rem* entre la cuota sobre éste y la propiedad de otro elemento privativo, bien referida a todos los

propietarios que integran la comunidad horizontal. Así POVEDA (43, págs. 47 y ss.) lo califica de elemento común accidental, cuya titularidad viene determinada *ob rem* por la de un elemento privativo.

Los locales destinados a garaje, dentro del régimen de propiedad horizontal, pueden configurarse básicamente de alguna de las siguientes formas: 1.<sup>a</sup> Elemento común, al servicio de los distintos copropietarios en la medida que determinen los estatutos o las normas de régimen interno sobre su utilización. 2.<sup>a</sup> Anejo inseparable de los elementos privativos, adscribiendo plazas deslindadas a cada piso o local. 3.<sup>a</sup> Elemento privativo en régimen de comunidad —procomunal—, distribuido en cuotas que llevan aparejadas —o no— sendas plazas de garaje, con independencia o no de la titularidad de otro elemento privativo. 4.<sup>a</sup> Elemento privativo intercomunitario en régimen procomunal (edificios complejos). 5.<sup>a</sup> Elemento privativo individual y único, con su respectiva cuota —en este caso, el destino suele ser la explotación empresarial del garaje. 6.<sup>a</sup> Dividido horizontalmente en distintas plazas de garaje, constitutivas de elementos independientes, al tiempo de la constitución del régimen de propiedad horizontal, o con posterioridad, por medio de la división del local o de sucesivas segregaciones, y sin que, en ningún caso, ello suponga la exclusión de la situación de copropiedad respecto de los elementos comunes que posibilitan su independencia (STS de 12-6-1982: 11, pág. 142). Esta superposición de comunidades está admitida expresamente por la SAP de Madrid de 30-10-1985 (35, pág. 22). 7.<sup>a</sup> Elemento privativo en régimen de comunidad funcional, dentro de un único edificio o agrupado a otros locales que, con el mismo destino, forman un garaje único. Esta comunidad singular supone la exclusión de tres rasgos esenciales de la comunidad ordinaria, y la inclusión de un derecho de uso atípico. Excluye la acción de división, el derecho de tanteo y retracto entre comuneros, y el régimen de administración por mayorías simples. Incluye la adscripción del uso de una o más plazas de garaje a cada cuota, con carácter perpetuo —salvo acuerdo unánime— e indivisible —si se pacta expresamente. (Su configuración dogmática no deja de ofrecer serias dudas: comunidad romana no incidental, con adscripción de titularidad «prodiviso», que se sustantiva en una propiedad separada de hecho y que se administra y organiza, quizá, como una comunidad germánica.)

Sin lugar a dudas, el garaje de los edificios sujetos a este régimen es uno de los puntos conflictivos que nubla la convivencia en estas comunidades. Y ello por la deficiente reglamentación de su uso y utilización o de su configuración jurídica. La fórmula más adecuada y menos problemática es la expuesta en último lugar: que cada propietario lo sea de su plaza de garaje debidamente deslindada como finca independiente. Su sencillez facilita su adopción en idéntica medida en que el número de plazas sea mayor. Los argumentos fiscales para optar por otra solución no son suficientes: se paga lo mismo —acto jurídico documentado— por la división material y jurídica del garaje por el local en su conjunto, al tiempo de la constitución del régimen de propiedad horizontal. Las adscripciones de uso en las ventas por cuotas y las segregaciones sucesivas entorpecen la claridad de la situación jurídica, y más cuando se observa que no en todos los casos las adscripciones de uso de una plaza de garaje lleva consigo la descripción de ésta (remitiéndose su deslinde a una realidad conflictiva; no obra siempre en la comunidad un plano indubitable que permita a nivel interno precisar el contenido de ese uso, y más aún cuando la adscripción no es simultánea sino sucesiva y a largo plazo), y las segregaciones sucesivas traen como consecuencia la falta de delimitación de los viales y zonas comunes con la nitidez necesaria —si bien se determina negativamente en el momento en que se procede

a la última segregación. La incertidumbre surge del hecho de que los adquirentes sucesivos de las plazas, aún sabiendo la extensión de éstas, desconocen la de los elementos comunes.

La vía abierta por las adscripciones, desde el punto de vista sustantivo —inalterabilidad de la adscripción sin el acuerdo de todos los comuneros— y formal —publicidad registral de la adscripción, deslindada o normalmente— el problema, que deberán resolver los Tribunales, de su naturaleza jurídica, ya que no se trata del derecho real de uso, sino del resultado de un acuerdo comunitario inscribible —¿?—, o peor aún, de la decisión unilateral del primitivo dueño de todo el local, que sucesivamente va generando esa comunidad funcional, sin intervención de los demás comuneros. La adscripción va más allá de las reglas jurídicas que regulan la propiedad horizontal y la comunidad ordinaria, con el solo apoyo de la realidad controvertible y la admisión de una nueva y atípica figura: la comunidad funcional, carente de reglamentación jurídica y de difuso contenido. Tal es así que la práctica de la adscripción ya ha llegado a los trasteros, y pronto se ensayará sobre las viviendas, conculcando el régimen necesario de la propiedad horizontal, que si bien es de origen voluntario, su contenido es imperativo. Se ha intentado incluso su aplicación al supuesto de la multipropiedad (luego trataremos del Auto del Presidente de la Audiencia de Canarias contrario a su implantación) (133).

Desde la perspectiva registral, la solución dada por el Reglamento Hipotecario, en su artículo 68 («La inscripción de la transmisión de cuota indivisa destinada a *garaje o estacionamiento de vehiculos*, que lleve adscrita el *uso de una o más plazas determinadas*, podrá practicarse en folio independiente que se abrirá con el número de la finca matriz y el *correlativo de cada cuota*»), tras la reforma de 1982, es insuficiente e innecesaria. Insuficiente por cuanto no se conoce la trascendencia sustantiva y formal de la adscripción, con el perjuicio que supone su publicidad frente a tercero —¿hipoteca, embargo de una cuota o de una cuota y su adscripción?, ¿qué efectos produce?, ¿es un dato material o descriptivo? Innecesaria porque si lo que se pretende es descongestionar el folio registral, eso se hubiera logrado admitiendo la inscripción de la cuota en folio aparte bajo el número de la finca matriz, circunscrita su admisibilidad a determinadas comunidades o sólo a la que tiene por objeto un local destinado a garaje dentro del régimen de la propiedad horizontal. Se ha creado un anejo adscrito a una cuota.

En definitiva, la adscripción de uso o concreción material de una cuota indivisa plantea las siguientes cuestiones:

1.<sup>a</sup> La concreción de una cuota con carácter inalterable —salvo acuerdo unánime de los comuneros—, excede de las previsiones legales contenidas tanto en el Código civil —art. 398— como el LPH, que sólo contempla la existencia de elementos procomunales «para servicio o utilidad común de todos los propietarios», presentes y futuros, y se interprete ese «todos» en un sentido u otro —todos los propietarios del edificio o todos los del local—, únicamente produce la exclusión de la acción de división.

2.<sup>a</sup> Las adscripciones de uso se regulan dentro del régimen de propiedad horizontal no para concretar cuotas, sino para solucionar el problema de los anejos y de otros elementos comunes —patios, azoteas... ¿Son los anejos siempre privativos, y su cuota hipotética se incluye en la del elemento a que se adscribe? (31, pág. 384), ¿y los privativos procomunales carecen o pueden carecer de cuota?, ¿o serán los procomunales siempre elementos comunes?, ¿y si el anejo es procomunal, por qué se adscribe a una cuota indivisa y no a un elemento priva-

tivo? (31, p. 385). Quizá esta ficción sea su fundamento: ¿anejos extraestatutarios, voluntarios, autónomos, fuera del título constitutivo? (más bien que su fundamento, parece su talón de Aquiles) —v. Res. de 20-12-1973.

3.<sup>a</sup> En la práctica su fundamento es el principio de autonomía de la voluntad, y ni siquiera los Estatutos recogen alusión alguna a estas adscripciones.

4.<sup>a</sup> Su admisión supone la derogación de los principios de proporcionalidad y régimen de mayorías, propios de la comunidad ordinaria. Mayorías, porque la adscripción no puede alterarse por mayoría simple, o si se altera, los litigios serían interminables —el precio no fue a cambio de una cuota sino de una plaza de garaje (v. STS de 12-12-1983, 16, pág. 507). Proporcionalidad, puesto que si el propietario único y a medida que vende, propietario originario, del local transmite con una misma cuota tres plazas a un comprador y una a otro, no hay disposición legal que lo impida no si la misma cuota supone dos plazas de distintas características y superficies. ¿Habrá que aplicar las normas de la propiedad horizontal a este punto? ¿Y si la plaza se adscribe y numera con relación a la situación real del local, y no se describe? ¿Puede el comprador de varias plazas adscritas a una sola cuota, vender parte de ésta y realizar una nueva adscripción? En principio sí, y para evitarlo precisamente suele pactarse, cuando la situación es resultado de un acuerdo entre comuneros —comunidad funcional—, la indivisibilidad de la cuota —v. infra: Res. de 20-2-1989.

5.<sup>a</sup> La adscripción de uso o concreción de cuotas, unida a la exclusión del tanteo y retracto de comuneros, de la acción de división, y del derecho a participar en la administración de la cosa común en las zonas adscritas (tanto desde la óptica de la comunidad ordinaria como de la propiedad horizontal, ya que el propietario originario o secundario adscribe a su libre albedrío, ejercitando no el derecho a disponer de la propia cuota, sino el de disponer de la superficie atribuida a su participación), acerca esta situación o relación jurídica a la propiedad prodiviso. La adscripción supone un derecho superficiario atípico, perpetuo y gratuito, de origen oneroso o lucrativo, que se asemeja a la situación de los aprovechamientos independientes de pastos, derechos de labor y de vuelo en Extremadura, lejos de las disposiciones que rigen la superficie y el vuelo en el Reglamento Hipotecario —arts. 16 y 30. Todo ello llevaría a la necesaria descripción de la plaza de garaje.

6.<sup>a</sup> La regulación reglamentaria —art. 68— no obedece claramente, como indicamos, a su finalidad —descongestionar el folio registral. El Reglamento Hipotecario circunscribe el caso a las plazas de garaje —¿y los trasteros, o las cuotas concretadas en garajes y trasteros?; a idéntico fundamento, idéntica solución—, y parte del presupuesto equivoco de que las cuotas están numeradas, cuando la numeración debe corresponder al número de la plaza o trastero, guardando la proporcionalidad aludida —si la finca es la 9.877, la cuota es la 1/23 y la plaza la 12, la numeración sería 9.877-12, inscripción 1.<sup>a</sup> de una 1/23 parte indivisa. El problema se plantearía cuando se transmita una cuota doble que lleve adscrito el uso de dos plazas, y la solución podría residir en abrir un folio por cuota y plaza, evitando la complejidad que supone una numeración interminable 2/23, plazas 10 y 11, llevaría a numerar la cuota única con relación a la finca y a las plazas, 9.877-10-11 (quizá la solución más práctica es la propuesta por AVILA: numerar las cuotas por orden correlativo, a medida que se separan del folio «matriz», y con independencia de las plazas —9.877-1, 9.877-2...). Por otro lado, no aclara si la determinación a que alude es la ordinaria, superficie y linderos, o simplemente numeración de plaza con relación a la situación física de ésta en el local destinado a garaje —destino que exige.

7.<sup>a</sup> Se trata de un negocio indirecto, con posible fraude de ley —Cc, LPH—, ya que se pretende la misma finalidad y efectos que una división o segregación —¿fraude fiscal?—, no se trata de un elemento procomunal, sino de un sistema para vender plazas de garaje y trasteros. Lo que se vende y se compra, de hecho y por finalidad, es una o más plazas de garaje, y se participa de los gastos del local a través de la cuota del local, pudiéndose conculcar la proporcionalidad del régimen de propiedad horizontal, cuando las cuotas transmitidas y concretadas no es establezcan de acuerdo con los principios recogidos en el artículo 5-2.º de la Ley.

8.<sup>a</sup> No se trata de una comunidad funcional —igualmente atípica en nuestro Derecho—, ya que, a pesar de estar admitida por las Resoluciones de 1983, se requiere, al menos, su constitución expresa, y sólo cabe —Res. de 20-2-1989— dentro del régimen de propiedad horizontal, a diferencia de lo que ocurre con la adscripción, que puede darse tanto en este régimen como en edificio unitarios (vid. infra).

9.<sup>a</sup> El problema de retracto arrendaticio no queda resuelto: si vendiéndose una cuota indivisa de un local destinado a garaje, cabe el retracto, como señala la STS de 6-4-1965, a diferencia de los supuestos de edificación aislada destinada a cochera —Res. de 5-10-1981— o de garajes delimitados y jurídicamente independientes —SSTS de 29-10-1960 y 22-3-1974— (54), ¿qué ocurrirá con las cuotas que llevan adscrito el uso de una plaza de garaje estatutaria o extraestatutariamente, sin o con descripción de la misma?, ¿puede el titular del uso arrendar?, ¿arrienda la cuota?, ¿está excluido el supuesto de la LAU?, ¿y si todos los comuneros del garaje arriendan éste en su integridad, y luego uno vende la cuota..?

10. La Resolución de 13-12-1971 admite que un piso —elemento independiente— destinado a portería se enajene sin necesidad de desafectación alguna. La adscripción de uso no convierte al elemento privativo en común. ¿Qué ocurre, entonces, con la adscripción de una plaza a una cuota indivisa?, ¿convierte aquélla a la plaza en elemento privativo, y a los viales y rampas en común?, ¿el carácter de las zonas de acceso y maniobra participa de la naturaleza de los elementos comunes especiales del edificio, o son comunes en comunidad ordinaria y susceptibles de cambio de destino?, ¿y si se acuerda ese cambio de destino del local, qué mayoría es necesaria, y cómo se valorarán las participaciones de los comuneros que lleven adscritas más o mejores plazas de garaje, sin proporcionalidad entre titularidad cualitativa y uso..?

11. Conforme al artículo 401-2.º del Código civil, cuando se establezca esta situación de mero hecho, sin pactos estatutarios que excluyan la acción de división, el ejercicio de ésta por cualquier comunero nos llevará a la división horizontal del local y no a su enajenación y ulterior reparto del precio, ya que siendo posible dicha división horizontal no procede la venta, según puede extraerse de las SSTS de 20-11-1985 (11, pág. 402) y 9-5-1988 (53).

AVILA ALVAREZ (51) entiende que para abrir folio independiente a la cuota son requisitos necesarios los siguientes: 1.º Que el destino del local sea garaje o estacionamiento de vehículos, bien resulte de la inscripción de la finca, bien de la primera transmisión de la cuota. 2.º Que lo solicite el titular registral o el adquirente al tiempo de la transmisión, o así lo estime conveniente el Registrador. 3.º Que la cuota lleve adscrito el uso de una o más plazas de garaje. La adscripción es una norma irrevocable de administración para el mejor disfrute de la cosa común. No atribuye facultades especiales. 4.º La adscripción no puede imponerla el propietario de local que haya vendido una participación, sin preverlo

previamente —plantea la posibilidad de la previsión tácita, equivalente a la adscripción realizada en la primera plaza transmitida. 5.º La plaza debe determinarse, lo que no implica deslinde. 6.º La apertura de los folios es sucesiva y en la medida que se van transmitiendo las cuotas —no puede hacerse anticipadamente y sin transmisión alguna.

Respecto a las operaciones registrales, AVILA (51) señala que las cuotas se irán numerando por orden correlativo, sin relación al número de plaza; destaca la importancia de las notas marginales —única conexión entre la cuota y la finca comunal—, y advierte, a efectos materiales, la carencia, en todo caso, de trascendencia sustantiva de la adscripción. La innovación introducida por el artículo 68 es formal y no pasa de descongestionar el folio registral. El condominio a que dan lugar las transmisiones sucesivas es un condominio ordinario, regido por el Código civil, e incapaz de generar la exclusión de la acción de división y de los derechos de tanteo y retracto.

Por otro lado, hemos de advertir que con anterioridad al ensayo reglamentario, venía siendo práctica habitual en algunas comunidades horizontales y objeto de estudio por la doctrina. ROCA SASTRE (52), por su parte, admite la adscripción tanto en el supuesto del local procomunal —finca independiente— destinada a garaje, distribuido en cuotas indivisas que llevan aparejadas —cada una de ellas— el uso exclusivo y excluyente de una o más plazas de garaje, sin posibilidad de disposición separada del elemento independiente que nos hace titular de esa cuota —anejo: titularidad *ob rem*—, como en aquel otro caso donde el local destinado a garaje —finca independiente— da lugar a la formación de una comunidad ordinaria en su estructura y *pro diviso* en su funcionamiento, al adscribirse a cada cuota indivisa el uso de determinada o determinadas plazas, sobre las bases del pacto estatutario que elimine la acción de división y el derecho de retracto —proindivisa la propiedad, prodiviso el aprovechamiento—, dando carta de naturaleza a una comunidad permanente, lejos de la ordinaria o incidental. Pero, en todo caso, hay que destacar dos limitaciones: la acción de división en la copropiedad es absoluta, irrenunciable e imprescriptible (STS de 21-3-1988) (53), y la titularidad prodiviso no llega a transformarse en una propiedad separada, a diferencia de lo que ocurre en el régimen de propiedad horizontal (52, pág. 340; al menos, esta diversidad se manifiesta al comparar el estudio que realiza el citado autor de ambas situaciones jurídicas). Asimismo, apunta ROCA la postura de MONET, que entiende favorable a esta comunidad prodiviso, si bien no deja de plantear el problema de estas comunidades, cuando el origen de las mismas no es otro que una simple cuestión de hecho.

Y precisamente esa cuestión de hecho es uno de los más graves obstáculos de la norma reglamentaria. No nos ofrece dudas el que el derecho y la doctrina en su desarrollo deben resolver las complejas relaciones que surgen de una figura nueva, como es la propiedad horizontal, y ello a pesar de la artificiosidad que supone superponer a la comunidad romana en la titularidad de una comunidad prodiviso en el aprovechamiento, de tal suerte que ésta prevalece sobre aquélla, desnaturalizando su régimen jurídico (artificiosidad que podría evitarse con el establecimiento de una comunidad prodiviso sin más, en base a un pacto contenido en los estatutos, al margen de su configuración como elemento procomunal de todos o determinados copropietarios y sin perjuicio del pronunciamiento de los Tribunales). La duda surge, cuando al margen del amparo estatutario, se constituye una comunidad de singular naturaleza, abandonada a la aplicación analógica de otra figura sin apoyo legislativo. Y la duda surge, por otro lado, de la necesidad u oficiosidad de un nuevo derecho atípico, pendiente de su consa-

gración normativa o jurisprudencial, y encubridor, tal vez, de un negocio indirecto que trata únicamente de soslayar la reglamentación fiscal de divisiones y segregaciones —aunque intentar pagar legalmente lo menos sea de sentido común—, y que no persigue otra finalidad que no pueda obtenerse por otros medios (el pleno dominio de la plaza, su libre disposición, y el proindiviso de los elementos comunes que hacen posible su ejercicio —rampas, viales, aseos... ) (129 *in fine*).

#### — Estatutos y normas de régimen interior

El carácter imperativo y singular, dentro del marco clásico de los derechos reales —incardinado en la rama tradicionalmente privada de nuestro ordenamiento—, del régimen jurídico de la propiedad horizontal, y el escaso margen que deja a la autonomía de la voluntad, fuera de la regulación expresa del esquema organizativo de cada comunidad y no obstante el desarrollo analógico que la necesidad ha impuesto, trajo como consecuencia el análisis doctrinal de la naturaleza jurídica del propio régimen, del título constitutivo, de los estatutos, de las normas de régimen interior, y de la propia Junta de Propietarios, ilustrado por la abundante jurisprudencia que acota y delimita los pronunciamientos legales, y confundir por la *vis atractiva* de las sociedades mercantiles, asociaciones y fundaciones —sin reparar, siquiera en la sociedad civil, que vive tímidamente al margen de la publicidad.

Propiedad horizontal, propiedad separada *pro diviso*, cuasi superficiaria. Título constitutivo, paccional, normativo, vinculante e inderogable por la voluntad de un propietario o de la mayoría —unanimidad. Estatutos, redundantes o en desarrollo de la ley, obligacionales y con la amenaza de la nulidad *contra legem*, propios de las grandes comunidades y complejos inmobiliarios, donde los elementos comunes presentan diversas características. Normas de régimen interior, reglamentarias de los pactos estatutarios. Junta de propietarios, sin personalidad jurídica, actuando o intentando actuar como si la tuviese, atada por esta limitación y sin capacidad o anhelo para soportar la responsabilidad inmobiliaria de su actuación, lejos de la delegación de facultades que hacen los copropietarios en su Presidente. El régimen de propiedad horizontal impone una convivencia necesaria. Desde la perspectiva civilista se analiza con la fortaleza connatural, típica, del Derecho público. Un punto más de intersección y conflicto.

En definitiva, sobre la previsión del artículo 5 de la LPH, ha ido desarrollándose una serie de cláusulas tendentes al mejor uso, destino y aprovechamiento de los elementos privativos y comunes de los edificios sujetos a esta particular normativa, que integra el contenido más o menos típico de los estatutos de este régimen jurídico, que patentiza su necesidad —sobre todo— en los grandes conjuntos inmobiliarios y que, en cualquier caso, personaliza cada comunidad, al limitar o no las actividades que pueden realizarse en el inmueble y el destino de sus elementos. Desarrollo estatutario que no deja, por otro lado, de resolver y plantear problemas jurídicos en orden a la admisibilidad de ciertos pactos, ya que el principio de autonomía de la voluntad tiene aquí como límite la propia ley, en concreto, y el Código civil, en general.

La primera característica destacable de los estatutos es su aspecto normativo. Su establecimiento en base a una especie de delegación legal —como dice ROCA— (52), su permanencia, pues excluye la parcial modificación, su preponderancia, al formar parte del título constitutivo —a veces, confundidos con él—, y su publicidad registral, que los dota de eficacia contra terceros.

La segunda característica es la proliferación de cláusulas de diversa naturaleza y contenido, reales —en cuanto contienen derechos de esta naturaleza— y personales —asimismo inscribibles por imperativo legal. Y dentro de ellas, vamos a referirnos a algunas de las más habituales y trascendentes, sentando el presupuesto de que, en principio, ninguna norma estatutaria puede imponer limitaciones subjetivas al uso y disfrute de pisos y locales (52), salvo las de carácter general a que alude el artículo 7 de la LPH:

### 1.<sup>a</sup> Cláusula que delimita el uso y aprovechamiento del suelo

El suelo, por regla general, es elemento común —art. 396 Cc, STS de 27-3-1984 (11, pág. 157), 30-6-1976 (58, pág. 194). Ahora bien, en aquellos casos en que su superficie exceda de la construida, es decir, fuera del soporte físico del edificio, hemos de admitir la configuración del exceso como elemento independiente, procomunal o común —de uso general o particular (52, 32). Pero, como muestra la jurisprudencia, esta prevención debe contenerse en el título constitutivo o en los estatutos que de él forman parte —v. STS de 5-3-1964, Res. de 28-2-1968) (52).

Hoy puede verse la Resolución de 31-3-1989 (55), que admite la posibilidad de la división de una finca independiente en varias, siendo una de ellas un patio destinado a zona verde [Considerando 2.º: «Integran el edificio, a efectos de la Ley de Propiedad Horizontal, no sólo la construcción principal y el solar que le sirve de soporte, sino también los terrenos y construcciones anejos. Los terrenos anejos (patios interiores y exteriores, jardines, etc.) son, como regla, elementos comunes (confróntese art. 396-1.º del Código civil). Mas no se trata de elementos que sean esencialmente comunes, como las cimentaciones o los muros, pues cabe que adquieran carácter privativo por disposición especial del título constitutivo, o acordada en modificación del mismo. Así viene sosteniéndolo una reiterada jurisprudencia en relación a los patios y otros elementos comunes (entre otras, Sentencias de 6-6-1979, 23-5-1984 y 31-1-1985). Cabe, en consonancia, que alguna de las propiedades separadas del edificio en régimen de propiedad horizontal, tenga por objeto un local o espacio que total o parcialmente sea uno de los pisos o locales superpuestos en vertical en la edificación, siempre que —además de ser susceptible de aprovechamiento independiente por tener salida propia a elemento común o a la vía pública— se trata de locales o espacios integrantes del edificio entendido como unidad inmobiliaria económica, arquitectónica y urbanística en la que la edificación constituya el elemento principal.» Considerando 3.º: «...Del Registro... resulta que un patio de 160 metros cuadrados, a pesar de estar (destinado a zona verde), está entre los elementos que integran el local... objeto de propiedad separada... El principio de legitimación registral obliga a presumir... que el titular registral tiene, sobre ese patio, las facultades de propietario... —aunque su— destino... restringe en grado sumo los aprovechamientos posibles...»] (134). Es indudable que un patio destinado a zona verde puede ser elemento privativo, común, procomunal, o un simple anejo —inseparable—: un patio destinado a zona verde es bien de contenido económico indubitado —tanto de utilización singular como de solución práctica al exceso de suelo no construido, una vez agotado el volumen edificable de la parcela— y puede aprovecharse por su propietario, por algunos de ellos o por todos. Pero la duda surge, y con razón, ante la viciosa redacción del título constitutivo y de los estatutos de la propiedad horizontal, ya que éstos no deben limitarse a describir

los elementos privativos, asignándoles una cuota, y remitirse al Cc y a la LPH, en cuanto a los comunes. Los elementos comunes deben también deslindarse. Los elementos comunes no son sólo el resultado negativo de los independientes, porque si nos amparamos en esta delimitación, el juego de presunciones se desequilibra. Si al describir el local en planta baja se dice que cuenta con un patio destinado a zona verde, sin determinarse otra que su destino, estamos ante el problema de su naturaleza jurídica: ¿qué es?, ¿un anejo?, ¿un elemento común de aprovechamiento individual o puede existir servidumbre de paso a favor de los demás propietarios?, ¿puede negar el propietario al resto de la comunidad su acceso?, ¿la limitación es exclusivamente por razones volumétricas o por ser patio de luces embellecido?, ¿puede techar su propietario el patio, declarar la obra nueva y agrupar su superficie con carácter de útil al resto del local, manteniendo la zona verde?, ¿es una zona verde voluntaria.? Las preguntas serían interminables, y la solución si cabe, debemos encontrarla en el título constitutivo, en base a ese juego de presunciones: 1.º Presunción de elemento común de todo aquello que expresamente no sea privativo. 2.º Presunción de que el destino del patio consta única y exclusivamente en la descripción de la finca. 3.º Presunción de desamparo del título constitutivo y de los estatutos, donde no se recoje expresamente su destino —pues si su destino está impuesto por aquéllos debe así decirse, en otro caso, si es posible urbanísticamente, el destino no vincula al propietario del local. 4.º Presunción de que, frente a tercero, los datos físicos de la finca contenidos en el título son el resultado de la realidad objetiva y no de las declaraciones constitutivas, con independencia de las reclamaciones pertinentes al vendedor —que suele vender las fincas como cuerpos ciertos: pueden sobrar o faltar metros... 5.º Presunción de legitimación registral en el titular de las fincas para administrar y disponer de su propiedad 6.º La legitimación registral no se extiende a los datos físicos de la finca, según reiterada jurisprudencia —incluso existe una Sentencia del Tribunal Constitucional. En definitiva, pues, no se sabe bien si el destino y naturaleza de ese patio forma parte del contenido jurídico del título constitutivo, al estar incluido solamente en la descripción de la finca; si es un mero dato físico y extrarregistral. Si es un mero dato físico, pugnan entre sí las dos presunciones, la de legitimación registral —como parte de la finca independiente—, y la atributiva del carácter de elemento común a lo no deslindado como espacio privativo. La primera de ellas supone extraer conclusiones jurídicas de un dato físico, y la prevalencia de la presunción de privaticidad sobre la de comunidad, en contra de la regla general a que alude el segundo considerando de la resolución —art. 396 Cc— (¿qué ocurriría si en la descripción se hubiera dicho «patio de luces de 160 metros cuadrados, que le separa del resto del local»? ¿haríamos depender su naturaleza jurídica de la palabra «separa»? —si dice separa, es que no está dentro; si dice «patio de luces en su interior» o «consta de patio...», que está—, ¿implicaría la privaticidad del patio con servidumbre, no constituida expresamente, de luces?, ¿no sería la mención de un derecho real no inscribible que se hace en la descripción de la finca y no el título constitutivo..?). La segunda presunción, de formulación negativa y base a ese artículo 396 Cc, parece más conforme con la naturaleza de esa superficie de patio y del propio régimen de propiedad horizontal (la base de la propiedad separada es la copropiedad, y se articula sobre ella sin desnaturalizarla hasta los extremos de perder su esencia y preponderancia: el edificio está en régimen de comunidad, una comunidad singular, pero comunidad). No hay que olvidar la STS de 27-2-1987: «No habiendo sido expresamente reputada la terraza como parte privativa, ...ni tampoco... elemento común por naturaleza..., la condición de elemento común

por destino le viene dada porque no se le configuró como elemento privativo antes de iniciarse la venta de los pisos y locales y, consiguientemente, no habiéndose establecido válidamente que haya de ser privativa, ha de reputarse elemento común a causa de la copropiedad creada por aquella venta de pisos y locales y la extensión de la misma a todos los elementos que expresamente no se haya establecido o inequívocamente parezca haberse reservado el vendedor como elementos privativos» (58, pág. 194). Inequívocamente, dice.

Favorable a la presunción de comunidad, se muestra CASTRO LUCINI con el comentario a la STS de 4-5-1984 (72), que declara la falta de justificación del dominio de una comunidad de propietarios sobre una zona ajardinada, en base al título de segregación, obra nueva y división horizontal, del que no resulta —al parecer— el carácter común o privativo de la misma, y menos aún el de anejo de un local de negocios sito en la planta baja de la edificación a que da frente —situación en que se halla de *facto* parte de dicha zona (debe de tratarse de un complejo inmobiliario integrado por varios bloques o edificios, dando frente dicha zona al bloque cuarto, donde se integra el local de negocios, cuyo titular adquirió además de éste, parte de la zona ajardinada). La Sentencia no es nada clara. Es más, negando a la zona el carácter de elemento común de todo el complejo, parece atribuírselo respecto del bloque cuarto (dice: «...podrá pertenecer al indicado bloque cuarto, pero... en modo alguno es elemento común de la Comunidad...»). Como dice CASTRO LUCINI, para formarnos una idea de la trascendencia del pronunciamiento, deberíamos conocer el contenido del referido título.

La complejidad del caso nace de que se sustente sobre un dato meramente descriptivo, y aún menos que descriptivo, pues según el recurso del Registrador, en la inscripción se alude al patio de pasada, después de los linderos, y al determinar la superficie del local. No se aclara si distingue entre superficie útil y superficie total, ya que si en ésta se incluye el patio parecería que forma parte del aparcamiento. Sólo dice mide X metros cuadrados «y 160... destinados a zona verde». Parece que de la «y» se puede extraer su conclusión, ya que esta superficie no se deslinda de la otra. Como ocurre en las viviendas: 100 metros cuadrados y una terraza descubierta de 24 metros cuadrados. Si es una terraza no hay solución de continuidad física, como en el patio, pero si fuera «y un trastero» sin describirlo, con sólo mención de superficie, ¿qué se entendería?, ¿anejo? Pero anejo porque es trastero o porque todo trastero es anejo. Sólo son anejos aquellos elementos a los que se les atribuye esa condición expresamente. ¿Podrían existir anejos tácitamente configurados? La LPH en su artículo 5-1.º alude al anejo como simple elemento descriptivo, lo que no aclara es que la palabra «anejo» sea sacramental, incluso suele referirse el título a él con una mera referencia (igual que en el caso contemplado, pero con la palabra anejo: «y un anejo de X metros cuadrados» —52, pág. 384), y además del apartado a), *in fine*, del artículo 3 se deduce que lo normal es que el anejo está dentro del elemento privativo, y que es accesorio de éste. Precisamente esta nota de accesoriedad es la que tipifica al patio destinado a zona verde, y revela su naturaleza jurídica, aunque no se emplee la palabra anejo. De la descripción de la finca se deduce que su destino principal es el de local para aparcamiento de vehículos, siendo accesorio el patio. Y esa accesoriedad, hace presumir determinativamente que se trata de un anejo: anejo, en sentido estricto, privativo e inseparable del local, salvo desafectación —los estatutos le autorizan para dividir, no para desafectar—; anejo, en sentido lato, uso exclusivo de un elemento común —desafectación y venta, previas a la división. El patio puede ser privativo, puede formar parte del local, puede ser

vinculante su destino, pero en todo caso es accesorio, y tal carácter, unido a ese destino, restringen, dificultan u oscurecen las posibilidades de la división sin más, y plantea la duda de si su separación no altera su destino, cuando se desliga del elemento principal, para cuyo servicio se incluyó en el título constitutivo —¿autorización de la Junta?, ¿acuerdo unánime? En definitiva, parece que la DG ha optado por una solución práctica, y quizá no extrapolable a otros supuestos. La decisión depende de una palabra, de una coma, de una conjunción...

## 2.<sup>a</sup> Cláusula que determina las reglas de administración de la comunidad

La estructura organizativa de la comunidad (52, 35) de propietarios aparece diseñada en el propio texto legal, donde, por otro lado, se establecen las normas por las que se rige la junta, en orden al nombramiento de Presidente, Secretario y Administrador, naturaleza y necesidad de sus cargos, remoción, clases de juntas, forma de adoptar acuerdos... La vida interior de las comunidades ha ido desarrollando una abundante jurisprudencia, que permite, a pesar de la vivacidad casuística de las controversias, definir unas pautas claras de actuación. No es el momento de entrar en ello, no obstante la trascendencia registral de los acuerdos comunitarios. Aludir al cumplimiento de los requisitos de unanimidad en la adopción de acuerdos, de notificación de éstos, de legitimación de firmas y cargos en las certificaciones que los plasman... no viene al caso. Sólo mencionaremos de pasada la singularidad que supone la coexistencia de varias juntas, perfectamente articuladas por las normas estatutarias en base a la previsión legal de la comunidad tipo, en los casos de superposición de comunidades. Esta superposición de comunidades está admitida expresamente por la SAP de Madrid de 30-10-1985 (35, pág. 22).

## 3.<sup>a</sup> Cláusula que permite el cambio de uso o destino de los elementos privativos sin necesidad del consentimiento de los demás propietarios

En los términos de los artículos 7.3,5 y 16 de la LPH, el uso o destino de viviendas y locales, así como su aspecto exterior, puede venir predeterminado en los estatutos. Con anterioridad, vimos la problemática de la ausencia de normas clarificadoras del destino de los elementos conformadores del edificio. —Res. de 31-3-1989.

Suele admitirse que los estatutos contengan una regla permisiva de la alteración del destino, a voluntad del propietario y dentro de los límites genéricos de las actividades lícitas a desarrollar, sin necesidad del consentimiento de los demás propietarios. Así lo entiende ROCA (52, pág. 383). Sin embargo, hemos de señalar que estas autorizaciones contenidas en los estatutos están sujetas a las mismas contingencias que las que permiten dividir y segregar locales, como más tarde veremos. Cabría plantearse, caso de ser nula la cláusula, la mayoría necesaria para adoptar el acuerdo, habida cuenta que el destino siempre consta en el título constitutivo, aunque sea de la manera anómala que antes referimos, existan o no estatutos. Y en este sentido, se requeriría siempre unanimidad, extrayendo la conclusión —a efectos prácticos y con carácter general— de que toda modificación, que deba documentarse en escritura pública e inscribirse en el Registro, requiere tal unanimidad, trátese de normas, elementos privativos o comunes (v. sobre unanimidad tácita, la STS de 28-4-1986 —21, pág. 1861—, sobre des-

afectación de elementos, las RR de 5-5-1970, 1-12-1971 y 13-6-1973, y sobre alteración de destino —garaje por industria— la Res. de 12-12-1986 —56).

Sobre cambio de destino, puede verse la Res. de 20-2-1989, que se ocupa del concepto de local comercial, y la intrascendencia comunitaria de la fijación de un nuevo destino —garaje o aparcamiento—, esto es, su fijación sin acuerdo unánime de los copropietarios del edificio, donde una vez más prevalece la propiedad separada y su libre autorización sobre la comunidad horizontal —v. Res. de 31-3-1989—. El concepto genérico de local comercial, incluye el de garaje, y la alteración de destino presupone la previa determinación de éste en el título constitutivo o en los estatutos. La determinación de un destino específico, aparece, así, como vínculo de carácter negativo: sólo se excluyen los destinos que, al margen de los límites legales genéricos, están expresamente prohibidos en los estatutos. Ahora bien, aunque el destino de aparcamiento o garaje sea habitual en estas comunidades, ello no quiere decir que su establecimiento no sea una actividad molesta, o incluso peligrosa, que requiere de las oportunas licencias municipales, y quizá de la aprobación de la comunidad. Aprobación que se requiere toda vez que se altera la estructura o fábrica del edificio, y es más que dudoso que no haya habido alteración del título, cuando dos locales comerciales independientes, pertenecientes a distintos propietarios, están comunicados de hecho y no de derecho entre sí. Comunicación que aunque no afecte a un elemento común, sí afecta al edificio —igual que cuando se comunican dos viviendas por su propietario único. Seguramente en la descripción sólo se decía que lindaba con otro local, la inexistencia de pared divisoria se hace constar en escritura posterior y por los interesados en el cambio de destino. La pared divisoria es elemento común (SA de Valencia de 12-5-1970, SAT de Barcelona de 6-3-1973: 59, págs. 104, 106). No obstante, lo cierto es que la limitación de destinos en la práctica siempre se formula negativamente: si no se prohíbe que una vivienda se destine a consulta médica o despacho de abogado, la actividad se permite (SSTS de 2-6-1970 y 3-12-1966: 59, págs. 117-118, entre otras de diverso signo, según la extensión y carácter de la actividad. Al uso en concreto de los bajos como garaje, calificándolo de actividad no incómoda, se refiere la SAP de Tarragona de 13-10-1976: 35, pág. 252).

Por otra parte, los términos «locales comerciales» y «locales de negocio», según la DG, responden usualmente, y más aún en las edificaciones acogidas a los beneficios y a las limitaciones de la legislación de viviendas de propiedad horizontal, a todos aquellos elementos privativos que no son viviendas, «sin intencionalidad alguna en cuanto delimitadora de usos específicos». Es una simple expresión descriptiva, dice el considerando segundo: ¿es, pues, necesario hacer constar en la inscripción el destino, cuando no se atribuye expresamente en el título, o consta simplemente en la descripción de la finca?, ¿hay que disociar en el título constitutivo parte descriptiva o física y parte jurídica? (patio destinado a zona verde: v. supra Res. de 31-3-1989).

En definitiva, la problemática registral del destino se circunscribe al análisis de los pactos limitativos contenidos en el título o en los estatutos, cuando se establezcan expresamente, y a la de la certificación del acuerdo unánime de la junta de propietarios que apruebe las obras realizadas —obra nueva—, cuando se modifique la distribución interior de un elemento privativo y ésta afecte a la estructura o fábrica del edificio, o a uno de sus elementos comunes —pared divisoria, huecos, puerta de acceso. Todo cambio de destino que traiga consigo la redistribución interior, altera el título constitutivo, y modifica la declaración de obra nueva realizada —unanidad—, salvo alteraciones accidentales

—únicas que puede realizar el propietario—. Lo que hace suponer que los locales a que se refiere el recurso o eran diáfanos o no constaba su distribución.

Si, como nos preguntábamos más arriba, disociamos, en virtud del principio de legitimación registral (66), el contenido físico del título constitutivo de su contenido jurídico, tendríamos: 1.º El título al describir el inmueble en su conjunto y las partes privativas en concreto, no puede determinar jurídicamente el destino de las partes privativas, sino sólo definir el objeto de los derechos reales. 2.º Serán elementos comunes, por exclusión, aquellos que expresamente no se relacionen y deslinden como individuales —patios, escaleras, zonas ajardinadas... 3.º El destino jurídico debe constar en la parte dispositiva del título, donde se establece el régimen de propiedad horizontal, así como las limitaciones que se impongan a la libre fijación de éste —el Registrador no puede cuantificar las limitaciones genéricas: actividades incómodas, insalubres, peligrosas, inmorales... 4.º Caso de existir tales limitaciones, podría inscribirse la transmisión, denegando el destino por infringir una norma estatutaria o constitutiva. 5.º Las alteraciones físicas de la finca pueden ser interiores o exteriores. Tanto unas como otras, si afectan a la edificación general, requieren el consentimiento unánime de la junta, y, en consecuencia, darán lugar a la denegación de la modificación de la obra nueva que se declare y pretenda inscribir. En los supuestos de redistribución interior de viviendas y locales, dentro de los límites de la autonomía del derecho de propiedad, deberá manifestarse expresamente que no suponen alteración del edificio, y cuando la distribución interior conste previamente en el Registro, el respeto de la estructura interna del edificio —o la notificación a la junta de las obras realizadas—. 6.º El carácter de anejo de determinados espacios y el uso exclusivo de señalados elementos comunes por parte de los titulares de fincas independientes debe constar, asimismo, en la parte dispositiva del título, para evitar la posible transgresión de la LPH que supone la mera referencia al anejo, sin su deslinde —no se patentiza su aptitud de ser elemento independiente.

(Sobre transformación de viviendas en locales de negocio —cambio de destino—, el art. 8 del RD-L 2/1985, de 30 de abril, dice: «Transformación de viviendas en locales de negocios.—Los propietarios de fincas urbanas y los arrendatarios de éstas, con el consentimiento de aquéllos, podrán realizar libremente la transformación de viviendas en locales de negocios, salvo disposición contraria, en su caso, de los Estatutos reguladores de las comunidades de propietarios, y sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 7, párrafo tercero, de la Ley de Propiedad Horizontal, de 21 de julio de 1960, relativo a actividades estatutariamente no permitidas, dañosas para la finca, inmorales, peligrosas, incómodas o insalubres, y de la obtención de las correspondientes licencias administrativas») (71).

#### 4.<sup>a</sup> Cláusula que vincula a la titularidad de un elemento independiente uno o más anejos, comunes, privativos o procomunales

La figura del anejo, inseparable de la titularidad de la finca independiente, aparece desdibujada dentro de nuestra LPH. Son los artículos 3 y 5 los que se refieren a éstos, y de su regulación puede extraerse que se trata de una superficie suficientemente delimitada, al menos de hecho, susceptible de aprovechamiento independiente, que pueden hallarse situados fuera o dentro del espacio en que se contiene el elemento privativo. Superficie delimitable, en cuanto la práctica nos muestra el hecho de que los anejos no siempre se deslindan, simplemente se

mencionan; práctica que no necesariamente tiene amparo en la ley. Pues si bien no recoge la obligatoriedad de su descripción, ella podría haberse impuesto por aplicación de los principios hipotecarios (57), por el propio espíritu de la misma y por su propia naturaleza jurídica de elemento accesorio del independiente, y privativo, en suma (52;35, 216: SSAT de Barcelona de 20-6-1983 y 23-7-1984; la primera entiende que, en sentido estricto, es anejo «lo que constitutivamente podría ser objeto de aprovechamiento independiente», la segunda establece la necesidad de incluir el anejo en la descripción del inmueble en su conjunto, en el título constitutivo).

La situación del anejo —a cierta distancia del elemento al que se vincula— es indiferente. El artículo 3, *a*), *in fine*, recoge esta salvedad —«aunque se hallen situados fuera del espacio delimitado». Observación importante, puesto que parece deducirse de su dicción que lo normal sería que estuviesen dentro del espacio delimitado. Y que para que sea anejo debe describirse suficientemente —ubicación dentro del edificio—, por razones subjetivas y objetivas, para determinar nuestra propiedad y para romper la presunción de comunidad de los elementos no excluidos. Lo que ocurre es que si el anejo no se describe, sólo su superficie, no se emplea la palabra «anejo», y está incluido dentro del perímetro de nuestra finca, ¿cómo sabremos que es anejo? El dato de la situación dentro del edificio no es suficiente: el dato del destino puede ser revelador —aunque se contenga una simple referencia en el título, si se expresa el destino, algo cambia—, pero no concluyente, al no manifestarse la causa de tal destino —razón urbanística, razón estética, razón económica o de utilidad—, ni situarse la mención de éste en el lugar adecuado —estatutos, título; y, por otro lado, la enumeración de anejos en el art. 5 es meramente enunciativa: garaje, buhardilla o sótano. Quizá lo definitivo sea su carácter accesorio del aprovechamiento principal, estando éste expresamente definido, pues, aunque, mediante su desafección, al ser susceptible de aprovechamiento independiente, puede adquirir autonomía, lo cierto es que su finalidad o destino mejora, complementa o facilita el ejercicio del derecho dominical del propietario o del elemento principal.

FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO (59), entiende que el término anejo en la LPH se reduce por el legislador a las «partes privativas», a diferencia de lo que ocurre en los artículos 396-2 y 401-2 del Código civil, y destaca en su concepto el carácter accesorio, la posible autonomía, y la vinculación física entre el anejo y el piso o local principal. Cuestión que plantea dos problemas: uno, el referido a la utilización de la palabra sacramental «anejo», y otro, la necesidad de que se exprese en el título o en los estatutos la naturaleza del anejo, según nos refiramos a los anejos del Cc, elementos comunes, o a los de la LPH, elementos —accesorios— privativos. No obstante, parece evidente que el término «anejos» en el Código civil se refiere a los elementos comunes sin más, destacando su inseparabilidad de los privativos —los comunes— como accesorios de los privativos (59). Son anejos sustanciales y tácitos.

El que para su establecimiento baste una mera referencia complica el supuesto, pues salvo los elementos comunes esenciales por naturaleza, el resto puede ser susceptible de aprovechamiento independiente, e incluso algunos de los esenciales por naturaleza pueden ser susceptibles de uso exclusivo y excluyente por parte de alguno o algunos de los copropietarios. En la propiedad horizontal, en base a los pactos estatutarios, se disocia la titularidad y el aprovechamiento, con la particularidad de que prácticamente todos los espacios libres, interiores y exteriores del edificio, que no sean imprescindibles para el ejercicio de la propiedad separada de los comuneros, es decir, el acceso independiente y

la infraestructura de la edificación, pueden ser aprovechados individualmente, sin perder su naturaleza común (v. STS de 2-10-1986: 14, pág. 1219). Luego, como ya advertimos, si no se expresa y delimita claramente el carácter del anejo, su privaticidad o no privaticidad está sujeta a un juego de presunciones.

Así pues, podemos reseñar, como criterios diferenciadores, los siguientes:

1.º La palabra anejo es reveladora, pero no sustantiviza el carácter de ese espacio delimitado, no tiene una significación jurídica predeterminada —si dice el título, al describir la vivienda, «y 12 metros cuadrados destinados a garaje» o «en el/de garaje», es indudablemente un anejo; otra cosa es que el garaje sea procomunal, común o privativo.

2.º La accesoriidad es la nota que cualifica a los anejos: la accesoriidad de uso, a los que recaen sobre los elementos comunes, la accesoriidad de destino, a los que integran los elementos privativos (v. STS de 20-3-1984: 16, pág. 488). La accesoriidad sustantiva de los elementos comunes por naturaleza, hace innecesaria su calificación de anejos —art. 396-2 Cc.

3.º La autonomía física de ese espacio susceptible de aprovechamiento independiente —más aún, debe entenderse de propiedad separada, puesto que el aprovechamiento no es un rasgo distintivo—, es cualidad característica de los anejos privativos. Buhardillas, garajes, trasteros —téngase en cuenta que la enumeración de la LPH es enunciativa—, no presentan, en principio, mayores dudas sobre su naturaleza —anejos privativos. Patios, sótanos, zonas ajardinadas, zonas deportivas, piscinas y azoteas, esto es, suelo y vuelos, sí plantean serios problemas. En principio, si no se deslindan como anejos privativos, son elementos comunes, y el aprovechamiento exclusivo debe constar expresamente en el título constitutivo. La normativa legal debería exigir, teniendo en cuenta la tendencia actual a adscribir usos y aprovechamientos, la necesidad de describir los anejos y de atribuirles expresamente su naturaleza. En sentido estricto, toda adscripción de uso de espacio no suficientemente delimitado y susceptible de formar una finca independiente —si no se delimita éste, nunca sabremos si puede ser un anejo privativo—, por tener acceso directo a la vía pública o a un elemento común, que se realice, como mera referencia, en la descripción de la finca matriz y no se incluya en el título o en los estatutos, no es un anejo, y como tal debe excluirse su mención de la inscripción registral. Si es anejo privativo, debe resultar del título el cumplimiento de los requisitos de tal anejo, y si es una adscripción de uso exclusivo sobre un elemento común —anejo impropio—, debe constar dicha naturaleza, para definir el objeto sobre el que recae. La parte descriptiva del título constitutivo, donde se contienen los datos físicos de la finca, no es lugar adecuado para incardinar meras referencias a anejos de dudosa naturaleza, a menos que de la descripción de éstos conste expresamente su aptitud para ser finca independiente, o el carácter de común del elemento sobre el que recae. La expresión, al describir la finca, de que tiene como anejo la mitad de un patio, aunque se describa, hace presumir que se trata de un elemento común, ya que si es privativo tiene que determinarse si es un participación indivisa, o simplemente un espacio que en unión de otro forma un patio, ocupando cada uno la mitad de su superficie total.

4.º A pesar de la Resolución de 31-3-1989 (55) y de la STS de 4-5-1984 (16, pág. 493), de donde resulta la atribución del carácter privativo a un patio destinado a zona verde, y la necesidad de acreditar la titularidad dominical, por parte de la comunidad de propietarios, de una zona ajardinada, lo cierto es que la presunción prevalente en esta materia es la de comunidad. Como indica el co-

mentarista a la STS, «lo fundamental, al menos dogmáticamente, es la situación de comunidad, todo lo especial y *sui generis* que se quiera, pero comunidad al fin y al cabo», el principio general sería «se presumirán elementos comunes todos aquellos que expresamente no se configuren como privativos». Y el principio de legitimación registral no ampara los datos físicos de la finca (60), de ahí la conveniencia de incluir los anejos en la parte sustantiva del título constitutivo.

Finalmente, sólo nos queda aludir a los anejos procomunales. En este punto, la cuestión fundamental es más amplia, antes nos referimos a ella. Se trata de saber cuál sea la naturaleza jurídica del elemento procomunal: un elemento privativo común a uno o varios propietarios (52), un elemento común accidental en comunidad ordinaria cualificada por la exclusión del retracto y de los derechos de preferente adquisición (43, pág. 98), o un tercer género, a mitad de camino entre unos y otros. En todo caso, conviene destacar la permisividad que la práctica ha impuesto en esta materia, y la caracterización de éstos por su susceptibilidad de ser elementos privativos. Y lo cierto es que existen edificios donde el garaje o la vivienda-portería es procomunal, sin constituir elemento independiente, y, a su vez, elementos privativos de destino procomunal —v. la STS citada sobre el piso independiente destinado a portería—, para el servicio de todos o algunos de los propietarios —los locales pueden estar excluidos de la portería— (68). Si es un elemento procomunal común, su uso, destino y accesoriadad, se determinará por el título o los estatutos, o incluso por acuerdo de la Junta, al margen de la publicidad registral, caso de que exista y no se haga referencia a él —a veces, su presencia pública se patentiza a través de un lindero de un piso. Si es un elemento privativo, dará lugar a la constitución de una comunidad cualificada, y a la adscripción de una cuota indivisa a la titularidad del elemento privativo —titularidad *ob rem*. Son, pues, anejos impropios, accesorios, que no forman parte de la finca independiente. Se parecen a los anejos por su accesoriadad, pero se distinguen en su sustantividad —son elementos privativos, no espacios delimitados y aptos para serlos. Su vinculación, a efectos prácticos, es idéntica o muy parecida. Se distinguen por atribuir una cuota, por su carácter comunitario, y por su autonomía física y jurídica, ya que si dan lugar a una comunidad no integrada por todos los propietarios del edificio, la vida del elemento se desarrolla al margen de la junta, en cuanto a la administración. La disposición dependerá de cómo se haya articulado; según se trate de un elemento procomunal autónomo —comunidad funcional autónoma—, o de un anejo procomunal vinculado estatutariamente a la titularidad de un elemento independiente —podría decirse comunidad funcional accesoria, cuya titularidad se determina *ob rem* (52, pág. 386: elementos privativos comunes por destino, al servicio de todos los propietarios y sujetos al art. 16-1 LPH).

- 5.<sup>a</sup> Cláusula por la que el propietario único del edificio, o si son varios, todos o algunos de ellos, se reservan el derecho de vuelo o sobreedificación de una o más plantas sobre la cubierta, o incluso de subedificación

Tras la reforma del Reglamento Hipotecario, se da carta de naturaleza en nuestro ordenamiento a un tipo de derechos reales carentes de regulación, y en cierta forma residuales y odiosos a los principios liberales que inspiraron la Codificación. El artículo 16-1 establece los requisitos de inscribibilidad del derecho de superficie, el 30 los del derecho de vuelo rústico y el 16-2 regula los

derechos de sobre y subedificación, con sustantividad propia, al margen de la superficie urbana. Son derechos en tránsito, generadores de derechos dominicales dentro del régimen de propiedad horizontal. Aquí, en este caso, el régimen imperativo de la propiedad horizontal, no nace del principio de autonomía de la voluntad, es una exigencia reglamentaria para su inscripción —dejamos a un margen el problema material de existencia extrarregistral.

En este caso, cuando el origen del derecho no es otro que una reserva dominical en el título constitutivo de la propiedad horizontal o al tiempo de la enajenación de la propiedad de la finca, la virtualidad de la reserva requiere el cumplimiento de los requisitos del artículo 16-2 del RH: deben establecerse las bases de la futura propiedad horizontal o la reforma de la que se constituye, dando lugar en este caso al establecimiento de una cláusula —estatutaria o no— al respecto.

La admisión de esta cláusula plantea dos problemas distintos: 1.º La reserva de un derecho real sobre cosa propia, cuando el propietario único del edificio lo divide horizontalmente. 2.º El consentimiento anticipado que se autoconcede el propietario único para declarar la obra nueva y modificar la propiedad horizontal, sin necesidad del acuerdo unánime de la junta autorizando tal modificación, como resultado del ejercicio del derecho de sobre o subedificación. El primer problema se resuelve por la doctrina, bien recurriendo a la consideración de la reserva como norma estatutaria (CHICO Y ORTIZ: 61), bien por aplicación del artículo 541 del Código civil (ROCA: 52, pág. 387). En cualquier caso, podría admitirse si consideramos dicha reserva sujeta a la condición suspensiva de que efectivamente lleguen a enajenarse uno o varios elementos privativos a tercero, dando lugar a la efectividad de la comunidad proyectada. Y decimos proyectada, porque hasta que se produzca dicha enajenación la división en régimen de propiedad horizontal carece también de sentido. La propiedad horizontal existe, pero la comunidad todavía no, y ello aunque la finalidad de la división no sea otra que hipotecar un piso independientemente del resto. Es un artificio jurídico, aún existiendo acreedor hipotecario —tercero y titular de un derecho de realización de valor, pero no comunero. También podía haber hipotecado una cuota indivisa. La división horizontal persigue un único destino: formar una comunidad. Al dividir, el establecimiento del régimen comunitario es imperativo, de tal suerte que sustraído del edificio de la división material, por razones físicas y jurídicas, no es posible otra solución. Si se quiere dividir, a causa de la administración y buen gobierno del inmueble, hay que hacerlo horizontalmente, aunque para ello deba crearse la ficción de un comunidad futura.

La jurisprudencia, por su lado, se muestra favorable a la eficacia de esta cláusula. El TS en S. de 15-12-1973 reconoce la licitud de esta reserva, y la legitimidad del derecho de sobreedificación o levante, aún en el caso en que el mencionado derecho tiene un contenido indeterminado. Es decir, cuando se reserva el derecho de levante sin más, sin especificar las plantas a realizar, ni los elementos comunes por él gravado. En el caso concreto del recurso se invadía el patio común. Dice el segundo considerando: «...la obra de elevación que invadió el patio común... —puede realizarse— ...porque el recurrente había otorgado su consentimiento al gravamen al acceder a que la vendedora se reservara íntegro el derecho de sobreedificación, derecho que lleva siempre consigo el de gravar elementos comunes... —y— al no especificarse cuáles de ellos habrían de ser afectados... —el Juez—, para no condenar a la ineficacia la mencionada cláusula, interpretó —que dicha determinación de elementos— quedaba diferida al momento de su ejecución, ...doce años después...», con dos limitaciones, el número

de plantas o alturas a gravar será el permitido por las ordenanzas municipales, y los elementos a gravar serán los necesarios para dicho alzamiento (59, pág. 1241). La DG, admitió, asimismo, la validez e inscribibilidad de la cláusula en Resolución de 7-4-1970, siempre, claro está, que se cumpla lo preceptuado en el artículo 16-2 del RH

Y admitida su licitud, el problema que surge es el segundo planteado: ¿es necesario el acuerdo unánime de los copropietarios, en cuanto supone modificación del título constitutivo, o es válido el consentimiento anticipado que la propia cláusula prevé? Una cosa es la validez de la reserva y la legitimidad de su ejercicio, y otra la necesidad de ese acuerdo. El TS no se pronuncia sobre el tema, la DG sí. Para ésta el que se reserva tal facultad, si en la cláusula de reserva así se recoge, debe considerarse apoderado de los sucesivos propietarios de los pisos al efecto. Se trataría de un consentimiento anticipado, que opera por el mero hecho de adquirir un piso, por causa de la publicidad registral —estatutos inscritos—, y/o por la aceptación expresa de éstos o de la cláusula en concreto de la propia escritura de venta. Sin embargo, la cuestión no es tan clara como parece, y más aún si la relacionamos con el consentimiento anticipado que contemplan las cláusulas que facultan al propietario único o a los titulares de ciertos elementos privativos para realizar divisiones, segregaciones, agrupaciones y agregaciones —que luego veremos—, donde la jurisprudencia opta por declarar su nulidad.

AMORÓS GUARDIOLA, muestra, en sus comentarios a la Resolución de 7-4-1970 (62), serias objeciones a su admisibilidad, siendo partidario de una fórmula intermedia, caracterizada por la validez de la cláusula —art. 16-2 RH— y la nulidad del consentimiento anticipado. Una vez ejercitado el derecho de sobreedificación —al de subedificación puede aplicarse la misma doctrina—, la modificación del título deberá aprobarse por la comunidad.

Plantea AMORÓS, en primer término, el tema de la naturaleza jurídica de este derecho, y lo considera un derecho de vuelo, distinto de la superficie, regulado directamente por los artículos 11 de la LPH y 16-2 RH —si entendemos a que este artículo vigente, tras la LPH—, y supletoriamente por las demás normas civiles e hipotecarias; y en segundo lugar, rechaza el consentimiento anticipado por las siguientes razones: 1.<sup>a</sup> El apoderamiento, como poder de legitimación voluntario, debe conferirse por cada propietario individualmente —escritura pública, no por adhesión a unos estatutos en los que no interviene. 2.<sup>a</sup> La revocación del poder puede tener lugar en cualquier momento —si se contiene en los estatutos, se requerirá el consentimiento unánime de los demás, extraños a la relación personal. 3.<sup>a</sup> El pacto de adhesión que supone la inclusión en los estatutos de esta cláusula, contraviene la esencia del poder— son incompatibles. 4.<sup>a</sup> Podría suponer dicha reserva y facultad un fraude de ley, al fijar el propietario único los porcentajes —cuotas—, aunque se prevenga genéricamente la proporcionalidad, e implicaría, asimismo, la renuncia anticipada y genérica de un derecho futuro e indeterminado en toda su extensión y límites.

Como puede observarse, las razones de AMORÓS son de peso. Sin embargo, la práctica nos lleva a formular soluciones que no requieran necesariamente de ese acuerdo unánime, y que no vulnere la esencia del apoderamiento. El fundamento de esa omisión no puede ser otro que su carencia de contenido. Esto es, si la cláusula pormenoriza la modificación de la propiedad horizontal que se llevará a cabo, en orden a la cuota de cada planta o de cada elemento privativo, y la forma en que se llevará a cabo la edificación, con indicación del lugar y elementos comunes afectados, respetados los criterios de legalidad y proporcionalidad

que impone la LPH, los obstáculos se reducen, podía tratarse más que de un acuerdo aprobatorio, de un acto debido, de una aprobación ritual, de un «visto bueno». Y el fundamento de tal apoderamiento, estaría en su especialidad (67), ya que se singulariza no sólo desde el punto de vista del poderdante, sino también del apoderado. Poderdante y apoderado pueden cambiar, produciéndose una subrogación en ambas posiciones, al modo del artículo 235 del RH, donde las condiciones personales de acreedor y deudor no son tenidas en cuenta para la concesión de ese mandato irrevocable, sino las posiciones jurídicas de los mismos (dado el desequilibrio existente entre las partes, o la necesidad del deudor, éste se ve forzado si quiere recibir el dinero a nombrar mandatario al acreedor, más que por su condición personalísima, por su condición de acreedor, y éste está obligado a exigirlo así del deudor, pues, en otro caso, la balanza se desequilibraría ahora en su contra: no podría recurrir al ejercicio extrajudicial. El legislador ha inventado un representante del deudor en rebeldía, fuera de los procesos judiciales. Es como un poder al cargo de acreedor). La dificultad está en admitir esa singularidad al margen e incluso en contra de la ley —arts. 16 LPH y 10 de la Ley de Defensa de los Consumidores y Usuarios—, y para salvar el escollo podría arbitrarse en los mismos estatutos una fórmula por la que su eficacia —la de la cláusula— esté supeditada a la aceptación expresa del comprador en el contrato de compraventa, para que al modo del crédito hipotecario —se trata aquí de unos estatutos personales con eficacia real—, se haga constar expresamente en el Registro tal aceptación —inscripción y nota al margen de la matriz—, salvando su posible nulidad —su anulabilidad. Los estatutos inscritos producen efectos contra tercero, igual que la hipoteca inscrita, para que esa cláusula adquiera virtualidad podría exigirse o recomendarse la necesidad de la aceptación expresa, igual que la subrogación en el préstamo. Cautela necesaria no sólo ya para esta cláusula, sino para cualesquiera otras y para los estatutos en suma —los estatutos suelen acceder al Registro, cuando han tenido lugar con anterioridad ventas en documentos privados. Nacen nulos (STS de 3-12-1985: 58, pág. 194).

Y todo ello, sin entrar en el tema de la ganancialidad de la adquisición y el carácter del apoderamiento, o consentimiento anticipado otorgado sin la concurrencia de ambos cónyuges.

#### 6.<sup>a</sup> Cláusula que establece el régimen de servidumbres dentro del edificio, o entre dos edificios contiguos (32, págs. 531 y ss.)

La singularidad del régimen jurídico de propiedad horizontal, hace innecesario, en la mayoría de las ocasiones, la constitución de servidumbres dentro del edificio. El acceso a los elementos individuales para realizar reparaciones que afecten a la estructura o fábrica del edificio, viene impuesto por la propia LPH —servidumbre legal—, y la utilización de los elementos comunes, accesorios pero fundamentales para el ejercicio de la propiedad separada, es más bien resultado del derecho de condominio que del de servidumbre —sería una servidumbre sobre cosa propia, en cuanto el propietario de una finca independiente es condómino, y sus facultades recaen sobre toda la cosa común, en concurrencia con los demás.

FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO (59, pág. 26), observando la inclusión que hace el artículo 396 Cc de las servidumbres dentro de los elementos comunes, distingue los siguientes supuestos: 1. Servidumbres entre elementos privativos y comunes (SAT de Oviedo de 16-10-1965). 2. Servidumbres entre elementos privativos (SA

de La Coruña de 23-10-1971, y SA de Alicante de 19-6-1972). 3. Servidumbres entre edificio en régimen de propiedad horizontal y finca privativa no integrada en el mismo (STS de 5-3-1964), esté o no dividida en régimen de propiedad horizontal —podríamos añadir.

En términos generales, podemos destacar dentro de la problemática de estas servidumbres, la necesidad del cumplimiento del principio de especialidad (63), el que puedan establecerse entre edificios contiguos en régimen de propiedad horizontal (Res. de 21-10-1980), y la admisión de la servidumbre sobre cosa propia o sujeta a la condición suspensiva de la transmisión a un tercero de cualquier elemento privativo, que si por un lado infringe el principio de extrañeza entre los titulares de los fundos, lo mantiene en cuanto a la sustantividad e independencia de ambos (en contra: STS de 21-10-1976 —25, pág. 241—. A favor: Res. 21-10-1980 —«bajo la condición suspensiva de que nazcan cuando un tercero adquiere alguna de las fincas registrales que van a ir surgiendo de la principal...», arts. 9-2.º de la Ley y 51-6.º de su Reglamento»).

Las servidumbres aparentes (art. 541 Cc, ROCA —52—, el TS, en SS de 2-6-1972, 29-5-1979 y 20-10-1980 —64), pese a la admisibilidad sustantiva, requieren, para tener acceso al Registro de la Propiedad, de su válida y expresa constitución, no bastando la apariencia resultado del deslinde del edificio o de otro contiguo —«la finca X tiene acceso a través de la Y», acceso de paso, no entrada independiente. Acto de constitución que las convierte en servidumbres de cosa propia.

La STS de 8-4-1988 (53), se refiere al interesante caso de la subsistencia de una servidumbre aparente de carácter negativo —surje de un no hacer—: si el propietario de dos fincas, entre las que se encuentra constituida una servidumbre, no elimina dicha situación, ya de hecho, y mantiene la apariencia de servidumbre, ésta continúa vigente. No tiene lugar la confusión de derechos. De ahí la oportunidad del artículo 190 del Reglamento Hipotecario, que requiere que la cancelación del asiento respectivo por confusión de derechos se realice a instancias del interesado, y no de oficio. Esta solicitud, al menos jurídicamente, rompe la apariencia, y sólo cabe la constitución de una nueva, desde el punto de vista registral, o la creación de una nueva apariencia, desde el sustantivo.

Otra cuestión distinta, es la que puede plantearse al hilo de la Resolución de 20-2-1989 (65), y es la del acceso según destino, y la entrada independiente a través de una servidumbre de paso. El artículo 396 del Cc dice textualmente que podrán ser objeto de propiedad separada «los diferentes pisos o locales o las partes de ellos susceptibles de aprovechamiento independiente por tener salida propia a un elemento común de aquél o a la vía pública», destacando singularmente la forma de acceso como determinativa de su aptitud. ¿Es taxativa la enumeración? La cuestión, pues, se centra en averiguar si el acceso debe estar o no en consonancia con el destino de ese pretendido elemento independiente, y si necesariamente ese destino debe ser a través de un elemento común o directo a la vía pública, de tal suerte que se excluya el acceso a través de una servidumbre de paso de personas y vehículos: ¿puede el propietario de dos locales con accesos independientes, destinarlos conjuntamente a un mismo fin —garaje—, sin previa agrupación, cambiando el acceso de uno de ellos —vía pública, elemento común— por una servidumbre permanente de paso de personas y vehículos sobre el otro, al margen del requisito de la aprobación de la junta?, ¿es imperativa la forma de acceso?, ¿supone su cierre alteración de la estructura del edificio?, ¿el destino —garaje— obliga a la entrada independiente de vehículos?, ¿cabría establecer la entrada de personas por un local y la de vehículos por otro...? Pues bien, aún admitiendo el carácter enunciativo del artículo 396, y el

acceso independiente a través de una servidumbre privativa —no comunitaria—, en el recurso en cuestión no queda claro que la modificación o alteración del acceso según el nuevo destino sea indiferente a la comunidad de propietarios, y que la desaparición de una pared divisoria entre dos locales tampoco consta su carácter medianero o comunal: ¿cabría hacer lo mismo entre dos viviendas?, ¿supone alteración de la estructura del edificio el agrupar de *facto* dos elementos? En cualquier caso, y siendo el fundamento de la DG el del establecimiento de una servidumbre entre los titulares de dos predios independientes, en el libre ejercicio de su derecho de propiedad, que en nada afecta a los elementos comunes —y el subsuelo?— (74), sin resolver la cuestión del acceso según destino, resta preguntarnos si es comunidad funcional formada entre los dos locales no supone un fraude de ley, puesto que de esta forma se ha realizado sin el concurso de la junta lo que no se podría lograr si los locales hubiesen sido agrupados. El fin perseguido podría haberse conseguido agrupando los locales y dividiéndolos en plazas independientes, y no a través de la comunidad funcional y de las adscripciones de uso.

La Resolución de 21-10-1980 (77), sobre servidumbres recíproca de destino comunitario en un complejo inmobiliario meramente proyectado —prehorizontalidad—, perteneciente a un único propietario, recoge la admisibilidad de su formulación, encajando la figura en el artículo 530 del Cc, dentro de las servidumbres *propter rem* sobre cosa propia, sujetas a la condición suspensiva de la transmisión a tercero de alguno o todos los elementos independientes.

#### 7.<sup>a</sup> Cláusula que recoge la distribución de los gastos generales o comunes entre los copropietarios

El artículo 5, párrafo 2.º, de la LPH, establece con carácter imperativo la necesidad de que el título constitutivo de este régimen jurídico contenga la cuota de participación de cada elemento independiente. Necesidad derivada de la propia naturaleza de la propiedad horizontal: sin la cuota, sería imposible saber la participación de los distintos propietarios del edificio en los beneficios y cargas resultantes de la situación de condominio que esta institución genera. Esa dependencia del elemento privativo respecto del común, hace posible la propiedad horizontal. Gráficamente podría decirse que, en principio, el inmueble pertenece a una comunidad de propietarios, y como tal deben determinarse las cuotas indivisas de cada uno de ellos, bien sea mediatamente y con una finalidad concreta. Mediatamente, en cuanto la comunidad es el medio de ejercicio de la propiedad separada, y la cuota se establece en relación directa a ésta, con la finalidad concreta de la subsistencia del régimen creado, distribuyendo la titularidad, y, en consecuencia, esos beneficios y cargas resultantes, insitos en toda situación de comunidad. Comunidad que nace para resolver un problema concreto: la carestía del suelo, de la construcción y del mantenimiento de la vivienda. Cualquiera que sea el objetivo de la edificación y la forma de explotación de su resultado, la constitución del régimen de propiedad horizontal contiene el estatuto de las relaciones de vecindad que genera, relaciones necesarias, y como tales imbuidas de imperatividad y objetividad. El régimen es un régimen objetivo con independencia de quienes compongan en cada momento la comunidad, no se establecen relaciones contractuales personalísimas, la autonomía de la voluntad en el marco de la Ley articula o mejora la relación comunitaria, con exclusión de la discrecionalidad.

Podría decirse, pues, que el título constitutivo determina la cuota de participación de cada elemento privativo en el conjunto del edificio, cuantifica la cotitularidad, y los estatutos —a pesar de la nebulosa distinción de ambos términos— señalan la cuota de participación en el sostenimiento de los gastos y servicios comunes, cuantifican el uso; ya que en cualquier caso la cuota de titularidad, implica la obligación de conservación de la cosa común, y la cuota de uso, atempera éste a la utilización real que cada copropietario hace de los elementos comunes, en base a la equidad. De esta forma, si el propietario de un local comercial por tener acceso directo a la calle es copartícipe, en proporción a su cuota, de todos los elementos comunes, y no utiliza el ascensor del edificio, dicha situación le excluye de su limpieza y su mantenimiento, pero no de su sustitución (68). Lo mismo ocurriría si se tratase de la terraza que no utiliza, si se cerrase y se habilitase para trasteros, participaría en la obra y en el derecho a que se le asigne uno de ellos. O en el caso de la vivienda-portería, aunque él no la sostenga y no utilice esa entrada del edificio, si se vende, participará en el beneficio —precio—, si se reparte, en virtud de su cuota de titularidad (lo que no cabría es que el precio se aplicase al mantenimiento de un servicio que no utiliza por acuerdo mayoritario de la comunidad: el acuerdo sería impugnabile).

La cuota de titularidad, como vemos, es necesaria y si no se fija otra de uso, con las correspondientes exclusiones, marca la contribución del propietario a la comunidad. Su establecimiento queda en manos del propietario único del edificio o de los copropietarios, laudo arbitral o resolución judicial, sobre las participaciones legales que marcan los criterios de fijación. Proporcionalidad resultante de una difícil ecuación: superficie útil de cada piso o local en relación con el total del edificio, emplazamiento, interior o exterior, situación y uso presumible racionalmente de los servicios y elementos comunes (art. 5, 2.º LPH). Criterios que dejan un amplio margen a la valoración subjetiva, y que entrecruzan los conceptos de cuota de titularidad y cuota de uso, dejando al arbitrio de los tribunales su ponderación, caso de desacuerdo, puesto que la referencia a la cuota de uso como criterio determinativo de la participación en la titularidad oscurece el precepto. No va a tener mayor cuota el piso octavo que utiliza de toda la escalera, del portal y del ascensor, que el piso primero o que un local comercial, y sobre todo teniendo en cuenta que la cuota señala la titularidad de los copropietarios sobre el solar. Ello nos conduce a una interpretación distinta: el artículo 5, 2.º se está refiriendo a los tipos de cuotas propios de la comunidad horizontal, y así lo aprueba el artículo 9-5.ª de la misma Ley, al admitir que la fijación de la contribución de cada copartícipe en aquellos gastos y tributos no individualizables se realicen en base a lo especialmente establecido, y subsidiariamente, con arreglo a la cuota de titularidad. Los elementos comunes pertenecen a todos los propietarios, con independencia de las distinciones entre elementos generales esenciales y accesorios, y las reglas de contribución. En otro caso, debería de excluirse de los elementos comunes el patio de luces que utiliza y mantiene el propietario del piso primero exclusivamente, y convertirlo en un anejo del mismo con servidumbre de luces a favor de los restantes pisos. Si el patio es común, su titularidad es común, y su utilización exclusiva impone la exclusividad del mantenimiento.

Criterios objetivos de proporcionalidad genérica que no establecen una norma de ponderación cuantitativa entre ellos. La práctica muestra, sin embargo, la preponderancia enunciativa de los criterios. Primero se prima la superficie útil, luego el emplazamiento y, finalmente, el uso, interviniendo éste en la línea de exclusión y utilización de los elementos comunes, sobre el principio básico de permanencia del edificio. Nadie al fijar la cuota piensa en el solar, ni nada se dice,

en caso de reedificación, de la subrogación real en la titularidad. Esto es, si el dueño de un local tendrá preferencia en la adjudicación de otro local en el edificio nuevo, o si el dueño de un piso que lleva anejo el uso exclusivo de un elemento común, podrá oponerse a que no se le adscriba ninguno en la nueva construcción, procediéndose exclusivamente a la contribución en los gastos en proporción a la cuota y a la adjudicación por acuerdo, laudo o resolución judicial. La vida de los edificios es lo suficientemente larga para que nadie al comprar se plantee esos problemas, e incluso la cuota única que pondere el uso exclusivo de elementos comunes, aumentándola, vendría a equilibrar la pérdida que supondría la falta de adscripción para el propietario del piso a que aludimos, y a perjudicar al titular del local comercial, si el derribo del edificio trae consigo y sin más la transformación de la comunidad horizontal en un condominio ordinario. Problemas que ya empiezan a darse con los programas de rehabilitación de barrios y edificios, donde en la mayoría de los casos se procede a la reconstrucción, respetando la fachada. El artículo 21 de la LPH, por su parte, contempla, a título enunciativo, dos supuestos de extinción de este régimen jurídico, sin expresar sus causas: destrucción del edificio y conversión en propiedad o condominio ordinario. La destrucción del edificio se refiere a los casos en que éste desaparece por causas ajenas a la voluntad de los condóminos —catástrofes e incendios—, como puede deducirse de la presunción que establece el inciso segundo del número 1.º de dicho artículo —cuando la reconstrucción exceda del 50 por 100 del valor de la finca al tiempo del  *siniestro*, a menos que el exceso esté cubierto por un seguro—, y siempre que no medie pacto en contrario —estatutario o acuerdo unánime de la junta de propietarios. Y resultado de un acuerdo unánime, debe ser, asimismo, la causa de extinción por conversión, ya que no puede entenderse que sin acto formal de extinción quepa ésta, aunque la propiedad de todos los elementos independientes pertenezca a una sola persona o a varias en común, no obstante la vocación de pluralidad de este régimen jurídico —el destino económico lo justifica, tanto en el momento de su constitución como en el de su extinción: alquiler, por ejemplo.

El Tribunal Supremo en Sentencia de 18-6-1970 (58, pág. 202) admite la impugnación de las cuotas de uso, cuando difieran de las de participación de cada piso y lesionen los intereses de determinados propietarios. Así pues, la fijación de doble cuota, o de cuota única —entendemos—, tiene siempre como limitación el principio objetivo de proporcionalidad y no discriminación de unos en favor de otros. Es por lo que SAENZ DE SANTA MARÍA (69) considera nula la cláusula estatutaria de exclusión condicionada de la contribución al sostenimiento de los gastos comunes de los departamentos que permanezcan en propiedad del promotor, fundamentada en la utilización de dichos elementos y servicios comunes (arts. 51 de la Constitución, 10 de la Ley de Defensa de los Consumidores y Usuarios, 9-5.ª de la LPH, 7-2.º del Cc y 145 del Reglamento Notarial). El fundamento, que, en principio, parece lógico, es discriminatorio: cualquier propietario que no resida en el edificio o en el tiempo anual de no residencia tampoco utiliza los elementos y servicios comunes.

#### 8.ª Cláusula por la que se reglamenta el uso de determinados elementos comunes

Al hilo de la cláusula anterior, suelen contener los estatutos aquella otra que determina el uso exclusivo de determinados elementos comunes por ciertos

propietarios, sobre el principio de mejor servicio a la comunidad y de lo expresado sobre los anejos impropios. En primer término, cabe señalar la imposibilidad de la exclusión del uso por cualquier propietario de los elementos comunes que hacen posible el ejercicio de su dominio separado. Al titular del tercer piso no se le puede excluir del uso del portal, del ascensor y de la escalera de acceso independiente —vía pública o acceso por elemento común. En segundo lugar, el uso exclusivo de elementos comunes, pues, sólo puede recaer sobre elementos accesorios y no puede ser discriminatorio: patios de luces, zonas ajardinadas, terrazas... Y, por último, el uso determina la contribución especial a su mantenimiento, pero no atribuye la titularidad dominical como vimos.

Otra singularidad es la posibilidad de que varios copropietarios usen en común y por cuotas un elemento. Así lo recogen, respecto de las terrazas la STS de 22-12-1970 y la Resolución de 17-4-1986 (63, pág. 116)

La Resolución de 21-10-1980 (73), por su parte, admite la posibilidad del «cierre y utilización por algún copropietario de parte de un elemento común para su uso exclusivo», contenido en los estatutos, ya que «no supone en sí ninguna atribución de propiedad», si bien debe determinarse la superficie a que afecta (Considerando 12).

#### 9.<sup>a</sup> Cláusula que faculta al constructor para completar y rectificar la descripción de las fincas sin autorización de la Junta de Propietarios

Esta cláusula, partiendo del presupuesto de la enajenación presente o futura de los distintos elementos integrantes de la propiedad horizontal, plantea el problema de su nulidad en un triple frente:

1.º Edificios meramente proyectados o en construcción: Si el constructor es el propietario único del edificio, la cláusula sobra. Bastaría que realizase ese complemento rectificatorio en la terminación de obras. Y si se ha enajenado una o varias dependencias, necesitará el concurso de la voluntad del propietario del elemento a que se refiere la rectificación para que ésta pueda realizarse, o si se refiere al edificio en su conjunto, el consentimiento unánime de los copropietarios, pues la ejecución de obra no se habrá adecuado al proyecto. El constructor por sí solo no podrá alterar la descripción, y menos aún las cuotas, en cuanto afecte a la estructura fábrica del edificio —art. 16 LPH—, ya que de la descripción resulta la superficie, linderos y acceso independiente de los elementos privativos, determinantes de la fijación de las cuotas, y la dotación de elementos y servidumbres comunes. La cláusula sería nula.

2.º Edificios ya construidos: Si el edificio está completamente terminado, las rectificaciones sólo pueden referirse a datos descriptivos accesorios —distribución interior de los elementos— o a errores materiales cometidos, en tanto sea propietario único, pues, en otro caso, estaríamos en el supuesto anterior.

3.º Ambito o extensión de la prerrogativa: Habría que distinguir entre errores sustantivos y materiales, o entre datos accesorios y fundamentales. Son fundamentales aquellos que individualizan y concretan las fincas independientes que componen la propiedad horizontal y el propio edificio —el número de elementos de la propiedad horizontal, caso de que el edificio esté meramente proyectado, las cuotas, la superficie, linderos, situación del edificio y ubicación de los departamentos privativos—, y accesorios aquellos que pormenorizan el contenido de los distintos elementos, los que contemplan la descripción de las fincas, por omisión o rectificación. En consecuencia, el margen de actuación del cons-

tractor es muy estrecho: si no es propietario único sólo puede reservarse la facultad de complementar y rectificar la descripción de los elementos independientes que conserve en su propiedad, en la medida que no afecte a la comunidad, en general, o a su propietario individual, en concreto. Tiene, en suma, las mismas facultades que cualquier otro —art. 11 LPH, si se trata de nuevas obras. Si los complementos y rectificaciones van más allá de los datos descriptivos accesorios, la reserva puede encubrir la facultad de hecho de dividir, segregar, agregar o agrupar elementos de su propiedad, de tal forma y medida que no suponga la alteración de cuotas (art. 3, *b*, LPH, acuerdo unánime. Su vulneración trae consigo la nulidad absoluta de lo actuado, según la STS de 5-4-1978 —25, pág. 239—). La STS de 5-5-1986 considera válida la cláusula por la que el constructor se reserva la facultad de completar y rectificar la descripción de las fincas que conserve de su propiedad sin autorización de la junta de propietarios (70). Validez que entendemos, pues, limitada por el objeto del complemento o rectificación.

RODRÍGUEZ LÓPEZ (39), sobre la distinción de modificaciones descriptivas y sustanciales de las fincas independientes, entiende, con acierto, que para la supresión de un elemento privativo hipotecado es necesario el consentimiento del acreedor. Y ello, podríamos añadir, aunque la hipoteca recaiga sobre el edificio en su conjunto —sin distribución de responsabilidad entre los elementos privativos, en consecuencia.

10. Cláusula que autoriza al propietario —o propietarios— de determinados —o todos— elementos privativos para realizar en o con ellos subdivisiones, segregaciones, agrupaciones o agregaciones, sin necesidad del consentimiento de la Junta

Esta cláusula, que, por su habitualidad en la práctica, se ha convertido en casi cláusula de estilo, ha arrastrado tras sí numerosos pronunciamientos jurisprudenciales. La doctrina se muestra, en principio, recelosa a admitirla sin cautelas. ROCA SASTRE (31, pág. 393) se manifiesta favorable a su admisión por su gran utilidad, sobre todo tratándose de locales de negocio, en la mayoría de los casos diáfanos, y sujetos a la demanda económica de los particulares, en cuanto a su ubicación y superficie. MONET, por su parte, también se muestra a favor de su licitud; JOSÉ LUIS ALVAREZ opta por una ratificación en primera junta, y JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA entiende, con buen acuerdo, que siendo el interés protegido legítimo, si se admite la reserva del derecho de vuelo, que es lo más, debiera admitirse ésta, que es lo menos, apuntando, a su vez, la diversa situación que se produce según la amplitud de la cláusula y el momento en que se ejercita, inclinándose por su aplicación a los locales en construcción, y no aquellos pisos o locales perfectamente delimitados y acabados (35, págs. 17-18). Es de advertir que estos criterios se expresaron cuando a la materia se refería únicamente a una STS, sin consideración, entonces, de doctrina legal. FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO (90), por su parte, distingue dos supuestos, según el pacto estatutario sea obra del propietario único del edificio o de todos los propietarios, y reserva la validez de la cláusula a este último, por imperativo del artículo 5-3 de la LPH —«...se requerirá, además..., la aprobación de la junta de propietarios...»—, fundamentando la nulidad de la misma, en el caso de propietario único, en la citada STS de 7-2-1976, y la validez, en el otro caso, en el acuerdo ya se ha adoptado por unanimidad, al otorgarse los estatutos por todos los propietarios —arts. 5-3 y 16

LPH. Esta interpretación, en consecuencia, parece que hace gravitar la validez o nulidad en que sea o no el propietario único del edificio el que otorgue los estatutos, al tiempo de constituir el régimen, o sean los propietarios futuros quienes lo hagan en un momento posterior. Sin embargo, no creemos posible tal distinción o fundamento. El momento o el número no cualifica el acto, pues, ¿qué ocurriría si el edificio perteneciese a dos propietarios únicos o se construyera en comunidad?, y ¿qué ocurriría si los estatutos los otorga el propietario único después del título constitutivo y antes de las ventas?, o, de ser todos los propietarios subsiguientes —compradores— los que los otorgan, ¿cuál es la posición de los adquirentes ulteriores —segundas ventas?, ¿quedarían vinculados? El problema de la validez —entendemos— radica en el consentimiento anticipado y en la eficacia real de los estatutos —pacto de adhesión—, y el de la nulidad, en la necesidad en todo caso de la aprobación concreta de cada acto por los propietarios actuales del inmueble. El momento y el número no interviene —la propiedad horizontal es un organismo vivo—, por lo que la opinión de FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, la consideramos acertada —de seguir la tesis de la nulidad— si parte del presupuesto previo de que la validez radica en que los propietarios que aprobaron los estatutos lo siguen siendo al tiempo de la realización del acto de agrupación o división —sentido que adivinamos en sus palabras.

La jurisprudencia del TS se pronuncia, en primer término, en contra de la cláusula, amparando su nulidad en los artículos 5, 8, 11 y 16 de la LPH y en la imperatividad de la propia Ley. Así, las SSTs de 30-12-1975, 7-2-1976 y 31-1-1987 (94). Singularmente, la segunda de ellas, objeto del comentario de GARCÍA GARCÍA, y la más reciente, en cuanto la confirma, han vuelto a dar actualidad a este tema. Existen, sin embargo, fallos a favor, pudiendo citarse las SS de 14-3-1968, 5-5-1986 y últimamente la de 30-10-1988, que al ocuparse de los límites de la facultad de dividir locales comerciales, no cuestiona la validez de la cláusula estatutaria que autoriza la división sin autorización de la comunidad, confirmando la Sentencia de Primera Instancia que su licitud declara. Tan sólo limita objetivamente la facultad; los locales así formados deben tener acceso independiente —art. 396 Cc—, no alterar la estructura, seguridad, configuración, estado exterior del edificio o de algún elemento común, y no perjudicar los derechos de otro propietario —arts. 7-1º y 11 LPH— (75).

La DG, en reiterada jurisprudencia, por su lado, manifiesta la oportunidad y validez de esta cláusula, sin dar carácter imperativo a todos y cada uno de los preceptos contenidos en la LPH, y en especial el artículo 8. La propiedad horizontal —dice— se rige «por la voluntad de los interesados salvo cuando las disposiciones legales especiales impongan con carácter imperativo otro régimen», y éste es el caso. Las razones de la DG son, obviamente, prácticas. Pueden verse las Resoluciones de 7-4-1970, 31-8-1981, 27-5-1983 y 26-2-1988, no obstante el penúltimo considerando de la de 21-10-1980, donde declara la necesidad del acuerdo comunitario, sobre el presupuesto —claro está— de la ausencia de cláusula estatutaria al respecto (76).

Podría fundamentarse su ilicitud, además, con la opinión —antes recogida— de AMORÓS GUARDIOLA, al comentar la Res. de 7-4-1970. Pero, a la luz de la jurisprudencia, sólo cabría recomendar *ex lege ferenda* y hoy día, en todo caso, la solución apuntada: admitir la cláusula, inscribirla en el Registro, instar a que tengan la precaución los vendedores de que los adquirentes acepten expresamente los estatutos y en concreto esta facultad al tiempo de realizar las ventas, y hacer constar tal aceptación en la inscripción que se practique en el folio de la finca enajenada y por nota al margen de la inscripción de la propiedad horizontal,

para que en el momento de su ejercicio resulte del propio Registro el reconocimiento de su virtualidad por todos los propietarios, aplicando la doctrina de los actos propios, y evitando los problemas que puede plantear la acción judicial de nulidad por infracción de ley o doctrina legal. La eficacia de esta prevención se ve potenciada por la calificación como *pacto de adhesión* de la aceptación de los estatutos preexistentes por parte de los compradores de los pisos y locales, que hace la STS de 7-2-1976, ya que dichos adquirentes —entendemos— al comprar no pueden rechazar un cláusula estatutaria o los propios estatutos inscritos, salvo tacha de nulidad. Los estatutos inscritos producen efecto frente tercero, aunque en el contrato nada se diga. Y es precisamente por esto, por lo que se advierte la conveniencia de su transcripción en la escritura de venta y su aceptación expresa doctrina de los actos propios y de la convalidación, que acerca a la cláusula al terreno de la anulabilidad, sustrayéndola del campo de la nulidad absoluta o *ipso iure*.

#### 11. Cláusula por la que se autoriza a practicar segregaciones y agrupaciones entre dos edificios contiguos

La Resolución de 27-5-1983 recoge la posibilidad de las agrupaciones temporales de fincas independientes con destino común, integradas en edificios contiguos sujetos a regímenes autónomos de propiedad horizontal, siempre que los estatutos respectivos contemplen dicha situación, e incluso la operatividad de la cláusula sin necesidad de la aprobación de las respectivas juntas de propietarios. El fundamento jurídico de esta atípica figura se encuentra, según la DG, en la insuficiencia normativa de la LPH, que no contempla «un fenómeno social posterior», provocándose un «vacío legal» que el Centro directivo ha intentado llenar a través de distintas resoluciones.

El supuesto de hecho es el siguiente: 1.º Las escrituras de declaración de obra nueva y constitución del régimen de propiedad horizontal de tres edificios, contienen una cláusula «que faculta a los propietarios actuales y futuros de los locales de sótano para dividirlos, segregarlos, agregarlos o agruparlos entre sí, con otros colindantes, de la propia casa o de otra colindante». Presuponemos que dicha cláusula está inscrita y que admite su ejercicio sin el concurso de la voluntad de los copropietarios de los edificios de referencia (así se deduce del penúltimo considerando). 2.º La propietaria única de cinco locales, subterráneos y colindantes, que forman parte de las tres mencionadas edificaciones, procede a su agrupación y a la constitución de una comunidad sobre la finca agrupada. 3.º En la escritura de agrupación se hace constar que las cinco fincas independientes forman un sólo y único garaje, una «unidad económica de explotación», que la agrupación registral «se entiende sin perjuicio de que los locales de sótano sigan integrados en las respectivas comunidades en propiedad horizontal»; que el acto no afecta a las comunidades existentes, para las que se tiene por no realizado; y que la nueva comunidad constituida excluye la acción de división y el ejercicio de los derechos de tanteo y retracto, y sólo se extinguirá por acuerdo unánime de los comuneros.

El Registrador deniega, por su parte, la inscripción solicitada, por los siguientes defectos. 1.º La agrupación quebranta el principio de unidad de edificio —art. 8 LPH. 2.º Su finalidad, mancomunidad de uso, no tiene cabida en los artículos 8-2 de la LPH y 44-4 de su Reglamento, pues no se trata de una explotación industrial. 3.º Atipicidad de esta nueva entidad hipotecaria —la agrupación es y

no es a un tiempo. 4.º Contraviene el artículo 16-2 de la LPH, ya que aunque las cuotas permanezcan intactas, el número de propietarios del local si se ve alterado. 5.º La comunidad constituida vulnera la imperatividad de los artículos 372 y 374 de la Compilación de Navarra y 400 y 1.522 del Cc.

El recurrente, por su lado, entiende que deben practicarse los asientos que el documento contiene, porque. 1.º La agrupación no altera la unidad de edificio, que subsiste como si ésta no existiera. 2.º Que la unidad económica y excepcional de explotación y destino que se crea, agrupación excepcional o menos plena, se caracteriza, a efectos registrales, por la coexistencia del nuevo folio con el independiente del local afectado. 3.º Que la alteración del número de propietarios en modo alguno afecta a la propiedad horizontal, siendo inaplicable el artículo 16-2 de la LPH. 4.º Que el sistema de fuentes del Derecho Civil Foral de Navarra, en general —*paramiento fuero vienze*—, y del régimen de comunidad establecido en el artículo 371 de la Compilación, en concreto, afirman el principio de la prevalencia de la voluntad privada sobre las propias disposiciones forales. 5.º Que la propia Compilación da cabida a comunidades atípicas, y los garajes en comunidad son una modalidad de las denominadas comunidades funcionales, voluntarias, organizadas y permanentes. 6.º Que resultado de esa permanencia y organización —«comunidad social»—, es la exclusión de los derechos de adquisición preferente y de la acción de división, interpretación que el artículo 401.1.º del Cc excluye la división material, económica y jurídica.

En consecuencia, el Registrador en el informe preceptivo entiende: 1.º Que para la legislación hipotecaria, lo que existen son agrupaciones, sin graduación alguna de plenas y menos plenas, y que tal operación supone el cierre de los folios registrales de las fincas agrupadas. 2.º Que el artículo 44-1.º del RH prevé la agrupación de fincas colindantes que físicamente constituyen un solo edificio o casa-habitación. 3.º Que la asimilación de este supuesto al contemplado por los artículos 8-2.º de la LH y 44 de su Reglamento, es evidente, aunque no se empleen en la escritura los términos «explotación industrial», caso ante el que nos encontramos. 4.º Que la admisión de esa atípica comunidad colisiona con el principio de especialidad, y acarrea perturbación y confusiónismo en el orden práctico. 5.º Que de la imperatividad del artículo 8 de la LPH, se deduce la nulidad de la cláusula. 6.º Que la comunidad constituida es una comunidad ordinaria de tipo romano, divisible en cualquier caso, conforme a la Ley 274 de la Compilación, que cuando quiere excluir dicha acción lo hace expresamente. Lo mismo que ocurre, asimismo, con el retracto. La Ley 372 lo impone.

El Presidente de la Audiencia, confirma por Auto la nota de calificación, por análogas razones a las que atiende el Registrador. Y el Notario recurrente apela a la DG, que resuelve el 27-5-1983.

La doctrina de la DG, habida cuenta que el plan de reparcelación y proyecto de urbanización señala como único destino, exclusivo y permanente de los locales de sótano el de garaje, que éste en la realidad es único, algunas plaza están a caballo, y cuenta con licencia municipal de apertura, es la siguiente (76):

1. *Comunidad funcional (Navarra)*: El propietario de un edificio destinado a garaje puede constituir una comunidad permanente, que se caracterice por excluir la acción de división y los derechos de preferente adquisición de los comuneros, establecer sus causas de extinción y fundamentar su existencia en el principio jurídico de *paramiento fuero vienza* y en la necesidad funcional impuesta por un destino común, mediante la enajenación simultánea de cuotas indivisas sobre la finca.

La insuficiencia normativa que la DG y la propia doctrina y jurisprudencia advierten en el articulado de la LPH es evidente, a los veintinueve años de su vigencia, la realidad social impone su desarrollo y adaptación, dando nuevo cauce a situaciones nuevas, nacidas de la voluntad privada en el desenvolvimiento económico de las instituciones. El problema no es ese, sino el de la atemperación a la normativa vigente. Se puede crear derecho, pero, en tanto el legislador encauza la realidad, debe hacerse por la aplicación analógica, si es posible, antes de recurrir a la atipicidad. La atipicidad, bajo la amenaza de la nulidad judicial, es un terreno resbaladizo. Son necesarias Instrucciones y no Resoluciones, reformas reglamentarias con la viveza que la sociedad reclama. La seguridad jurídica debe imperar.

Tendríamos que preguntarnos si la LPH y el Cc no permite una solución analógica distinta de la comunidad funcional y de las adscripciones de uso, si cada comunero puede ejercitar, en todo momento, la que podríamos llamar acción de división horizontal. Si la indivisibilidad del garaje, como unidad económica y jurídica, impide la división material de éste, formando nuevas fincas independientes, con una serie de elementos comunes —acceso y viales— que hagan factible el ejercicio de la propiedad separada, fuera ya del posible fraude de ley —civil y fiscal— que tal vinculación atípica puede materializar. La comunidad funcional es un «ex-abrupto», donde confluyen la comunidad ordinaria por cuotas ideales y la comunidad «pro-diviso» en el uso exclusivo de las plazas individuales. Sería, quizá, más sencillo admitir la acción de división horizontal. Como indica el TS la indivisibilidad de cosa, según destino, no obliga necesariamente a la enajenación en pública subasta, si cabe su división en régimen de propiedad horizontal (ver arts. 400 y 401 del Cc: S. de 9-5-1988 —77). La acción de subdivisión, en este caso, evitaría los problemas de la atipicidad comunitaria, sin tener que recurrir a la exclusión de los derechos de preferente adquisición y de la acción de división. El garaje por destino será indivisible, pero el aprovechamiento puede dar lugar a una sólida titularidad dominical, más allá de la simple adscripción, fundada hoy por hoy en un simple artículo reglamentario, que más obedece en su fundamento a resolver un problema de mecánica registral que de derecho sustantivo. Analogía y no atipicidad.

2. *Agrupación impropia*: Facultados por sendas cláusulas estatutarias los propietarios actuales y futuros de los locales de sótano para agruparlos entre sí o con otros de edificio colindante, es posible llevar a cabo la agrupación de cinco locales destinados exclusiva y permanentemente a garaje e integrados en tres edificios contiguos, con la subsistencia de las fincas de procedencia dentro de su respectiva propiedad horizontal, coexistiendo los antiguos folios registrales con el nuevo.

La excepcionalidad de ciertas agrupaciones, recogida en los artículos 8-2 y 44 de la Ley y Reglamento Hipotecarios, la finca funcional, a diferencia de esta agrupación impropia, más atiende al problema físico de la no colindancia que al problema jurídico de la unidad, la finalidad da una estructura organizativa y económica a la diversidad de elementos que componen un todo —a veces, parece un patrimonio separado. Los actos de división, segregación o agrupación son actos formales que persiguen dar carta de naturaleza a un nuevo objeto jurídico. El nuevo objeto forma un todo, y la independencia de los elementos que lo componen desaparece. Es por ello que esta agrupación es más impropia de lo que parece. La finalidad o destino es común. Las fincas agrupadas subsisten. La singularidad, a diferencia de las agrupaciones temporales de empresa, no está en la titularidad. Incluso en éstas lo determinante es la comunidad que entre ellas

forman, la participación indivisa de cada una, ya que la agrupación en sí no tiene personalidad jurídica (78). La singularidad, pues, de esta agrupación excepcional está en el objeto. Se crea un nuevo objeto. No se pueden agrupar físicamente elementos independientes integrados en edificios contiguos. La especialidad de la propiedad horizontal lo impide. El destino puede ser común, pero el objeto físico no. Los locales en planta baja participan necesariamente de los elementos comunes de cada edificio, y en especial del suelo. Física y jurídicamente, los locales siempre dependerán en alguna medida de su edificio matriz. En definitiva, la DG lo que hace es reconocer la existencia de una finca nueva de carácter formal —el Registro se lleva por fincas—, que carece de autonomía, sin sustantividad física ni jurídica, dependiente de la subsistencia y régimen de tres comunidades horizontales, a través del establecimiento de una especial reglamentación de una comunidad atípica a caballo sobre esas tres. Propiamente, no hay agrupación, el folio se abre para dar cabida al estatuto jurídico, en orden a la administración y disposición, de cinco locales poseídos proindiviso con destino común. Luego, ¿para qué agrupar? Hubiese bastado hacer constar en los folios respectivos ese especial estatuto jurídico, y el régimen de servidumbres recíprocas entre los mismos. La razón del nuevo folio no puede ser otra que clarificar —¿?— el contenido del Registro, a la hora de practicar las «segregaciones» de las plazas de garaje adscritas a las cuotas, o facilitar la venta de cuotas sin determinar el local y el edificio en que se concreta, ya que en todo caso habrá una equivalencia o proporcionalidad entre esa cuota y la cotitularidad de los cinco locales. El «dueño» de una plaza de garaje será comunero sobre los cinco locales, con independencia de su situación física. Si estas fincas no desaparecen, alguien será su titular, no creo que la comunidad funcional tenga personalidad jurídica. Y los titulares serán todos los comuneros, si no la adscripción tendría el mismo efecto que el pleno dominio sobre la plaza, resultado de la división. De esta forma, cualquier copropietario puede instar judicialmente la readscripción, ya que a igualdad o superioridad de cuota usa una plaza de menor valor —superficie, situación. El vendedor transmite cinco cuotas sustantivas, una funcional y adscribe una plaza de garaje. Desde luego no es el camino más corto para vender una plaza de garaje. Bastaría con la subdivisión horizontal de cada local y el establecimiento de servidumbres recíprocas, con su correspondiente previsión estatutaria. Subdivisión horizontal más acorde con la Resolución de 2-4-1980 (79) que esta impropia agrupación innecesaria. O con la creación de cinco elementos procomunales, en utilidad y servicio de los comuneros respectivos, interdependientes por razón de un único destino o estableciendo servidumbres recíprocas, interpretando la palabra «todos» del artículo 4 de la LPH como todos los comuneros y no todos los copropietarios del edificio. O bien pudo recurrirse a la figura de la titularidad *ob rem* recíproca entre los cinco locales.

En la subdivisión horizontal, entiendo analogía, en el establecimiento de un elemento procomunal, interpretación, y en la agrupación impropia, atipicidad. Ante la insuficiencia normativa de la LPH, el TS sigue y la DG suele seguir el camino de la analogía y no el de la atipicidad, salvo en este caso. Razones: vacío legal, necesidad social, unidad orgánica del garaje, agrupaciones excepcionales existentes —reguladas, arts. 8 y 44 de L. y RH, y no reguladas, Res. de 2-4-1980—, coexistencia de regímenes jurídicos —propiedad horizontal, comunidad funcional. Problemas: trascendencia sustantiva de la agrupación, de la comunidad funcional y de la adscripción de uso —impugnación, nulidad.

La siguiente cuestión que plantea esta agrupación es la de la hipoteca y el embargo de las cuotas. ¿Dónde deberá practicarse el asiento?, ¿en los folios de

las fincas independientes, en el de la matriz o en el de la adscripción?, ¿sigue el folio de los cinco locales entreabierto a estos efectos, o el historial debe continuar exclusivamente en el filial de la adscripción?, ¿deben ponerse notas de relación en la agrupación y en los folios correspondientes?, ¿y si el mandamiento persigue la cuota sobre un local independiente, habría que denegar?, ¿y si se persiguen y se ejecutan gastos comunes impagados de un local, cediéndose el local a un tercero?, ¿se extingue la comunidad sin más sobre el local? —éste responde individualmente por el art. 9 de la LPH. Como vemos la cuota de equivalencia es necesaria, y la adscripción de uso en folio separado debe contener la expresión del local donde se ubica la plaza, de otro modo surge la duda del lugar donde debe practicarse el asiento, sobre todo si subsiste la responsabilidad individual de la finca independiente por el artículo 9, ya que la Resolución dice que esta agrupación en nada afecta a las respectivas propiedades horizontales. O el contrato pormenoriza todos estos extremos o la confusión nace, Las cuotas de la comunidad funcional responden por un lado —folio de la agrupación o folio de la adscripción—, y los locales por otro —dentro de su propio régimen. El nuevo objeto de tráfico jurídico se desdobra.

3. *Modificación del régimen:* La agrupación practicada no altera el régimen de propiedad horizontal. No hay división, ni nuevos locales, ni aumenta el número de propietarios con derecho a voto. Es de aplicación el artículo 14 y no el 16.2 de la LPH.

Si la agrupación practicada sólo vincula jurídicamente a los titulares de los locales que los detentan, y en nada afecta a la situación física y jurídico-registral de las tres comunidades horizontales respectivas, deberá existir una correspondencia proporcional entre la cuota indivisa sobre toda la comunidad y la cuota de cada local, para que en orden a la representación no se altere el régimen autónomo de los edificios, patentizándose la accesoriedad formal de la adscripción de uso, ya que los titulares de las adscripciones correspondientes a un local determinado no son los únicos titulares proindiviso del mismo. No se vulnera el artículo 16, dice la DG, porque no hay división material ni nuevos locales, pero se disocia abiertamente el uso o aprovechamiento y la titularidad. Habrá propietarios que no tengan derecho alguno de utilización y aprovechamiento de un local determinado, exclusión que le faculta para ejercitar el contenido de su derecho en otro local distinto, pero que supone una importante excepción al régimen general de la propiedad horizontal, acercándose a la del negocio indirecto. Si la adscripción no divide materialmente, sí divide el aprovechamiento, y determinados propietarios estarán representados en la junta de un edificio del que no participan, haciendo cesión de los beneficios y no de las cargas.

De la Resolución de referencia, no resulta el régimen representativo, ni la equivalencia o proporcionalidad entre la cuota de la comunidad funcional y la de cada local, aspecto al que —entiendo— alude el defecto número 4 de la nota de calificación (80). Del recurso queda no claro si afecta o no afecta la nueva cotitularidad a las comunidades horizontales autónomas. La única interpretación posible es la de la cotitularidad equivalente, disociada de las adscripciones de uso (81).

4. *Consentimiento anticipado para agrupar, segregar y dividir,* no infringe el artículo 16-2 de la Ley de Propiedad Horizontal la cláusula estatutaria que autoriza para realizar tales actos sin consentimiento de los demás propietarios.

En este punto, nos remitimos a lo ya expresado, al analizar la cláusula precedente, siquiera añadir en este caso que el tema se complica. De un acto voluntario del propietario único de los locales radicantes en tres edificios autónomos, va a

resultar la vinculación permanente de los mismos sin mediar los acuerdos unánimes de las respectivas comunidades. Vinculación que supone la creación de un local único, sin paredes divisorias, alterándose la estructura interna de los mismos. En este aspecto, la agrupación formal si trasciende física y jurídicamente. Físicamente, por abrir un nuevo acceso al edificio, en detrimento de su seguridad e independencia. Jurídicamente, por entrar de lleno en el ámbito del artículo 16, a pesar del texto del penúltimo considerando. ¿No son las paredes divisorias o medianeras entre los edificios elementos comunes? Creemos que sí, la estructura interna se ve afectada. No se trata ya de agrupar o dividir elementos individuales en virtud de una autorización estatutaria, creando o suprimiendo éstos. Ahora se entra de lleno en el patrimonio común de los copropietarios. La cláusula rechina aún más, si cabe.

12. Cláusula que refleja el acuerdo entre los copropietarios de un elemento independiente relativo a la división futura del mismo —o pacto extraestatutario—

La Resolución de 1-4-1981 plantea no pocas cuestiones. En primer lugar, se trata de un pacto extraestatutario, de naturaleza real, supeditado a la aprobación futura de la junta de propietarios, que determina la subdivisión horizontal de un elemento independiente, y la creación de elemento privativo común.

Al abrigo del artículo 7 del RH, y sobre la concurrencia de los elementos constitutivos propios de los derechos reales —absolutividad e inmediatez—, la DG reconoce la trascendencia *erga omnes* de este pacto. La absolutividad se manifiesta a través no ya de un sujeto pasivo universal, genérica característica de los derechos de esta naturaleza, sino de cinco sujetos pasivos determinados, que son los restantes copropietarios. Y la inmediatez en la sujeción de la división a la fórmula pactada, en el derecho de cada copropietario sobre la finca, sobre la cuota ideal y *sobre una parte física* de la finca específicamente delimitada, produciéndose una mutación jurídico-real eficaz *erga omnes* (82). Configuración que plantea, no obstante, la duda de si no se trata de un pacto personal sin más, ya que de su naturaleza real derivaría la derogación del régimen ordinario de la comunidad de bienes, en cuanto la adherencia de la cuota a una superficie física precisa va en contra de la esencia del concepto de titularidad indivisa, pues, si bien puede entenderse que el señorío directo sobre toda la cosa se ejerce sin especialidad alguna durante la vida de la comunidad, frente a tercero la división jurídica de hecho es operativa desde el instante mismo de la inscripción del pacto, y, por otro lado, si el local resulta indivisible por razón de su destino, artículo 401-1 Cc, el pacto sobre división futura se volatiliza, a menos que se entienda, asimismo, limitativo de ese destino —el local no podrá destinarse a aquello que lo haga indivisible (83). Absolutividad frente a los condóminos e inmediatez sobre la parte física predelimitada, en fin, que aparecen muy desdibujadas. El señorío directo sobre la cosa futura —local-cuota— y el deber genérico de abstención en su ejercicio, no presentan ciertamente la virtualidad característica de los derechos reales, salvo que entendamos derogado el régimen jurídico ordinario de la comunidad (¿cuál es la normativa aplicable a esa cuota-local?: si la titularidad es formal, el señorío no es directo, y si es sustantiva, el régimen de comunidad desaparece o se mixtifica. ¿Cómo se ejerce la titularidad de la cuota-local?). Aquí existe una relación jurídica, con un sujeto activo y un sujeto pasivo nitidamente determinados, cuyo contenido se cifra en la ejecución de un pacto, mediante la entrega de recíprocas contraprestaciones.

Otra especialidad es la concreción de cuotas: en caso de enajenación, se transmite una cuota indivisa ordinaria, mientras subsista la comunidad, que se transforma en un local predeterminado cuando se divida, desnaturalizándose aquélla por el poder atractivo de éste. Las cuotas tienen nombres y apellidos: se vende, se grava la cuota HERRERA, MANZANAS, SANZ..., que corresponde a los locales 1, 2, 3..., sin que quepa la reascripción de locales por acuerdo unánime de los comuneros en perjuicio de tercero, con la particularidad de que la división está sujeta en todo caso a la condición suspensiva de la aprobación de la junta de propietarios del edificio (84).

Concreción de cuotas que suscita a un tiempo dos cuestiones distintas. La de los derechos presentes del titular de la cuota sobre el local futuro, y la del acuerdo unánime entre comuneros de que cada uno de ellos administre independientemente su presunto local, generando una situación de división de hecho, puesto que el titular de la cuota-local tiene, desde el preciso momento del pacto, la libre disposición del local futuro, frente a los demás comuneros y frente a terceros y carece de la administración del mismo y puede, en defensa de su derecho, instar la división de la cosa «común». La comunidad, a efectos prácticos, se circunscribe al poder de administración de la cosa común, la disposición individual y conjunta está estrechamente limitada por el pacto.

La subdivisión horizontal del local trae consigo la subsistencia de la finca matriz, o el nacimiento de siete y no seis espacios delimitados. El pacto contiene la necesaria creación de un pasillo común. Como es obvio, la división material proyectada, dado el régimen en que se inserta el local, viene limitada por el requisito de autonomía —acceso independiente— propio de todo elemento privativo, y si para ellos —deducimos— es imprescindible la formación de un pasillo común, o éste se integra dentro de la superficie de ciertos o de todos los nuevos locales, constituyéndose una servidumbre de paso recíproca, o si se deslinda, será, bien un elemento independiente con destino común (85), cuya titularidad se determina mediatamente —*ob rem*— y por cuotas indivisas en relación a la de los nuevos locales, bien un elemento procomunal de éstos —situación análoga a la anterior—, bien un elemento común a todos los propietarios del edificio, de uso y mantenimiento exclusivos por los titulares de los referidos locales. La titularidad *ob rem*, en consecuencia, resultará de la voluntad de los dueños, la indivisibilidad del destino común o procomunal —de admitirse la interpretación amplia del art. 4 de la LPH—, y la afectación del pasillo como elemento común —o procomunal, en sentido estricto— del acuerdo unánime de la junta de propietarios. Punto éste, el del carácter del pasillo, que no resulta de los términos del recurso: no sabemos si es un pasillo de acceso los locales, por carecer éstos de entrada independiente, o un pasillo de servicio, resultando su naturaleza y necesidad indeterminadas. Si es un pasillo de acceso, habría que admitir la entrada independiente a través de elemento privativo con destino común —en otro caso, el pacto sobre la división futura sería inoperante, y la cláusula nula, al crearse elementos privativos sin acceso independiente. Si es un pasillo al servicio de los locales independientes, su naturaleza y titularidad —privativa, común o procomunal— deben claramente resultar del documento presentado en el Registro.

En segundo lugar, la situación se complica si los estatutos inscritos contienen la cláusula de división y fijación de cuotas sin autorización comunitaria, ya que el pacto implicaría la división jurídica de hecho, resultado de la trascendencia real del acuerdo: la transmisión de una participación indivisa trae consigo la atribución de un espacio previamente delimitado, que lleva aparejada una cuota

proporcional futura en el régimen de propiedad horizontal, y, por otro lado, la transmisión de una fracción inferior a la participación-local de negocios, es decir, inferior a 1/16 —son seis, según el recurso, los adjudicatarios—, arrastraría la fijación de una cuota ideal sobre el local futuro, o la prohibición de enajenar una participación indivisa distinta de la participación-local prefijada. Siendo esto imposible —art. 27 LH—, si el titular de un 1/6 vende la mitad del mismo, el adquirente compra 1/2 del local futuro y 1/12 del presente.

Y, por último, queda el tema de la responsabilidad: si se hipoteca todo el local, ¿habría que distribuir, o estamos ante una hipoteca que nace, por el pacto real, solidaria?, y si se hipoteca una participación, ¿se hipoteca el local-cuota?, ¿podrá el acreedor instar la división por quebranto de la garantía? ¿Vincula el pacto al adjudicatario de todo el local, caso de ejecución?, ¿tendrá que cancelarlo unilateralmente?, ¿y son dos los adjudicatarios, deberá el mandamiento las cuotas-local de cada uno?, ¿y si se le adjudican todos los copropietarios de la comunidad horizontal por deudas frente a ésta...? (86)

### 13. Cláusula o pacto extraestatutario que limita la libre disposición de un piso o local independiente: titularidad *ob rem*

DÍEZ-PICAZO (87), al ocuparse de la creación negocial de obligaciones *propter rem* y de titularidades *ob rem*, en primer término, y luego, al tratar de los derechos subjetivamente reales, manifiesta la excepcionalidad genérica de estas figuras (que ha hecho entender a algunos autores que su reconocimiento, en nuestro ordenamiento, está restringido a los supuestos contemplados por la propia legislación, y la oportunidad práctica de las mismas para resolver aquellas situaciones jurídicas en que su establecimiento se sustenta en una causa legítima y suficiente, cual es el caso de los garajes y de los elementos procomunales dentro de la propiedad horizontal. Ambas —figuras— tienen amplio desarrollo dentro de este especial régimen jurídico. Son obligaciones *propter rem*, las de mantenimiento, utilización y servicio de los elementos comunes, y titularidades *ob rem*, las de los propietarios de los elementos privativos sobre los comunes y sobre los anejos inseparables, titularidades y obligaciones dominicales, y también de uso, en cuanto puede restringirse el de los elementos comunes accesorios. Titularidades y obligaciones, mediatamente determinadas —a través de la propiedad de otra cosa—, y permanentemente establecida —salvo desafectación. Su causa es legítima: la necesaria vinculación de titularidades y obligaciones hacen posible el cumplimiento de un destino común —la autonomía, el mantenimiento, el mejor servicio y la utilidad de una comunidad, en este caso, la comunidad horizontal.

El carácter excepcional de las titularidades *ob rem*, entre nosotros, se sustenta en un principio orgánico del régimen sustantivo del derecho de propiedad: el de la libre disposición y circulación de los bienes, que trae como secuela el carácter casi taxativo de las prohibiciones de disponer, y su exclusión del Registro de la Propiedad, cuando se pactan en un acto o contrato oneroso, privándolas de eficacia *erga omnes*. Las disposiciones legales que suprimieron los señoríos territoriales y jurisdiccionales, mayorazgos, vínculos, capellanías y memorias de sangre, primero, y la legislación desamortizadora, después, tendían a un solo fin, la libre circulación y disposición de los bienes, suprimiendo los vínculos y derechos perpetuos, que sustraían buena parte de los inmuebles del mercado. La Codificación, más tarde, materializó este principio a través de la configuración de un derecho de propiedad libre y pleno. La vinculación *ob rem* de dos objetos que-

branta, pues, un principio civil general, político y jurídico a un tiempo, que si bien no tiene formulación o articulación expresa, resulta de la total normativa que rige esta materia. Sin embargo, de la existencia de otros derechos reales no menos plenos y de la necesidad de adecuarse al Ordenamiento a la realidad social y física de cada momento, van surgiendo algunos supuestos de titularidades *ob rem* y prohibiciones de disponer, en consecuencia, dentro del campo de las servidumbres prediales y de la propiedad horizontal, sin perder su carácter extraordinario. Así, por regla general, la titularidad *ob rem* sólo se admite en los supuestos reconocidos por la propia legislación, y por excepción, refiriéndose al supuesto que examinamos, cuando nazca de una norma estatutaria inscrita dentro del régimen de la propiedad horizontal o de la propia naturaleza de éste —como yuxtaposición de titularidades. No cabe, pues, el pacto extraestatutario por el que se vincula la titularidad de dos inmuebles.

Es consustancial al régimen de estas titularidades, la existencia de una titularidad prevalente o determinativa de la persona física o jurídica a quien se atribuye el poder de disposición conjunto de los bienes, activa y pasivamente. El titular dominical de la finca X, deviene titular de la Z, y al disponer —gravar— de aquélla, lo hace de ésta. Una titularidad inmediata y otra mediata, que jerarquiza la posición de cada objeto, sin que suponga más que un grado de accesibilidad volitivo en una de ellas (88), de tal suerte que la disponibilidad separada se excluye, y la disposición del objeto principal o prevalente lleva consigo la del accesorio, sin que quepa excepción alguna. El problema podría surgir en materia de gravámenes. El embargo y la hipoteca de X suponen los de Z, sin que sea necesario distribuir la responsabilidad —en el último caso— (89). Para ir contra la finca Z se tendrá que ir contra el titular de X, ya que éste deviene titular de aquélla. Habrá que aplicar las normas por las que se rigen los anejos privativos, e indirectamente las servidumbres prediales, para entender la situación jurídica que se crea —ver art. 108-1.º LH.

No obstante, la admisibilidad de esta figura dentro de la propiedad horizontal, fuera de los casos legalmente previstos —elementos comunes, anejos—, ha sido cuestionada en el ámbito doctrinal y también en el práctico, siendo resultado su reconocimiento de la evolución jurisprudencial sobre esta materia. Ello plantea, desde el punto de vista civil y registral, dos problemas: ¿cuándo existe causa suficiente o justificada? y ¿qué requisitos debe reunir la titularidad *ob rem* constituida para su inscripción? Civilmente, los autores —DÍEZ-PICAZO, AMORÓS...—, al analizar la oportunidad de esta figura dentro del campo de la propiedad horizontal, muestran su opinión favorable, tomando por fundamento la existencia de una causa legítima, sobre todo, como solución para resolver el problema de los garajes —v. DÍEZ-PICAZO. Registralmente, asimismo, se pondera su justificación por idéntica o parejas razones, surgiendo el tema de la reducción de esta institución a sus justos límites. Esto es, de definir los supuestos jurídicos en que cabe o es oportuna la aplicación de la figura. Y todo, en suma, parece depender de la accesoriadad del elemento vinculado y del destino estatutariamente previsto: un finca al servicio estatutario de otra.

DÍEZ-PICAZO (87), analizando la problemática de la propiedad horizontal —elementos comunes, elementos privativos— y la especial vinculación que este régimen crea, extrae como doctrina general la posibilidad de reconocer en nuestro derecho titularidades *ob rem*, fundadas en causa «suficiente» —finalidades económico-sociales—, por analogía con las recogidas como tales en la ley, y en el caso concreto de los garajes procomunales —titularidad conjunta de una cuota del garaje y de una vivienda o local—, su conveniencia. TIRSO

CARRETERO (91), no se muestra muy favorable a esta solución, al comentar un caso concreto de titularidad *ob rem* entre una cuota de garaje y una vivienda, como veremos. Pra él el problema radica en el vacío legal que supone el que nuestra legislación no reconozca abiertamente la copropiedad comunal. AMORÓS GUARDIOLA (92), sin embargo, propugna la idoneidad de esta figura para resolver el problema de los garajes dentro de la propiedad horizontal, al atribuir al local un destino unitario de naturaleza procomunal en servicio de los propietarios de las viviendas que los propios estatutos recogen, dando cauce jurídico a la realidad social (pág. 719). PONS y DEL ARCO (35, pág. 221), argumentan la defensa de esta vinculación en los artículos 4 y 5 de la LPH, en la inexistencia de norma prohibitiva de la misma —LPH, Cc—, y en la calificación del pacto no como una prohibición de disponer sino simplemente como una regla estatutaria.

La jurisprudencia registral, razón última de la polémica, ha tenido ocasión de pronunciarse al respecto en distintas ocasiones. Las Resoluciones de 4-11-1968, 20-12-1973, 19-12-1974, 9-1-1975 (95) y 3-9-1982, sirven de testimonio. Tres de ellas se ocupan de supuestos en que no cabe tal vinculación (4-11-1968, 19-12-1974 y 9-1-1975), y las dos restantes (20-12-1974 y 3-9-1982), del caso contrario. Los supuestos favorables se apoyan en el destino unitario y la relación de servicio que se establece entre las viviendas y el garaje contenido en los estatutos, y los negativos en la ausencia de pacto. La Resolución de 1982 declara —considerando cuarto: «...la admisibilidad de las "titularidades *ob rem*" no puede ser cuestionada en nuestro sistema, dado el juego de la autonomía de la voluntad, igual que sucede con las servidumbres voluntarias —art. 536 del Código civil— como antes se indicó la relación física entre los inmuebles o correlación de destino, por su necesidad, utilidad o comodidad inclusive, justifica la conexión de titularidades entre ellos, y aunque las fincas no estén consideradas en un mismo plano, ya que por su importancia y respectivo destino una esté al servicio de la otra, lo mismo procederá con la titularidad de los derechos entre una y otra» (97).

Extractando la doctrina de la DG, los requisitos de la inscribibilidad de los pactos que entrañen vinculación *ob rem* de dos o más titularidades sobre los respectivos elementos independientes, son tres y son interdependientes: 1.º Que las fincas que se vinculen pertenezcan a uno o más edificios divididos en régimen de propiedad horizontal. 2.º Que exista causa legítima y destino común, tal como la relación de servicio de un elemento respecto de otro destino común y comunitario dentro del expresado régimen. 3.º Que dicha titularidad *ob rem*, causa y destino se contengan en los estatutos o, mejor aún —que es lo mismo—, en el título constitutivo de los regímenes afectados. Esta última prevención, la necesidad de su constancia en el propio título constitutivo, ha sido requerida por la Resolución de 1982, por entender que su establecimiento excede «del contenido propio de los Estatutos». Prevención que muestra la importancia excepcional de esta vinculación, y que hace necesario que se destaque con claridad su establecimiento (93).

El primer requisito se sustenta en el carácter de prohibición de disponer que entraña su establecimiento, contrario a los principios generales inmobiliarios de libre disposición y circulación de los bienes —arts. 348 del Cc y 27 de la LH—, y en la naturaleza personal de esta «obligación de no disponer» por separado de dos inmuebles, que reconoce la Resolución de 4-11-1968 (92, pág. 37). El carácter extraordinario de esta figura y su ubicación dentro del título constitutivo de la propiedad horizontal, permiten hacer tal afirmación —si ni siquiera es posible la vinculación extraestatutaria de dos elementos independientes, menos aún lo será entre dos fincas plenamente autónomas (96). La Resolución de 20-12-1973

alude a la limitación institucional que esta figura supone, dentro de esta propiedad especial —arts. 3 y 4—, y fuera del régimen ordinario de los derechos dominicales.

El segundo de los requisitos apuntados —causa legítima y destino común—, se extrae del fundamento de su propio reconocimiento doctrinal y jurisprudencial. Las Resoluciones de 20-12-1973 («...al establecer el *destino exclusivo* del sótano para aparcamiento de automóviles o garaje cuyo uso y aprovechamiento corresponde única y exclusivamente a las catorce viviendas, se confiere el carácter de elemento pro-común a dicho sótano...») y 3-9-1982 («...debe existir, como *causa económica* y a la vez *jurídica* que justifique esta conexión, una cierta relación de destino, dependencia o *accesoriedad* e incluso de *servicio*...») así lo reconocen. Es importante tener siempre presente que el destino común de las fincas debe implicar o añadir necesariamente un destino comunitario (ver Res. de 19-12-1974, que niega la inscripción, a pesar de establecerse una unidad inseparable entre las dos fincas). Causa y destino que deben resultar claramente —no quiero decir formalmente— del documento, puesto que si se vinculan las viviendas de la planta baja a las de la primera planta, sin decir el título nada más, la aplicación de esta doctrina sería muy problemática, o inaplicable. Una cosa es un elemento procomunal, otra una titularidad *ob rem*, y otra distinta una comunidad funcional: su posible concurrencia sobre un mismo objeto no las desvirtúa. Al menos deberá expresarse que el destino es comunitario, estatutariamente articulado —al servicio de la comunidad, sea de toda o de una parte. El carácter procomunal fue el fundamento de la inscripción del título en la Resolución de 1973, a pesar de que sólo se habla de uso y no de cuotas. Queda claro en la misma que en el edificio además de las catorce viviendas, existen otras —la número ocho—, y no si existen locales comerciales. Admite, pues, la DG elementos procomunales establecidos en provecho de determinados del inmueble (a efectos de la tesis de POVEDA: el elemento procomunal es un elemento común accidental. Si es un elemento común, la titularidad *ob rem* resulta del propio régimen de la propiedad horizontal, y no es necesaria su formulación expresa. Ahora bien, la titularidad de todos los propietarios sobre el elemento procomunal, aunque el uso se atribuya a catorce de ellos —punto oscuro de la Resolución—, a menos que se entienda que se trata tan sólo de una adscripción de uso unida a cada vivienda) (98)

El tercero de los requisitos es resultado de los primeros —todos integran uno. pacto estatutario dentro de la propiedad horizontal por razón de un único destino. La Resolución de 19-12-1974 (92), basa su decisión en que no se trata de un pacto estatutario («...no cabe aplicar aquella excepcional doctrina —la de la Res. de 1973— a un supuesto diferente para el que fue dictada...»: pág. 716), como lo prueba el que en la regulación «meticulosa y detallada» de la planta de garaje que contienen los estatutos nada se establece al respecto (pág. 717).

Otra cuestión es la del ámbito de estas titularidades reales: ¿cabe vincular elementos que no sean viviendas y garajes? Entendemos que sí, que cabe la aplicación analógica a aquellos casos en que concurra idéntica razón o causa. Pueden ser elementos accesorios, los trasteros, los locales destinados a piscina o zonas de expansión comunitaria..., y principales, las viviendas y locales. La relación de dependencia dependerá del destino comunitario y del caso concreto, ya que puede admitirse que un local —vestuarios, servicios— sea accesorio de las plazas de garaje independientes.

En la Resolución de 3-9-1982, que consolida la doctrina jurisprudencial sobre esta materia, se vuelve a plantear el tema del acceso según destino, y la posibi-

lidad o imposibilidad de que un elemento privativo de un edificio tenga su entrada por otro, perteneciente a distinto edificio, y lo que es más, que un local situado en éste se destine —asi lo expresa su descripción— al servicio de un departamento independiente de una comunidad extraña, teniendo en cuenta que no estamos en presencia de un complejo inmobiliario. En principio, causa legítima o suficiente parece existir, pero desde el punto de vista de la dinámica del dominio, podrá ocurrir que el propietario del local de servicio —rampa— lo transmitiese a un tercero, y que la comunidad en que se ubica, a instancias de éste, acordase por unanimidad cambiarle de destino. ¿Qué ocurriría, pues, con el local de garaje que accede a través de él? Obviamente, quedará en situación de no desarrollar su fin, o hacerlo de una forma más limitada. Los propietarios del mismo no tienen ningún derecho sobre el otro local —partimos del presupuesto de que el garaje tiene acceso independiente a la calle o a través de un elemento común de su propia comunidad, y no sólo a través de la rampa (99). Por otro lado, si el fundamento de la DG es el carácter procomunal —«pro-común» decía la Res. de 1973— de los dos elementos vinculados, el concepto, ahora, de procomunidad se expande, saliéndose del propio edificio donde radica el departamento, y se refuerza, a un tiempo, al ubicarse dentro de los títulos constitutivos respectivos (100). La unidad del inmueble quiebra: ¿qué ocurriría si se extingue el régimen de propiedad horizontal sobre uno de ellos por cualesquiera causas?, ¿deben excluirse las voluntarias?, ¿tienen derecho a indemnización los titulares del local principal por no poder cumplir su destino, o basta con la participación en el solar que como propietarios del accesorio les corresponde.? Quizá reste entender que si el fin deja de cumplirse, no pasa nada extraordinario —igual que si una servidumbre predial cesa por imposibilidad.

Esta resolución suscita, desde otra perspectiva, con carácter perentorio, la insuficiencia advertida por CARRETERO en la de 1973 (91), la necesidad de atribuir a los titulares del elemento principal no ya el uso, resultado del dominio, sino clara y puntualmente una cuota de participación indivisa sobre el local accesorio. No se va a practicar la inscripción a favor de quien tenga el derecho de uso —arrendatario, usufructuario . — o simplemente el uso —precarista— sobre esta finca por ser titular de la otra. La proporcionalidad y la cuota de titularidad, en este caso, si resultan de la escritura.

#### 14. Cláusula por la que se confiere el carácter procomunal a un elemento privativo o común

Finalmente, y para acabar con el sucinto estudio de algunas cláusulas estatutarias de la propiedad horizontal en su relación con el Registro de la Propiedad, esto es, desde la óptica de su eficacia real, nos ocupamos ahora de los elementos procomunales.

Resulta extraordinario advertir cómo un solo artículo, y particularmente el último inciso del mismo, ha podido ser suficiente para romper con el régimen ordinario de la comunidad de bienes y llenar las secas lagunas que el paso del tiempo —veintinueve años— va descubriendo en el estrecho cauce de la Ley de Propiedad Horizontal. Nos referimos, como es obvio, al artículo 4 del texto de 21 de julio de 1960. Este artículo contiene tres disposiciones —imperativas— sobre la acción de división (101) establecida en el Código civil: 1.ª La propiedad horizontal no cesa por el ejercicio de la acción de división (es más, añadimos, puede ser resultado de ésta —art. 401-2.º del Cc). 2.ª La comunidad

ordinaria sobre un elemento independiente —«piso o local determinado»— si puede extinguirse por su ejercicio. 3.<sup>a</sup> La acción de división tampoco es aplicable proindivisión —condominio ordinario— establecida sobre un elemento privativo —entendemos— «de intento para el servicio o utilidad común de todos los propietarios». Contiene, pues, una regla general y dos excepciones sucesivas, siendo la regla general una excepción al régimen ordinario, y la excepción, que, a su vez, se excepciona, es la regla general en materia de comunidad. Regla general: la propiedad horizontal es indivisible; es decir, la vinculación jurídica entre los elementos susceptibles de propiedad separada —privativos— y los que para posibilitar su ejercicio —comunes—, son objeto de comunidad, esto es, el grado de dependencia entre ambos es tal que en ningún caso procede la acción de la división. Son necesariamente, y por necesidad física, inseparables. Excepción: la comunidad ordinaria sobre un elemento privativo se extingue por ejercicio de la acción de división —art. 400-1.º Cc. O sea, la propiedad separada sigue el régimen general, con la traba de que su intensidad con los demás supuestos no es total, en cuanto el condominio necesario anejo —único medio de hacer realidad la abstracción «dominio separado»—, puede imponer la venta en subasta de la finca por no ser y sí resultar indivisible, con independencia de su destino, al no autorizar la junta de propietarios por unanimidad la división propuesta. En cualquier caso, cabe el ejercicio de la acción, que es lo que ahora importa. Ahora bien, esta excepción tiene una limitación que la excepciona: no procede la acción de división si la comunidad sobre el elemento privativo se estableció «de intento para el servicio o utilidad común de todos los propietarios». Nace el concepto de elemento procomunal, y en derredor del mismo, los de titularidad *ob rem* y comunidad funcional, conegrandó la jurisprudencia hipotecaria la existencia de comunidades «ordinarias» permanentes, sin recalar en la propiedad comunal (103).

Al elemento procomunal le cualifican dos características esenciales: 1.<sup>a</sup> *Es un elemento privativo* —con su cuota y todo; no es una superficie determinada susceptible de aprovechamiento independiente, no es un anejo. Y ello porque el inciso primero del segundo párrafo del artículo 4 habla de «piso o local determinado», y piso o local determinado sólo es un departamento independiente. Si fuera un elemento común, no cabría ejercitar la acción de división, según establece el primer párrafo, y éste así, resultaría contradictorio con el segundo. Además, el párrafo segundo, inciso primero, se refiere expresamente a «cada propietario *pro indiviso* de un «piso o local determinado» y «circunscrita al mismo». La acción se ejercita en caso de condominio ordinario sobre un elemento en propiedad separada. 2.<sup>a</sup> *Es un elemento privativo en comunidad voluntaria y permanente para servicio o utilidad común de todos los propietarios*, y precisamente, por razón de ese destino, servicio o utilidad común, no es susceptible de división. Es funcionalmente indivisible. La división supone hacer inservible el objeto para el destino comunitario que sirve. La división sólo puede tener lugar una vez que se altere ese destino. No se trata de una comunidad incidental —involuntaria—. No cabe la venta en pública subasta o la adjudicación, previo acuerdo, a uno de los comuneros. Estamos ante una comunidad ordinaria —romana— (102) permanente que sirve un destino protegido por el ordenamiento jurídico. Es un elemento afecto a un destino, que hace necesaria la previa desafectación —acuerdo— para circular en régimen ordinario. ¿Es ese destino común o comunitario?, ¿quién concede el carácter procomunal?, ¿qué efectos produce, fuera ya de la indivisibilidad?, ¿se desnaturaliza el carácter privativo?, ¿debe constar el destino en los estatutos..?

Recogidas ya algunas de las opiniones doctrinales más relevantes, conviene destacar ciertos aspectos, a la vista de la jurisprudencia: 1.º El elemento procomunal, en sentido estricto, nace de un pacto estatutario (RR de 4-11-1968, 20-12-1973 y 19-12-1974). 2.º La procomunalidad extraestatutaria da lugar a una comunidad funcional (RR de 18 y 27-5-1983 y 20-2-1989). 3.º El deslinde entre ambas figuras no presenta la nitidez que quisiéramos: en ambos casos su origen —comunidad de «intento, voluntaria y permanente»—, efectos —indivisibilidad, ausencia de tanteo y retracto—, amparo legal —art. 4— y objeto —garaje. Solamente cambia, y es de destacar, su situación institucional: la procomunidad obedece a un destino comunitario y como tal forma parte, como cláusula de afectación, de los estatutos, y la comunidad funcional proviene del destino común que los condueños de un elemento privativo le otorgan a éste de común acuerdo —unánime. La distinción surge, pues, indudablemente de su carácter, estatutario o extraestatutario, y es lo suficientemente operativa como para determinar un régimen jurídico diferente (107). La comunidad funcional, además, se separa del elemento procomunal en su ámbito de actuación, que se extiende fuera de la propiedad horizontal. Efectivamente, la Resolución de 18-5-1983 se pronuncia sobre un supuesto en que el objeto común no está dividido horizontalmente (108). 4.º El elemento procomunal puede estar al servicio de toda la comunidad o de determinados propietarios, derivando de esta situación su titularidad. Si ésta recae en todos los propietarios, estaremos ante un elemento común accidental, sin perjuicio de que su uso se restrinja a algunos de ellos (Res. de 19-12-1973: titularidad *ob rem* de todos, como cualquier elemento común, y uso exclusivo de algunos —104). Si la titularidad se atribuye a un número determinado de los condueños del edificio, y se fija una cuota de titularidad, la de uso vendrá implícita en ésta. 5.º La procomunidad sólo tiene lugar dentro de un solo régimen de propiedad horizontal, no entre edificios independientes contiguos o distantes —utilidad— (105), entre éstos se da la comunidad funcional y la titularidad *ob rem*, se reconozca o no el destino comunitario dentro de los correspondientes estatutos. 6.º Al amparo legal de estas situaciones —elemento procomunal, comunidad funcional, titularidad *ob rem*— es siempre el mismo, el inciso final del artículo 4 de la LPH (106).

De lo anterior, del desarrollo jurisprudencial del artículo 4, resultaría el siguiente esquema.

— *Titularidad «ob rem»*: debe constar en el título constitutivo de la propiedad horizontal (RR de 4-11-1968, 20-12-1973, 19-12-1974 y 3-9-1982).

— *Elemento procomunal*: destino comunitario establecido en los estatutos (RR indicadas, particularmente las de 1973 y 1974):

— Elemento procomunal *general*.

— Titularidad: todos los propietarios que integran la junta.

— Uso: todos o algunos propietarios determinados.

— Carácter de la titularidad: *ob rem*, como la de cualquier elemento común (accidental).

— Elemento procomunal *especial*.

— Titularidad: los propietarios que se especifiquen.

— Uso: los titulares en proporción a sus cuotas.

- Carácter de la titularidad según se configure. Ordinaria —los condueños conservan la libre disposición de la cuota, con la limitación que supone el destino comunitario, y la ausencia de la acción de división y los derechos de preferente adquisición. *Ob rem* —RR de 1973 y 1974, el poder de disposición del elemento accesorio pasa al titular del elemento principal, y sólo es posible la disposición, voluntaria o forzosa, conjunta— (109).

— *Comunidad funcional*: destino común y extraestatutario (RR de 18 y 27-5-1983 y 20-2-1989). Cotitularidad y uso correlativo (107).

### La comunidad funcional

El nuevo concepto de comunidad funcional, consecuencia de la evolución jurisprudencial que puede advertirse en esta materia (110), presenta, no obstante, unos caracteres definitorios bastante problemáticos. Son estos caracteres, el establecimiento de una comunidad permanente —«de intento»— con un destino específico y la adscripción habitual a las cuotas indivisas —que componen el condominio— del uso exclusivo y excluyente de una porción determinable de espacio físico del local en comunidad. El carácter permanente de la comunidad nace de la necesidad de hacer posible su destino común, y la adscripción de uso deslinda un doble ámbito del ejercicio de las facultades dominicales, siendo los comuneros titulares de una cuota sobre el todo, de una porción ideal —cuota de titularidad—, y ésta se concreta, en contradicción a su esencia —clásica—, sobre un espacio delimitado —cuota de uso—. El ámbito objetivo de la institución se desdobra —o se pretende desdoblar—, dando lugar a una fórmula compleja, donde conviven simultáneamente dos objetos de tráfico jurídico indisolublemente ligados, de tal suerte que el que carece, en puridad, de autonomía, cualifica la relación jurídica. La cuota de uso concretada sobre un objeto dependiente —a veces ni se deslinda frente a tercero, siendo un solo número, oculta su ubicación física—, se reviste de tal fortaleza que la cuota de titularidad se difumina, sirviendo exclusivamente de caparazón formal, y de justificación jurídica. Sin embargo, esta pretensión en que equivocadamente —por ignorar la trascendencia jurídica de la adscripción— se fundamenta —carácter exclusivo y excluyente—, adolece de ineficacia frente a tercero, y una vez que se acuerde la extinción de la comunidad, es más que dudoso que un comunero pueda oponer a otro —a efectos de adjudicaciones, previa división— la titularidad «dominical» del espacio que usa, y que no quepan recursos judiciales —por ejemplo, como señalábamos, la falta de proporcionalidad entre ambas cuotas. La exclusividad de la atribución no pasa de ser una regla de administración interna, pese a la publicidad registral y a los visos de propiedad que presenta este negocio indirecto para los titulares de las cuotas.

El carácter permanente de la comunidad, por otro lado, y la exclusión que supone de la acción de división y de los derechos de preferente adquisición, fuerzan, asimismo, un giro de noventa grados dentro de la comunidad de bienes, su doctrina y jurisprudencia. Hasta ahora, el que la cosa común resultase indivisible por razón de su destino, no daba lugar a permanencia alguna de la comu-

alidad —arts. 400, 401 y 404 Cc. Aunque, con todo, lo que nos parece más inadmisibles es la eficacia que aparentemente se quiere reconocer en la adscripción de uso.

La comunidad funcional como comunidad permanente se sustenta —para la DG— en el desarrollo de los artículos 392, 400, 401 y 1.255 del Cc, y en la adaptación de las normas contenidas en la LPH a una nueva situación —aquí vendría a encajar el art. 4—, la de los garajes en comunidad. Pero lo curioso del caso es que la única resolución que se refiere al Derecho común no entra a estudiar este tipo de comunidades («...sin prejuzgar ahora sobre el preciso alcance jurídico de este acuerdo en las relaciones entre los copropietarios y sus posibles adquirentes...» —111). Veamos la evolución jurisprudencial.

Las Resoluciones de 18 y 27-5-1983 admitieron la constitución de sendas comunidades funcionales sobre dos inmuebles sitios en territorio de Derecho foral y sujetos a un régimen jurídico distinto. La Resolución del día 18 se refiere a un edificio unitario y la del día 27 a otro dividido horizontalmente. Recogen la que podríamos denominar comunidad funcional navarra. Y, hace algunos meses, la Resolución de 20-2-1989 extiende la expresada figura, directamente en su reflejo registral e indirectamente en su fundamentación jurídica, al Derecho común y dentro de la propiedad horizontal.

El supuesto de hecho de la Resolución de 18-5-1985 es el siguiente: el propietario de un local comercial subterráneo destinado a garaje, constituye una comunidad sobre el mismo, al tiempo que transmite cuotas indivisas del mismo, y señala el régimen jurídico de la comunidad, de tal suerte que por razón de su especial naturaleza —la atribuida— no serán de aplicación la acción de división y los derechos de tanteo y retracto. El Registrador, por su parte, deniega la inscripción de ese especial régimen, por contravenir los artículos 372 y 374 de la Compilación del Derecho civil de Navarra, y los artículos 400 y 1.522 del Cc, como supletorios.

El Notario recurre, pues estima que esta «comunidad funcional, organizada y permanente», ante la ausencia de disposiciones en la LPH sobre garajes en comunidad, tiene amparo normativo y doctrinal en el principio jurídico de *pariamiento fuero vienze*, en la Ley 371 sobre comunidad —prevalece la voluntad privada sobre la Compilación—, en la realidad que muestra la existencia de comunidades «atípicas» en Navarra, en la distinción entre comunidad funcional y comunidad incidental, y entre comunidad por cuotas y comunidad *pro indiviso*, en base a su destino, duración, origen y organización, indivisión y ausencia de retractos (art. 401 Cc), y que acerca la funcional a la sociedad, a modo de «comunidad social».

El Registrador, en su informe, señala que la comunidad que contiene el documento presentado es una comunidad *pro indiviso* de tipo romano, de origen convencional (112), y dotada de un régimen pactado para regular las relaciones internas entre condueños; que la comunidad no se desnaturaliza por singular denominación; que la exclusión de determinados derechos así lo patentizan, si fuera una comunidad especial no hubiese sido preciso; que el principio de libertad contractual —arts. 371 de la Compilación y 392 del Cc— tiene sus límites, y entre ellos, el interés público que predomina en materia de derechos reales, siendo criterio generalizado la inadmisión de figuras atípicas; y que la comunidad de garajes no está legalmente reconocida como comunidad especial e indivisible, a diferencia de otros supuestos en que las leyes forales así lo hacen (Ley 274: «la comunidad *pro indiviso* es en cualquier momento divisible»), principio de orden público en la doctrina histórica y actual. Norma que no admite más excepción

que la expresada por la Ley 374); y, finalmente, que los efectos que se persiguen podían haberse logrado de forma directa, mediante la división horizontal del edificio.

El Presidente de la Audiencia, por su lado, revoca la nota por Auto, haciendo hincapié en el carácter dispositivo de los derechos de retracto y de división de bienes, y la posibilidad de la indivisibilidad permanente de la propiedad *pro indiviso* —Ley 374— (113).

Y la Dirección general resuelve, el 18-5-1983, revocando la nota, sin entrar en el intento de adaptación de las normas de la LPH que se deduce de la escritura, por no haberse planteado dentro del recurso —¿qué hubiese ocurrido entonces?— (114), y reduciendo éste a la admisibilidad de la figura en Derecho navarro, que entiendo posible, en base a las Leyes 7, 8, 371, 372, 373 y 374, y a la realidad social de nuestra época, necesidad a la que atiende la constitución de esa comunidad funcional sobre el garaje. Las Leyes 7 y 8 recogen el principio de libertad civil —las leyes se presumen dispositivas. La Ley 371 el régimen de fuentes, en materia de comunidades regirá: el título de constitución, y, en su defecto, los usos y costumbres y las disposiciones de la propia Compilación. La 372, en cuanto a la exclusión del retracto, se remite al Código civil, y éste permite tal exclusión conforme a los artículos 392 y 1.255 (115), dado que su fundamento es distinto al de otros retractos legales —enfiteútico, arrendaticio—, llegándose al mismo resultado en Navarra por virtud del principio de libertad civil. La Ley 373, al ocuparse de la proindivisión, «autoriza a los titulares a modificar mediante convenio el régimen de la comunidad, que valdrá entre ellos como contrato de sociedad, disposiciones todas que no suponen más que un desarrollo del principio de libertad civil» (Considerando quinto). La Ley 374 declara la validez del pacto temporal de indivisión hasta un máximo de noventa y nueve años, y que, asimismo, la indivisión, salvo que se declare judicialmente su inoperancia por falta de utilidad (Considerando sexto). Finalmente, la exclusión de la acción de división se apoya (Considerandos séptimo, octavo y noveno) en la posibilidad de establecer unilateralmente una comunidad atípica de carácter duradero para dar salida a un problema objetivo, el cumplimiento de la finalidad o destino común que se persigue, ya que otra cosa supondría la destrucción de la comunidad «realmente querida»; naturaleza ésta que incluye la comunidad funcional dentro de las comunidades especiales que regulan la propia Compilación, creando una situación que es coincidente con otras comunidades —comunidad facedera—, y particularmente con la propiedad horizontal, respecto de cual no oculta su semejanza.

De la anterior doctrina, confirmada por la Resolución de 27-5-1983 —que se remite a aquella—, resulta que la comunidad funcional es una comunidad atípica y como tal excepcional, que resuelve un problema muy concreto —los garajes en comunidad—, y que se ampara en la libertad civil navarra, sin que sea oportuna su extrapolación al Derecho común, donde no rige este principio, con la no aclarada salvedad de la semejanza que guarda con la propiedad horizontal, cuya ley reguladora es de ámbito nacional. Comunidad funcional que opera tanto dentro —Res. de 27-5-1983— como fuera de la propia propiedad horizontal, sin que su establecimiento sobre un edificio suponga fraude de ley, al no aplicar la LPH, eminentemente imperativa. Y siendo su tendencia extensiva a cualquier situación dentro del Derecho común, como lo prueba la Resolución de 20-2-1989, que admite la figura dentro de la propiedad horizontal, y hace previsible que su doctrina se aplique a cualquier finca rústica o urbana, se trate de garajes o de cualquier otro destino común que predique permanencia. Como decía el

Registrador, en la Resolución de 18-5-1983, la exclusión expresa de dos notas características típicas de la comunidad ordinaria —acción de división y retracto—, hace pensar que se está partiendo de ésta y no de otra figura especial. En definitiva, la comunidad funcional y la doctrina en que se sustenta se haya pendiente de la reválida del TS, y más si tenemos en cuenta que la DG no ha resuelto —por no ser materia de recurso— el problema de la voluntaria postergación de la LPH, para edificios unitarios, y de la subdivisión horizontal, para las adscripciones de uso. La comunidad funcional y dichas adscripciones viven pendientes de que una sentencia declare su nulidad (116). Su reflejo registral, y su eficacia *erga omnes*, son un primer paso de esa «vis» expansiva, pero la nulidad es un peligro que acecha, y su aplicación a diversas aplicaciones, distintas de los garaje en comunidad, acentúa la problemática. Sólo queda que el TS coincida con estos postulados, cuando un tercer adquirente de una cuota requiera ejercitar el retracto o la acción de división —no vaya a ocurrir como con la facultad de división sin autorización de la junta de propietarios, y no sea suficiente la constatación registral y la subrogación forzosa en su contenido. Sería oportuno que en los contratos de compraventa se transcribieran expresamente, al no ser una comunidad ordinaria, el especial régimen jurídico de la comunidad (Ley 26/1984 de Defensa de los Consumidores; Real Decreto 515/1989, sobre información a los adquirentes; STS de 7-2-1976, que entiende que esa facultad de autodivisión no es más que un pacto de adhesión).

La Resolución de 20-2-1989 (117), entre sus distintos pronunciamientos, contiene la siguiente doctrina sobre este punto concreto:

1. *Comunidad funcional «pro diviso»*: los copropietarios de dos locales destinados a garaje pueden constituir, sin autorización de la junta, una *comunidad funcional* entre ellos, por la que se distinguen tres *zonas* de distinto uso dentro del mismo —zona de maniobras, zona de acceso a la vía pública y zona de aparcamientos—, se adscribe a cada cuota el *uso* exclusivo de una plaza de garaje, dando a la cuota carácter indivisible y de libre disposición, se excluye la acción de división y el retracto de comuneros, y se constituyen servidumbres de paso entre las distintas zonas —se trata de dos locales independientes.

Apuntada ya la concepción genérica sobre esta nueva figura, sólo nos es posible resaltar ahora la *limitada* transcendencia que la DG concede a la eficacia *inter partes* y *erga omnes* de la misma, pronunciándose exclusivamente sobre la necesidad de que su establecimiento requiera o no acuerdo unánime de la Junta de Propietarios. Accede, pues, al Registro el estatuto jurídico de una comunidad especial, sin declaración alguna de su virtualidad operativa o eficacia. Algo así como si lo incontrovertiblemente inscrito fuera únicamente la comunidad romana, sin perjuicio de la nulidad, anulabilidad o intrascendencia de los pactos cualificadores que la acompañan: permanencia según destino —exclusión de la acción de división y de los derechos de preferente adquisición—, división intelectual del objeto en tres zonas físicamente deslindadas, cotitularidad solidaria sobre el mismo —agrupación de hecho—, libre transmisibilidad de las cuotas indivisas unidas indisolublemente a las respectivas plazas de garaje —aprovechamiento limitativo por razón del uso— (120). Algo así, decimos, como si estuviéramos ante una pseudopermanencia, una pseudodivisión, una pseudoagrupación y un pseudodominio sobre cada plaza de garaje. Para conseguir un único fin —la propiedad separada de la plaza de aparcamiento—, en el concepto vulgar del usuario (118), se esquivo toda intervención de los restantes propietarios del edificio. No va a ser necesario su concurso porque la agrupación

y la posterior división física del objeto, se evita jurídicamente, dejando a un lado las leyes de propiedad horizontal y fiscales (119).

En cualquier caso, la resolución entiende que la figura es inscribible, tomando por principio general el dominio preeminente del elemento privativo sobre la situación de comunidad horizontal, siendo más fuertes los lazos creados entre los condóminos de la propiedad separada que los que establece la propia Ley entre los comuneros del edificio (Considerando segundo: «...la ineludible interdependencia objetiva y recíprocas limitaciones derivadas de la unidad física del edificio en su conjunto, no se opone, en sede de utilización de los elementos privativos, al mantenimiento de los principios informadores del derecho de propiedad...» —tomado por esta resolución de la de 12-12-1986. Considerando cuarto, párrafo segundo: «...este acuerdo —adscripciones de uso— ...se contrae al ámbito jurídico definido por la propiedad separada sobre cada uno de los dos locales...»). Y tan genérica afirmación trae como consecuencia, ya que no se destaca suficientemente el que se trate de un supuesto concreto —garaje en comunidad—, la extensión del ámbito de esta institución a cualquier situación de comunidad, exista o no división horizontal. Si la razón de ser son los principios de autonomía de la voluntad y de libre disposición de los bienes sobre el departamento independiente de un edificio en régimen de propiedad horizontal, no cabe la menor duda que a más y mejor se podrá llegar cuando el objeto carezca de limitación institucional. Damos, en definitiva, carta de naturaleza a una institución carente de firmeza y autonomía jurídica (121).

2. Adscripciones de uso: no implican subdivisión y, en consecuencia, están eximidas del requisito de la aprobación por la junta de propietarios.

Examinados con anterioridad los distintos aspectos sustantivos y formales de estas novedosas adscripciones de uso, el tema se centra en el análisis del cuarto considerando de la Resolución comentada, que, como hemos advertido, en su segundo párrafo se circunscribe a destacar la inalterabilidad sustantiva del régimen jurídico aplicable a los dos locales destinados a garaje, descartando entrar en la procelosa cuestión de su eficacia. Las adscripciones de uso no implican «una auténtica subdivisión que —modifique— el título constitutivo». La cotitularidad comunitaria no presenta rasgo distintivo alguno determinante de la intervención de los restantes propietarios del edificio. Luego tales descripciones no suponen una alteración numérica en la composición de la Junta, ni producen efectos frente a tercero, o, mejor dicho, frente a esos terceros. Su establecimiento se ubica en el régimen interno de utilización de un elemento privativo. No estamos ante una titularidad *ob rem* ni ante un elemento procomunal. No es necesaria su previa concepción dentro de los estatutos o del título constitutivo —a diferencia de los que entendió el Registrador— (122). Las adscripciones pueden establecerse, pues, en cualquier momento por el propietario único del local, al tiempo que constituye o no una comunidad funcional, y como quiera que las enajenaciones pueden ser sucesivas o simultáneas, esta situación nacerá en el primer caso antes de que haya cualquier otro comunero y finalizará sin la paulatina intervención de los condóminos sucesivos. El propietario único originario que decidió adscribir es la persona capacitada para ir creando la comunidad a medida que va enajenando cuotas, y adscribiendo la superficie todavía no vinculada a cuota alguna. Se trata de una comunidad muy especial, en su origen presenta analogías con la constitución del régimen de propiedad horizontal por propietario único. Los recién venidos comuneros no intervienen para nada, de tal suerte que la comunidad funcional se va creando de hecho: al circunscribirse con tan notable solidez la cuota al uso de determinada plaza, ellos no deben

opinar acerca del restante espacio físico acotado (123). La razón es muy sencilla, la adscripción carece de eficacia alguna, sólo la tolerancia de los comuneros presentes permite que se sigan localizando nuevas plazas. Por eso tiene razón la DG, el acto no implica subdivisión: es inoperante.

Quizá no estuviera de más esa prevención estatutaria, ese implicar indivisión material o subdivisión de uso. Y lo decimos por los confiados adquirentes de plazas de garaje que entienden que compran una plaza definida en pleno dominio, y reciben una cuota: ya que, si los garajes son problemáticos dentro de la convivencia ordinaria de una comunidad, más lo será si la titularidad pretendida es distinta de la adquirida.

En definitiva, pues, las adscripciones de uso en nuestro sistema, dada su falta de regulación, son resultado bien de la constitución expresa de una comunidad funcional que impone la indivisibilidad cuota-plaza de garaje, bien del libre ejercicio del derecho de disposición de la propia cuota, en cualquier momento y a instancia tanto del vendedor como del comprador, lo que supone la plena autonomía de la voluntad en la creación de esa situación fáctica de comunidad funcional, discriminatoria del régimen jurídico y registral de cada cuota (124). Si el titular libremente en la transmisión de las cuotas manifiesta *unilateralmente* la adscripción de uso que ésta lleva consigo, se abrirá folio separado de la misma, y si nada dice, se practicará la inscripción en la matriz —finca común. De esta forma se patentiza la inoperancia de esa manifestación unilateral, que no tiene en cuenta el acuerdo previo de todos los comuneros y sólo la posesión, o que si lo tiene no está inscrito en el Registro. La controversia judicial está servida. La adscripción o implica subdivisión, o crea una apariencia de titularidad duradera contraria a su esencia normativa, y más cuando no procede el pacto expreso. De esta manera, la subdivisión jurídica se impone como una necesidad, por analogía con la situación que crea la propiedad horizontal, por la apariencia de propiedad separada de cada plaza que atiende —único destino jurídicamente protegible—, y por imperativo de la unicidad del tratamiento jurídico de toda la comunidad de garaje.

3. Modificaciones que no afectan al título constitutivo: no es necesario del acuerdo unánime de la Junta de Propietarios de una comunidad para destinar —destino no expresamente prohibido— dos locales comerciales a garaje, establecer una comunidad funcional y servidumbres entre los elementos privativos, sin repercusión alguna sobre los demás elementos privativos y comunes, ni sobre la organización y funcionamiento de la comunidad

Fuera ya de la virtualidad de la modificación de los elementos comunes —puerta inaccesible o «impracticable», ausencia de pared divisoria— (125), que queda en un campo estrictamente judicial —recurso de la Junta o de los restantes copropietarios del edificio—, del fraude de ley que puede suponer, asimismo, la constitución de un régimen atípico sobre dos locales, evitando en todo caso el acuerdo unánime de la Junta y persiguiendo el mismo fin que otras figuras típicas —agrupación y subdivisión horizontal—, nos interesa ahora centrar el tema en la agrupación de hecho y en la titularidad unitaria sobre ambos locales, ya que del recurso no resulta otra cosa. Es decir, la existencia de una doble cuota indivisa en condominio —una por local independiente— que lleva en sí la cotitularidad sobre las servidumbres establecidas —cosa propia, servidumbre entre dos fincas con independencia de sus titulares— y la cuota indivisible de uso de una plaza de garaje.

La agrupación de hecho por razón de destino que en este caso tiene lugar supera con creces la singularidad de la agrupación «impropia» que reconoce la

Resolución de 27-5-1983. La relación jurídica que la comunidad funcional crea sobre los dos elementos privativos excede y excepciona la artificiosa fórmula que se ensaya en 1983, dando lugar, desde su aspecto sustantivo a situación de *facto* idéntica a la agrupación, y a una novel permuta jurídica de uso, servidumbre, titularidad y aprovechamiento, que arrastra una contraprestación de titularidad dominical. Esto es, la indeterminación de la titularidad de los locales, al no señalarse qué cuota pertenece a cada uno de ellos o cuál es la doble cuota indisolublemente unida, fuerza la interpretación —del recurso no resulta otra cosa— en el sentido de que el establecimiento de ese especial estatuto jurídico de la comunidad funcional constituida no afecta en ningún extremo a los restantes propietarios del edificio, el resultado sí les afecta; ya que si X e Y son dueños del local primero, y Z y V del local segundo, al constituir la comunidad sobre los mismos por razón de destino y establecer un aprovechamiento determinado sobre el objeto total resultante, de tal suerte que su utilidad y servicio siempre va a venir referida a su situación física y jurídica unitaria —son tres las zonas deslindadas en el local resultante—, la operación que se realiza trae como consecuencia una permuta del contenido jurídico de sus respectivos derechos y la creación de un tipo de servidumbre que tan sólo se ampara en la ficticia independencia registral de ambos locales —uno de los locales se destina exclusivamente, como parece deducirse del recurso, a servidumbre— y no en la titularidad. Tiene lugar una aportación de la titularidad de X, Y, V y Z a la comunidad, a cambio del aprovechamiento a obtener sobre el local que no es de pertenencia, sugiendo entre ambos una vinculación *ob rem* y una serie de servidumbres sobre cosa propia aparentes, puesto que la fortaleza de la relación jurídica es tal que sobre el local resultante de la agrupación de hecho sólo existe una única cotitularidad, una cuota única indisolublemente unida a una plaza de garaje, y para el ejercicio de ese derecho autónomo se dota de la cuota-aparcamiento de un derecho anejo sobre dos zonas accesorias —acceso y maniobras—. O sea, X titular de una mitad indivisa del local primero destinado a zonas accesorias es titular de una cuota de uso indivisible sobre el local segundo. La adscripción es impropia porque atribuye un uso reforzado con independencia de donde se sitúe la plaza —el titular de la cuota del local uno tiene la plaza en la dos—. La titularidad *ob rem* recíproca también es impropia: se da al margen del título constitutivo y los dos locales son formal y recíprocamente cosa principal y accesorias, estando supeditado uno de ellos, de hecho, al otro. Y, finalmente, se produce el problema de la responsabilidad: si X hipoteca su cuota indivisa del local destinado a servicios, hipoteca a la vez el local donde se ubica la plaza de garaje, con la particularidad de que no es propietario de éste (del supuesto de hechos no resulta que X, Y, V y Z se hayan permutado sus participaciones para quedar como titulares de la cuarta parte de cada local, y que las dos cuotas estén unidas. Tal vez ya fueran copropietarios todos de los dos locales. Habrá que distribuir la hipoteca para hipotecar las cuotas separadamente). Más aún, si conforme al artículo 68 la cuota-aparcamiento abre folio independiente, aunque se ponga nota de referencia —«segregación»— en los folios matrices de ambos locales, la titularidad *ob rem* y la agrupación serán patentes.

A nuestro juicio, pues, la exigencia de la autorización de la Junta es un requisito —ulterior o previo— inexcusable, y en base precisamente a la doctrina de la DG evacuada sobre ambas materias (v. RR de 27-5-1983, 20-12-1973, 19-12-1974 y 3-9-1982) (126).

## NOTAS

(1) GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *Comentarios a la Ley del Suelo*, Ed. Civitas, Madrid 1988, tomo 1, pág. 954.

(2) DíEZ-PICAZO/GULLÓN. *Sistema de Derecho civil*. Ed. Tecnos, Madrid 1984, volumen 1, págs. 229, 230, 546 y 547.

(3) CASTRO Y BRAVO, F. de: *La persona jurídica*. Ed. Civitas, Madrid 1984, pág. 261.

(4) MOZOS, J. L. de: *Derecho civil* (Método, sistemas y categorías jurídicas), Ed. Civitas, Madrid 1988, págs. 239 y ss.

(5) CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA, Luis M.<sup>a</sup>: «Propiedad horizontal: Anotación preventiva de embargo a favor de la comunidad de propietarios», en *BCNR* núm. 246 (junio 1988), pág. 1192

(6) PUIG BRUTAU, J.: *Fundamentos de Derecho civil*, Ed. Bosch, Barcelona 1979, tomo tercero, volumen 2.º, pág. 6.

(7) MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.<sup>a</sup>. *Comentario al Código civil*, Ed. RDP, Madrid 1985, págs. 12 y 13, pág. 77, «... a pesar de tal distribución del uso continúan aplicándose las reglas de la comunidad, como, por ejemplo, el artículo 395, en cuanto a los gastos de conservación. El hecho de que se haya distribuido el uso no priva al comunero, al que no le corresponda, de su interés en la conservación de las cosas. Los gastos derivados exclusivamente del uso, hay que entender que se dividen del mismo modo...»; pág. 78, «... efecto frente a terceros ... Si se trata de un pacto sobre el uso que afecta al estatuto de la comunidad y configura los derechos de los comuneros (ha tenido que adoptarse por unanimidad) modificando las facultades inherentes al condominio, no parece dudoso que afectará a terceros ... si ... goza de la publicidad correspondiente, esto es, la del ... Registro de la Propiedad ...»; pág. 78, «... contratos... que ... atribuyan la facultad de usar la cosa por la parte que corresponda al otro —comunero, se entiende— a cambio de un precio... presenta la duda de si será regulado —el contrato— por las normas de los arrendamientos o deberá considerarse simplemente un convenio sobre el uso...» (STS de 12-11-1971: admite el arrendamiento entre comuneros. S. Audiencia de Badajoz de 20-1-1981: califica de acuerdo sobre la administración de la comunidad aquel por el que un comunero disfruta de toda la cosa a cambio del pago de una cantidad periódica, no de arrendamiento).

(8) DíEZ-PICAZO, L.: *Fundamento de derecho civil patrimonial*, Ed. Tecnos, Madrid 1986, volumen 2, pág. 111

(9) GARCÍA GARCÍA, J. M.: *Derecho inmobiliario registral o hipotecario*, Ed. Civitas, Madrid 1988, tomo 1, pág. 553.

(10) CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil español, común y foral*, Ed. Reus, Madrid 1987, tomo 2, volumen 1, pág. 449.

(11) BONET CORREA, J.: *Código civil con concordancias, jurisprudencias y doctrinas*, Ed. Civitas, Madrid 1987 tomo 2 (libro 2.º), págs. 137 y ss.

(12) CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA, L. M. y F.: *Derecho de superficie: diversidad especificativa y régimen jurídico*, V Congreso Internacional de Derecho Registral, Ed. CEH (CNR), Madrid 1985.

(13) MANRESA Y NAVARRO, J.: *Comentario al Código civil español*, Ed. Reus, Madrid 1976, tomo 3.

(14) *RCDI* núm. 581, págs. 1177, 1180 y 1219.

(15) *BCNR* núm. 250, pag. 2187; ver STS de 29-10-1987 (*RCDI* 586, pág. 1058).

(16) *RCDI* núm. 567, pág. 488.

(17) *RCDI* núm. 583, pág. 1892.

(18) *RCDI* núm. 588, pág. 1683.

(19) *BCNR* núm. 225, pág. 1704.

(20) ROCA SASTRE/MOLINA JUNYENT: *Jurisprudencia registral*, Ed. Bosch, tomo 10, pág. 217.

- (21) *RCDI* núm. 577, pág. 1863.
- (22) *Comentario a las Resoluciones de la Dirección General de los Registros*. Ed. CEH (CNR), Madrid, págs. 204 y ss.
- (23) *RCDI* núm. 583, pág. 1772.
- (24) *BCNR* núm. 249, pág. 1947.
- (25) CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, B.: *Comentarios a la legislación hipotecaria*. Ed. Aranzadi, 1983, tomo IV.
- (26) *Extracto de las Siete Partidas*, tomo 4, partida V, título XV, pág. 27 (por el Ldo. D Juan de la Reguera Valdelomar, imprenta de la Viuda e Hijos de Marín, Madrid 1979).
- (27) *RCDI* núm. 582, pág. 1573
- (28) *Trabajos y notas del BCNR*, tomo 2, marginales 418, 419, 444, 454 y 459.
- (29) *Trabajos y notas del BCNR*, marginal 213, pág. 1177.
- (30) VALLET DE GOYTISOLO, J.: *Estudios sobre Derecho de cosas*, Ed. Montecorvo. S. A., tomo I, Madrid 1985.
- (31) ROCA SASTRE, R.: *Derecho hipotecario*, Ed. Bosch, Barcelona 1979, tomo 2, págs. 670, 694 y ss.
- (32) FUENTES LOJO, J. V. *Suma de la propiedad por apartamentos*. Ed. Bosch. Barcelona 1979, tomos I y 2.
- (33) COSSIO, A de: *Instituciones de Derecho civil*, Ed. Civitas, Madrid 1988, volumen 2.
- (34) ESPÍN CÁNOVAS, D.: *Manual del Derecho civil español*. Ed. RDP, Madrid. 1985, volumen 2.
- (35) PONS-GONZÁLEZ/ARCO TORRES: *Régimen jurídico de la propiedad horizontal*, Ed. Comares, Granada 1987.
- (36) RUIZ-RICO, J.: *Las urbanizaciones privadas*, Ed. Montecorvo, Madrid 1987.
- (37) *Las reclamaciones de cuotas a los morosos*, Librería Bosch, Barcelona 1989.
- (38) ROCA SASTRE, R. «Ensayo sobre el Derecho de superficie». *RCDI*, Madrid 1961 (Centenario de la Ley Hipotecaria).
- (39) RODRÍGUEZ LÓPEZ, Félix: *Dictámenes sobre problemas prácticos de Derecho inmobiliario*, Ed. Comares, Granada 1987
- (40) MUÑOZ DE DIOS, G.: *Aportación de solar y construcción en comunidad*. Ed. Espasa-Universidad, Madrid 1987. núm. 9
- (41) MUÑOZ XANCO, J. «Naturaleza y clase de la *actio communi dividundo*», en *RCDI* núm. 570, págs. 1235 y ss. La Resolución de 24-6-1936 considera que la división de bienes tiene carácter declarativo (20, pág. 217).
- (42) Sobre esta materia pueden verse, relacionados con nuestro Derecho histórico MANGAS NAVAS, J. M. *El régimen comunal agrario de los Concejos de Castilla y La propiedad de tierra en España: los patrimonios públicos*, Ed. Servicio de Publicaciones Agrarias (Ministerio de Agricultura), 1981 y 1984
- VASSBERG, D. E.: *Las rentas de tierras baldías...*, ed. anterior, 1983, y *Tierra y sociedad en Castilla*, Ed. Crítica/Historia, Barcelona 1986.
- (43) PAVEDA DÍAZ, J.: *Los elementos procomunales en la propiedad horizontal*, Ed. CEH del CNR, Madrid 1983.
- (44) ÚTRERA RAVASSA, C.: *Nuevo retorno al Código civil, estudios en homenaje a Tirso Carretero*, Ed. CEH del CNR, Madrid, y *Las urbanizaciones privadas y la entidad de conservación del Reglamento de Gestión Urbanística, V Congreso Internacional de Derecho Registral*, Ed. CEH del CNR, Madrid.
- (45) LASO MARTÍNEZ, J. L.: *Ilícitud administrativa y validez civil, estudios en homenaje a Tirso Carretero*, págs. 1167 y ss., vid. supra 44.
- (46) GARCÍA GARCÍA, J. M. y otros: *Los conjuntos inmobiliarios en relación con el Registro de la Propiedad. V Congreso Internacional de Derecho registral*, págs. 1 y ss., vid. supra 44.
- (47) CÁMARA ALVAREZ, M. de la: *Insuficiencia normativa de la LPH*, pág. 33 y

*Curso de conferencias sobre propiedad horizontal y urbanizaciones privadas*, Ed. CNR, Madrid 1973; *Derecho de cosas*, pág. 284.

(48) *La reclamación de cuotas a los morosos*, Lib. Bosch, Barcelona 1989.

(49) DIEZ-PICAZO, L.: *Los procesos de urbanización y el marco del Derecho privado*, en *Curso de Conferencias sobre Propiedad Horizontal y Urbanizaciones Privadas*, Ed. CNR, Madrid 1973.

(50) CÁMARA ALVAREZ, M. de la *Estudios de Derecho civil*, Ed. Montecorvo, Madrid 1985.

(51) AVILA ALVAREZ, P.: *Comentarios a las reformas hipotecarias de 1982-1984*, págs. 65-71, Ed. CEH, Madrid 1985.

(52) ROCA SASTRE, R. *Derecho Hipotecario*, Ed. Bosch, Barcelona 1979, tomo III, págs. 376 y ss. En concreto, para las adscripciones de uso, págs. 389 y ss.

(53) *RCDI* núm. 591, págs. 530 y 517.

(54) GARCÍA GARCÍA, J. M.: *Comentarios a la legislación hipotecaria*, Ed. Civitas, Madrid 1987, nota al artículo 5-2 de la LAU (parágrafo 3.6).

(55) *Boletín de Información del Ministerio de Justicia (BIMJ)* núm. 1.532, 5-7-1989, págs. 2878 y ss.

(56) *BCNR* núm. 229.

(57) *BCNR* núm. 237: REQUEJO LIBERAL, J.: *Descripción de los anejos en la propiedad horizontal*, págs. 1453 y ss.

(58) *Arrendamientos urbanos y propiedad horizontal*, Ed. Colex, Madrid 1987.

(59) FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, M.: *Código de la propiedad horizontal*, Ed. RDP, Madrid 1976, págs. 17, 18, 70 y 71.

(60) *BCNR* núms. 255/4-1989, pág. 656.

(61) CHICO Y ORTIZ, J. M.: *Complemento al Derecho hipotecario y su legislación*, Ed. Montecorvo, Madrid, pág. 210.

(62) *Comentarios a las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y el Notariado*, Ed. CNR: Resolución de 7-4-1970, por M. AMORÓS GUARDIOLA (págs. 197 y ss.).

(63) BARTOLOMÉ MARTÍNEZ, A.: *Prontuario de jurisprudencia registral*, Ed. CNR-CEH, Madrid 1989, pág. 117.

(64) *Indices de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, tomo II, Ed. CNR, Madrid 1986, págs. 1693 y 1694.

(65) *BCNR* núm. 254, pág. 578.

(66) *RCDI* núm. 589, págs. 1978 y 1982. El Registro no ampara los datos físicos y circunstancias de puro hecho de las fincas inscritas: SSTs de 24-7, 23-10 y 13-11-1987.

(67) *RCDI* núm. 589, pág. 1980 STS de 31-10-1987: el mandato irrevocable...

(68) La exclusión puede darse en la titularidad — piso independiente procomunal, de hecho o de derecho: v. STS citada—, o en el uso y mantenimiento. Supuesto, éste, que no excluye aquella, ni exige a los locales de participar en las reparaciones extraordinarias —v. *RCDI* núm. 581, pág. 1219, STS de 2-10-1986: los locales de negocio deben contribuir a la sustitución del ascensor.

(68 bis) *RCDI* núm. 581, pág. 1219: STS de 2-10-1986

(69) *RCDI* núm. 588, págs. 1648 y ss.: A. SAÉNZ DE SANTA MARÍA: «Estatuto de propiedad horizontal: abuso de derecho: defensa de los consumidores».

(70) *RCDI* núms. 577/86, págs. 1860 y ss.

(71) *Arrendamientos urbanos, propiedad horizontal y legislación complementaria*, pág. 265, Ed. Civitas, Madrid, Biblioteca de Legislación.

(72) *RCDI* núms. 567/85, págs. 493-495.

(73) AMORÓS GUARDIOLA M., y PAU PEDRÓN, A.: *Jurisprudencia registral (1978-1985)*, Ed. Tecnos, Madrid 1986, págs. 306 y ss.

(74) Ver STS de 17-6-1988 (Aranzadi 5115/1988): no caben obras de ampliación en el subsuelo por el titular de la planta baja, aunque no se altere la seguridad del edificio, sin el consentimiento unánime de la junta de propietarios. (Boletín del CEH de Cataluña

núm. 1/1989). Se puede elevar el suelo del local pero no profundizar en él: ¿las obras del garaje no afectan al elemento común subsuelo, partiendo de la base del cambio de destino?

(75) SSTS de 30-12-1975 y 7-2-1976: resumen, 25, pág. 241

— STS de 7-2-1976. GARCÍA GARCÍA, J. M.: *RCDI* núm. 519/1977, págs. 438 y ss. Resumen, 35, pág. 18.

— STS de 31-1-1987: Aranzadi 329/1988.

— SSTS de 14-5-1968 y 5-5-1986: *BCNR* 243/1988, pág. 610.

— STS de 5-5-1986: *RCDI* 577/1986, pág. 1860.

— STS de 30-10-1988: *RCDI*, marzo-abril 1989

(76) Destacamos en mayúsculas la doctrina extraída, y añadimos un breve comentario.

(77) *RCDI* núm. 591, pág. 517.

(78) ¿Qué ocurriría entonces con los embargos?, ¿debe dirigirse la demanda contra la agrupación, aparente titular, o contra cualquier empresa? Es indudable que la adjudicación a un tercero de la participación de una empresa desnaturaliza la especial relación que la unión crea. Los partícipes no son sustituibles. Teniendo carácter temporal la agrupación, tal vez, cabría entender que es necesario que la demanda se dirija contra la agrupación por deudas de uno de sus miembros, o que la adjudicación a un tercero de la participación lo único que arrastra es la exclusión del patrimonio separado común de dicha participación, subsistiendo la relación especial preexistente.

(79) Imaginamos que el considerando 5.º de la Resolución de 27-5-1983 alude a la Resolución de 2-4-1980 sobre urbanizaciones privadas en cuanto admite otra agrupación excepcional, puesto que no es lo mismo la superposición de propiedades horizontales —analogía: sistema de la muñeca rusa—, que la desviación a folio separado —finca independiente— al régimen jurídico de determinada comunidad, generando una situación atípica en la forma —agrupación— y en el fondo —comunidad funcional.

(80) La nota alude al número de propietarios. Es indudable que el destino de los locales comerciales y de las viviendas afecta al valor, seguridad, coste de mantenimiento, convivencia, y el número de sus usuarios, más que de sus titulares, también. Son los estatutos y las normas de régimen interior quienes deben delimitar estos aspectos.

Puede verse, sobre la trascendencia del aumento del número de miembros de la junta de propietarios, el considerando octavo de la Resolución de 1-4-1981. Lo realmente trascendente es el número de miembros de la junta. Y especialmente, la SAT de Madrid de 18-2-1974, que fundamenta la necesidad del acuerdo unánime —art. 16, 1.º—, en un caso de división de un elemento privativo en dos, precisamente en el aumento del número de propietarios.

(81) La equivalencia proporcional puede hallarse por una simple operación matemática —regla de tres. Ahora bien, ¿serán de aplicación a este supuesto la necesaria determinación porcentual de las cuotas correspondientes, como, con carácter general, pregona la jurisprudencia hipotecaria, en contra del predicado del Cc, que expresa que las participaciones se entenderán iguales si no se indica otra cosa? Entendemos que no, que si por operación matemática puede hallarse, no es necesaria su expresión. Lo que sí sería necesario, y del recurso no resulta, es la clara determinación de esa correspondencia equivalente; en otro caso, la duda y la oscuridad, ensombrece la claridad que preside el sistema registral.

(82) El señorío directo de cada comunero sobre la finca y sobre la cuota ideal no es resultado, evidentemente, del pacto de división futura, sino de su cualidad de copropietario. Luego, lo singular es ese nuevo aspecto: el señorío sobre el local futuro.

(83) Un contrato de arrendamiento por tiempo indefinido del local, haría ineficaz la facultad de instar la división que corresponde a cada comunero.

(84) Tampoco podría modificarse, en perjuicio de tercero, la división pactada en los términos que plantee la junta para su aprobación.

(85) Según la STS de 2-10-1971, si una finca independiente es elemento común de

otras, la inscripción deberá practicarse a favor de los titulares de los elementos privativos: 63, pág. 117

(86) Por aplicación del artículo 399, inciso final, lo que ocurriría en este caso es que se sabe de antemano la porción que se va a adjudicar.

(87) Díez-PICAZO, L.. *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, tomo II, Ed. Tecnos, Madrid 1986, págs. 102-103 y 108 y ss.

(88) Piénsese en la vinculación de dos viviendas, o de una vivienda y un local de negocios, o más sencillamente, en la de la titularidad de la vivienda sobre los anejos o elementos comunes, que aunque no presuponga la relación de prevalencia de la idea de propiedad sobre la de comunidad, si atribuye una notable accesoriedad a éstos en relación a aquél, en cuanto titularidad y poder de disposición. El supuesto más habitual es de vivienda/local y garaje

(89) Pueden plantearse distintas cuestiones.

1.º ¿Deben tasarse ambas fincas aunque no se distribuya la responsabilidad, o debe entenderse en la tasación de X incluida la de Z, como ocurre con los elementos comunes y anejos? Creemos que sí, que debe entenderse incluida: en cualquier caso lo que se crea con la vinculación *ob rem* es un anejo inseparable, caracterizado por su independencia física y jurídica dentro del régimen ordinario de la propiedad horizontal, y su dependencia excepcional, estatutariamente establecida, que le llevan de derecho a la situación de anejo privativo. El anejo es aquel espacio suficientemente delimitado y susceptible de ser elemento independiente. Este «anejo» excepcional queda en la misma situación de hecho, aunque se trate de un elemento independiente, convertido en dependiente por razón del destino estatutario.

2.º ¿Es necesario practicar la inscripción de hipoteca y la anotación de embargo en el folio de la finca accesoria —Z? Parece lo más conveniente, aunque bastaría, quizá, una nota de relación, pues la hipoteca o embargo de X traerá siempre como consecuencia el gravamen de Z. O para mayor claridad, hecha constar en la descripción de X, como una cualidad de la misma, la titularidad que lleva aparejada, no sería precisa ninguna referencia —igual que ocurre con los anejos.

3.º Si la finca accesoria es elemento independiente en la propiedad horizontal, quedará afectada por razón de su cuota de participación al sostenimiento de los gastos generales en la forma que determina el artículo 9 de LPH, respondiendo físicamente la finca Z. ¿Habrá que entender que responde solidariamente X?, ¿impide la vinculación *ob rem* que salga a subasta por separado?, ¿no es contrario a una norma imperativa? La única solución sería entender que por el pacto estatutario el vínculo se extiende a ambas cuotas, y que en tanto subsista tal vinculación, a estos efectos, la suma de las dos cuotas se imputará a la X en todo caso —como si fuera un anejo (partimos de la base de que Z es elemento independiente, y como tal, tiene atribuida una cuota determinada). Estamos ante una titularidad solidaria en cualquier aspecto. La comunidad no podría admitir el pago por separado de los recibos correspondientes a cada una de las fincas. Frente a la comunidad, por fuerza del pacto estatutario, no existe sino una sola finca discontinua y sola titularidad.

(90) FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, M : *Comentarios al Código civil*, tomo V, Ed RDP, Madrid 1985, págs. 249-250.

(91) *Comentarios a las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y el Notariado*, Ed. CNR: Resolución de 20-12-1973, TIRSO CARRETERO GARCÍA (págs. 590-601). Obsérvese que el comentario de CARRETERO viene referido a un caso concreto en un año concreto —1973—, sin perjuicio de sus opiniones mostradas en otro lugar, en el que percibimos una cierta reticencia a su admisión genérica.

TIRSO CARRETERO. «... hoy por hoy, calificar como procomunal un apartamento con número propio y cuota de participación, añadiendo la prohibición de transmitir con carácter perpetuo sus plazas de aparcamiento con separación de su respectiva vivienda, es origen de *ambigüedades*, máxime cuando esta frase de prohibición, por su colocación

en el contexto..., no sabemos si se refiere al *derecho de uso* o al *dominio* de la participación en el apartamento... —pág. 598—... Había una determinación insuficiente de las plazas para considerarlas *objeto* posible de un dominio separado (*ob rem* o no), había contradicción entre continuar siendo privativo (aunque se le llame procomunal) ...y escamotearse sus titulares a través de la vinculación del mero derecho de uso de las plazas (indeterminadas) como *anejos* de ciertas viviendas (no de todas). Se desvanecía así el titular dominical de la planta de garaje... sin que naciesen titularidades dominicales sobre las plazas de garaje. . Y todo ello sin que tampoco pasase a *elemento común* la planta de garaje.. perfiles borrosos... —págs. 600-601».

(92) *Comentarios a las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado*, Ed. CNR. Resoluciones de 4-11-1968 y 19-12-1974, págs. 33-47/715-721.

— Resolución de 4-11-1968 (pág. 37): «...la cláusula. . contiene una obligación de no disponer en cuanto no permite a los propietarios transmitir libremente la cuota adquirida más que a determinadas personas, lo que si como obligación personal puede tener trascendencia caso de incumplimiento por la responsabilidad que pudiera originar, desde el punto de vista registral, según el artículo 27 de la Ley Hipotecaria, no tiene tal pacto acceso al Registro por no tener origen en uno de los supuestos del artículo 26 ni haberse garantizado de otra parte su cumplimiento mediante hipoteca o cualquier otra forma de garantía real...» En el supuesto de hecho en esta Resolución se pretendía el mismo efecto que resulta de la titularidad *ob rem*, pero se formula desde su aspecto negativo —imposibilidad de transmitir la cuota de garaje a cualquier persona ajena a la comunidad horizontal, distinta de los propietarios de viviendas. AMORÓS, en su comentario (págs. 42-45), destaca que si bien en sentido técnico se trata de una prohibición de disponer, la finalidad del pacto, el que la propiedad del garaje sea accesoria de la de las viviendas, responde a una causa perfectamente justificada, la necesidad social de que los sótanos sirvan de garaje a los propietarios del edificio, excluyendo a los extraños, y propugna —como luego ocurrió— una orientación jurisprudencial más abierta y permisiva, que dé cauce a un problema vivo, bien sea a través de las comunidades de fin —art. 4 LPH: elemento procomunal—, llamadas más tarde funcionales, dotadas de una naturaleza distinta de las meras prohibiciones de disponer, bien admitiendo tales limitaciones, fuera ya de la configuración del garaje como elemento común. Los hechos le dieron la razón.

— Resolución de 19-12-1974: AMORÓS, en su comentario, predicados los requisitos de causa legítima y destino común unitario, añade: «...si dicha norma negocial se hubiera incorporado a los *Estatutos* de la propiedad horizontal, entonces, establecido el carácter *procomunal* del local de garaje, vinculada su titularidad *ob rem* a los dueños de los pisos, convenido todo ello con el consentimiento unánime de los propietarios de los pisos... existentes..., aquella norma... si hubiera sido válida e inscribible...» (pág. 720) Plantea, además este autor, otras cuestiones, como la del pacto extraestatutario en acto a título lucrativo... (Su licitud —entendemos— tendría su apoyo en los artículos 26 y 27 de la LH, pero sus efectos estarían sujetos a las limitaciones generales —art. 781 Cc—, y su causa deberá ser, asimismo, suficiente )

(93) Prevención formal que parece excesiva, dado el confusionismo que existe en la práctica, a la hora de constituir el régimen, entre los distintos componentes del título, donde muchas veces, al establecer ciertas reglas de uso o servicio del edificio, no se emplea la palabra «Estatutos»; innecesaria, en todo caso, si aplicamos literalmente el tenor del párrafo 3.º del artículo 5 de la LPH, del que resulta que la terminología es inocua, y que de cualquier forma, esas reglas, cláusulas o pactos forman parte del título constitutivo. El título ampara y contiene los estatutos, sin entrar en distingos de separar el todo de sus partes.

(94) La SAT de Madrid de 18-2-1974 se pronuncia, igualmente, en favor de la necesidad de la aprobación por unanimidad de la división de un elemento independiente en dos (35, págs. 232-233/32, pág. 1947. los considerandos transcritos en estas obras no

aclaran si la cláusula estatutaria es nula, por recoger esa facultad sin requerir del consentimiento. Sólo se reafirma su necesidad en todo caso).

(95) Esta Resolución que recogen PONS y DEL ARCO (35, pág. 222), no aparece en la Jurisprudencia Registral de ROCA/MOLINA. No sé si se trata de un error de fecha. El considerando que transcriben indica la necesidad de que la vinculación real conste en los Estatutos, o en alguna reforma de ellos.

(96) No parece deducirse de las resoluciones que la necesidad de la cláusula estatutaria —título constitutivo— surja, precisamente, de tratarse de una propiedad horizontal, y de que, en otro caso, no habría problema. Tal deducción sería contraria a la propia jurisprudencia: Resoluciones de 13-12-1955, 25-11-1935, 27-9-1929 ...hasta la de 3-1-1881 (20, t. 10, pág. 550: resumen).

La casuística en que nos movemos, hace dudar si la DG rechazaría dicha titularidad real entre un edificio dividido horizontalmente y otro colindante destinado íntegramente a garaje, y al servicio de los propietarios de las viviendas —recogida esta posibilidad en el título constitutivo; ya que, si los titulares del edificio colindante no encuentran amparo en el art. 4 de la LPH —elemento procomunal— para establecer esta especial relación, podrían hallarla en la reciente doctrina de la DG sobre comunidad funcional. El planteamiento excede a la fórmula de laboratorio. Pensemos en el caso antiguo de las grandes ciudades, hoy en plena rehabilitación —por la ausencia de solares y de locales de oficinas—, donde la mayoría de los edificios carecen de garaje. ¿No cabría construir sobre el rasante o bajo una zona verde para este destino? ¿Y si el garaje por su extraordinario tamaño se vincula a las viviendas de varios inmuebles? ¿Es necesaria, siquiera, la colindancia? ¿Sería aplicable a una urbanización privada, creada por segregaciones sucesivas de fincas independientes, cuyos propietarios formasen una comunidad funcional sobre una parcela común destinada a zonas verdes, de recreo, accesos y garaje subterráneo? Puede ser una necesidad social y un problema.

(97) A pesar de su amplitud, esta doctrina no puede sacarse del contexto donde se declara.

(98) Se aprecia claramente cómo se van abriendo paso los nuevos conceptos de comunidad funcional con adscripción de cuotas y de procomunidad de los propietarios del local, y no de todos los del edificio. (Debe tenerse en cuenta el análisis que hace POVEDA de las RR de 4-11-1968, 20-12-1973 y 19-12-1974: 43, págs. 36 y ss. Resume su doctrina en cuatro puntos: «...1) La prohibición de disponer separadamente un piso y una participación indivisa en otro, si existe una causa justificativa, es válida e inscribible, produciendo todos sus efectos, si se hace constar en los estatutos de la propiedad horizontal. 2) Dicha prohibición no puede imponerse fuera de los estatutos 3) Una de las características del elemento procomunal reside en la inestabilidad de transmitir las cuotas en el mismo a personas a la propiedad horizontal. 4) Se da por supuesto que el elemento procomunal es un elemento privativo, con su cuota de participación...», página 45).

(99) En el supuesto de hecho de la Resolución, se vincula *ob rem* un local destinado a garaje situado en un edificio independiente y otro, integrado en el edificio antiguo, destinado a servir de paso a personas y vehículos al mencionado garaje

(100) Lo que no queda claro es si la ubicación en el título constitutivo es consecuencia de la procomunalidad o de la titularidad *ob rem*, ya que puede ocurrir que un elemento procomunal exista con independencia de una titularidad *ob rem*, y viceversa. De la Resolución parece deducirse que la necesidad de esa especial situación —título y no estatutos— deriva de la vinculación real —séptimo considerando—, y no de la situación procomunal. La viceversa puede darse, cuando los dos elementos voluntariamente unidos por razón de un común destino económico pertenezcan a un solo titular —situación comprendida mediatemente en la Res. de 1982, ya que si el titular único de ambos locales no transmite ninguna cuota sobre el principal, no surge ninguna comunidad sobre el accesorio

La DG cuando habla de procomunal, aunque no sea de todos los propietarios, habla

de estatutos —Res. de 1973—, y cuando lo hace de titularidad *ob rem* empieza a hablar de título constitutivo —Res. de 1982—, aunque en ambos supuestos se apoya en los mismos artículos del Cc —401-I— y de la LPH —4—, como si jerarquizase las restricciones. Procomunalidad, destino estatutario, efectos reales, indivisibilidad y exclusión del tanteo y del retracto —consecuencia del destino Titularidad *ob rem*, limitación del libre ejercicio del derecho de propiedad. causa justificada, destino común, título constitutivo. Volveremos sobre ello.

(101) Esta singularidad —la improcedencia de la acción de división—, tiene su complemento en la exclusión de los derechos de tanteo y retracto —disposición adicional 2.<sup>a</sup> de la LPH—, resultado de la misma, y que tiende a fortalecer la permanencia de este régimen. sobre la base de articular el dominio más libre posible de los elementos privativos dentro de una férrea comunidad sustentadora

(102) La exclusión de la acción de división, y la falta de una regulación detallada de su contenido, hace pensar que contemplamos una comunidad ordinaria, de las del Código civil, con la singularidad expresada. El que sea o no elemento común accidental, no desnaturaliza al tipo de comunidad, y menos aún si se tiene presente el inciso primero de este párrafo segundo, que emplea los términos proindivisión sin atribuirle un significado distinto al común o general, y que, al deslindar esta situación de la que se produce en la propiedad horizontal, lima cualquier incertidumbre. Cualquier otro tipo de comunidad, dada su excepcionalidad, debería estar específicamente regulado.

(103) TIRSO CARRETERO, en el comentario citado

(104) Esta afirmación no resulta claramente del texto de la Resolución, pero explica la objeción que destacaba CARRETERO (91, pág. 598) del recurso no resulta si la cuota de que atribuye en la misma proporción una cuota de titularidad. Es doctrina de la DG que las participaciones *pro indiviso* que integran el pleno dominio de una comunidad ordinaria deben determinarse expresamente, sin que tenga aplicación, en consecuencia —ya lo advertimos—, la presunción de igualdad de cuotas entre comuneros que recoge el Código civil en su artículo 393, párrafo 2.<sup>o</sup>

(105) Siendo la procomunalidad consecuencia de la afectación estatutaria de un elemento privativo, que puede llegar a convertirlo en elemento común de hecho —elemento común funcional—, por efecto de una modificación de los estatutos puede perder esa naturaleza —desafectación—, bajo la soberanía democrática de la junta de propietarios respectiva, sería imposible cumplir un destino intercomunitario permanente, restrictivo, en suma, de unas facultades plenas y no limitables. Esa vinculación intercomunitaria perpetua sólo nacería de la constitución de un derecho real, la servidumbre. Los derechos de los coparticipes sobre los elementos comunes nacen de su condición de comuneros dentro de la propiedad horizontal —anejo indivisible del derecho de propiedad separada—, y no de otros derechos, como el uso o la servidumbre.

Podría pensarse, no obstante, que con la oposición de los copropietarios del elemento procomunal, la unanimidad del acuerdo de desafectación nunca se lograría —salvo resolución judicial favorable. Y estaríamos, otra vez, ante la esencia del concepto ¿Es o no es elemento común accidental? Si es elemento privativo afecto a un destino comunitario, la situación en que se haya es la misma que si trata de un elemento común accidental —en puridad común no puede ser individualización, cuota... ¿Puede ser destino comunitario el servicio y utilidad de la comunidad de otro edificio o no? En principio, al margen de fórmulas transaccionales complejas —a cambio de—, el destino sería una seria objeción, el carácter de elemento común accidental, otra, la limitación a la libre disposición de los bienes, la falta de causa suficiente —al servicio de una comunidad extraña—, la titularidad ordinaria —sin ser *ob rem*—, otras tantas. El elemento procomunal en titularidad ordinaria de determinados propietarios del edificio que reconoce su destino comunitario, cumpliría su finalidad al margen de la vinculación intercomunitaria, que sólo resultaría de la identidad de destino de los locales afectados y situados en varios inmuebles. En definitiva, un elemento privativo o común de un

edificio no puede ser procomunal de otro, no puede realizar su objeto en una comunidad ajena, como resultaría de su afectación a ésta. Así se evita la incongruencia

La posibilidad del establecimiento de una titularidad *ob rem* o de una comunidad funcional entre edificios no contiguos derivaría de la relación de servicio o utilidad a que alude el artículo 4 *in fine*, cualificada por la relación destino y no por la relación dependencia física.

(106) Dentro de la doctrina científica, sobresale por su profundidad compendiosa y por su claridad de exposición la monografía de POVEDA —43. Para este autor, son notas características de los elementos procomunales las siguientes: 1.<sup>a</sup> Es un elemento común. 2.<sup>a</sup> Es un elemento común accidental. 3.<sup>a</sup> Es un elemento común que presta un servicio a la comunidad de propietarios, sin perjuicio de que el uso pueda ser parcial —cesión de uso a un tercero a cambio de una cantidad de dinero destinada a sufragar determinados gastos comunes 4.<sup>a</sup> La copropiedad sobre el elemento procomunal es una copropiedad romana ordinaria, cualificada por la exclusión de la acción de división y de los derechos de tanteo y retracto entre comuneros (págs. 98-100).

(107) Fuera ya del aspecto operativo y formal del artículo 68 del Reglamento Hipotecario y de las Resoluciones de 27-5-1983 y 20-2-1989 que sancionan y aceptan esos postulados de mecánica registral, difícilmente, frente a tercero, en virtud de un pacto sobre la administración de la cosa común, en condominio ordinario y a pesar de la excepcionalidad de la indivisión y de la improcedencia de los derechos de preferente adquisición, puede oponerse la adscripción de uso. La atribución del uso exclusivo de un espacio delimitado —a veces, sólo internamente: al margen del Registro y de la publicidad—, sin la segregación o división precedente, creándose un objeto autónomo de tráfico jurídico, difícilmente —nunca— es admisible en la comunidad ordinaria —piénsese en una finca rústica—, y únicamente por la especial relación jurídica a que da lugar la propiedad o comunidad horizontal, puede reconocerse en ésta y en virtud del pacto estatutario que la contiene en el título constitutivo. Esta diversa caracterización distingue el elemento procomunal de la comunidad funcional.

El término «uso», por otro lado, y en las dos situaciones —elemento procomunal, comunidad funcional— es equívoco, aún con la distinta eficacia propia de cada una de ellas —destino comunitario, destino común. No se aclara si estamos ante uso, resultado del ejercicio del derecho de copropiedad, en virtud de pacto administrativo, o ante un nuevo derecho real de uso —el clásico no encaja—, atípico, cuyo título constitutivo y régimen jurídico se desconoce ¿Ese uso da derecho a la libre disposición del mismo —arriendo, usufructo, hipoteca.. —?, ¿no se puede desvincular de la cuota?, ¿cabe arrendar la plaza a un extraño, dentro de la propiedad horizontal?, ¿o es persona?, ¿qué pasaría si existe una titularidad *ob rem* entre la cuota y la vivienda, y se arrienda a un extraño?, ¿se incumple el destino estatutario..?

(108) Al menos no resulta del Recurso. La aplicación del artículo 4 viene un poco forzada, ya que no puede aplicarse analógicamente una excepción, y en las Resoluciones de referencia —18 y 27-5-1989 y 20-2-1989—, no se recoge el mismo en los fundamentos de derecho. La analogía únicamente surge de la consideración aislada del párrafo 2.º del artículo 4, que se está refiriendo al *pro indiviso* de un elemento independiente, objetivamente considerado, no como parte de una propiedad horizontal. Aunque, es posible, entender que la excepción que introduce el inciso final obedece precisamente a que estamos en una situación de propiedad horizontal —y «todos» son la totalidad de los propietarios, a la vez comuneros, del edificio, tesis de POVEDA Si «todos» son o pueden ser sólo parte —los dueños del local o piso determinado que marcan el destino común—, cabe la analogía, o mejor todavía, la aplicación directa (complementando la regulación del Código: 392, 400-1.º, 401-1.º).

La verdad es que el artículo 4 no aclara estos extremos, y en un análisis finalista del mismo, a la luz de la exposición de motivos de la LPH («...La Ley.. , dando un paso más, pretende llevar al máximo posible la individualización de la propiedad desde el punto de vista del objeto. A tal fin, este objeto de la relación, constituido por el piso o

local, se incorpora el propio inmueble, sus pertenencias y servicios. Mientras sobre el piso *stricto sensu*, ...el uso y disfrute son privativos... Con el alejamiento del sistema de comunidad de bienes resulta... congruente... la expresa eliminación de los derechos de tanteo y retracto, reconocidos..., en la hasta ahora vigente redacción del... del artículo 396...»), es posible pensar que las singularidades de esta comunidad romana —v. POVEDA— son expresamente los contenidos en la propia Ley —unión inseparable de los elementos comunes a los privativos, ausencia de los derechos de tanteo y retracto y de la acción de división—, y de ahí el contenido del mencionado artículo, que recoge una excepción a la comunidad ordinaria —párrafo 1.º—, y para que no haya dudas indica que el *pro indiviso* sobre el elemento independiente —piso o local determinado: elemento privativo— es el *pro indiviso* ordinario del Código civil, con la salvedad —inciso final de la constitución de una comunidad «de intento» entre todos los propietarios. Salvedad genérica, al margen de la propiedad horizontal, ya que la junta de propietarios tiene otros medios para atender a ese fin —afectación o la conversión ulterior de un elemento privativo en común...

(109) Partiendo de las Resoluciones de 20-12-1973 y 3-9-1982, que se muestran favorables a la existencia de los elementos procomunales especiales en situación de dependencia real de otro —*ob rem*—, cuya especialidad radica, precisamente, en no venir atribuida su titularidad a todos los propietarios del edificio, sino a determinados de ellos, volvemos, en este punto, a plantearnos el problema de la responsabilidad. En primer término, y como quiera que el elemento principal —vivienda— lleva aparejado indisolublemente —anejo inseparable— la cuota de participación —de titularidad y de uso— sobre el elemento procomunal —garaje— que hemos denominado especial, el propietario de la vivienda no puede disponer independientemente de un elemento y otro, disposición conjunta que impone la solidaridad en las responsabilidades contraídas por el mismo —solidaridad pasiva frente a acreedores—, y que supone, en segundo término, igual que ocurre con los anejos privativos ordinarios —art. 5-1.º, *in fine*, de la LPH: trastero, lavadero...—, la inaplicabilidad de los artículos 119 a 125 de la LH y concordantes de su Reglamento, relativos a la necesidad de distribuir la responsabilidad hipotecaria entre las distintas fincas que se hipotecan, sin que proceda, registralmente, la práctica de asiento alguno en el folio correspondiente al elemento procomunal —se parte de presupuesto que se trata de un elemento privativo, con su cuota de participación en los elementos comunes, al que se le asigna un destino comunitario en los estatutos, y se vincula con eficacia real su titularidad a otro distinto e independiente en el título constitutivo del régimen de propiedad horizontal. La razón registral, no es otra que la naturaleza jurídica que se le otorga, pareja, como indicábamos, al anejo privativo, y a pesar de que el elemento procomunal tenga abierto folio independiente, ya que en el mismo constará que la inscripción se ha practicado, en la proporción que corresponda, a favor de los titulares presentes y futuros —o que en cada momento sean— de las viviendas —o elementos privativos— que se determinen, y hacer constar en el folio todas las transmisiones y gravámenes que se vayan realizando e imponiendo, respectivamente, supondría la congestión sin necesidad práctica ni jurídica. La hipoteca o el embargo, la adjudicación judicial de la vivienda arrastrará siempre la cuota aneja sobre el elemento procomunal.

A esta fórmula, sin embargo, pueden oponerse tres objeciones —o más claro. La primera es la de la desafectación del elemento procomunal del destino que sirve y la desvinculación *ob rem*, subsiguiente, de titularidades, procediéndose incluso a dividir el local entre los comuneros: ¿qué ocurrirá con los acreedores? Pues bien, partiendo de la base de que no fuera necesario su consentimiento —por quebranto de garantía, entendemos que sí—, la finca, otra vez con autonomía en el tráfico jurídico, respondería de las mismas cargas que los elementos a que estaban afectos —viviendas—, y en proporción a la cuota de cada uno, como si el trastero que es anejo inseparable pasa a ser elemento privativo independiente. Y al inscribir la finca a nombre de sus titulares, se arrastrarían las cargas de cada uno, de las que, según veíamos, responden ambos ele-

mentos vinculados solidariamente, y ello, aunque en el folio del elemento procomunal no se hagan constar promenorizadamente cada afección o carga. La desvinculación de titularidades daría lugar, por un lado, a la misma situación que se produce cuando hipotecada o embargada una finca luego se divide —la hipoteca ordinaria deviene solidaria—, pues aunque en este caso no se trate de una división material, a efectos prácticos la situación es la misma —también existen fincas funcionales—, y, por otro, si se extingue luego la comunidad resultante, la situación también será idéntica a la que tiene lugar cuando se extingue una comunidad con cuotas gravadas. La secuela de la desafectación y desvinculación, sería, asimismo, la misma que se presenta otras veces, cuando el juez ordena en el mandamiento cancelatorio la cancelación de los asientos posteriores: ¿puede dar lugar el embargo y posterior adjudicación de una vivienda a la cancelación de las operaciones registrales practicadas en beneficio y a instancia de la comunidad horizontal y de los condueños del elemento procomunal —desafectación, desvinculación, sobre todo, la extinción de comunidad queda aparte siguiendo la problemática ordinaria?, ¿puede revivir la situación anterior? Parece que no, habría que ir al declarativo, el resto de los perjudicados no han sido parte en el procedimiento, y el acreedor ha satisfecho su derecho, faltaría causa, tracto

La segunda objeción nacería de la responsabilidad de la finca accesoria —procomunal— por razón de hipotecas legales. contribuciones, gastos de comunidad. . . —*vid supra* ¿Qué pasa con la responsabilidad real de la propia finca por el mero hecho de su existencia?, ¿supone la afectación, la salida del tráfico frente a acreedores privilegiados?, ¿deberán seguir éstos conjuntamente la finca principal?, ¿carece la procomunal de autonomía activa y pasiva, a pesar de la cuota.? Aunque la afectación suponga inexistencia separada *erga omnes*, como el anejo, siempre al crear el elemento procomunal y otorgarle carácter independiente, por ser resultado de la división horizontal responderá frente a Hacienda por razón de la propia división. ¿Nace independiente y luego se afecta, o nace afectado simultáneamente? En el caso del anejo, éste siendo susceptible de aprovechamiento independiente, no constituye tal. Aquí ocurre al revés. ¿Se convierte en común accidental, y pierde radicalmente su autonomía? No lo creo, no puede haber elementos comunes, en titularidad y aprovechamiento, parciales —ver Poveda, pág 99. A efectos prácticos, a lo que daría lugar la hipoteca legal es a la expedición de un mandamiento de embargo dirigido contra el titular de la finca principal, y la responsabilidad sería solidaria de ambas, planteando el problema de la prelación de créditos, si la finca ya está embargada por un tercero —crédito ordinario—, y se persigue el pago de las contribuciones del elemento procomunal, satisfecho el de la vivienda. En definitiva, si se articula una situación de este tipo a todos los efectos las fincas serían una. Frente a Hacienda la finca figura con su anejo —la cuota indivisa— y ésta determinará la cantidad global y solidaria que corresponda. Y frente a la comunidad horizontal, igual —un solo recibo. Si se admite la figura, no caben distinguos

Y la tercera objeción tiene lugar en materia de hipoteca. ¿Qué ocurriría si se distribuye la responsabilidad entre los elementos, privativo y procomunal? Pues bien, dada la naturaleza de «anejo» inseparable del elemento procomunal, la inscripción de hipoteca se realizaría en el folio de la finca principal —vivienda—, haciendo constar en la misma la responsabilidad total de ésta —vivienda más elemento procomunal—, y la distribución que de ella se realiza entre ambos elementos *para* el caso de que el local procomunal —previa desafectación— vuelva el régimen ordinario de libre disposición (al arrastrar las cargas por el principio de solidaridad aludido, no haría falta hacer constar que queda afecta por la hipoteca total, ni distribuir la responsabilidad entre las fincas —en el supuesto de que acreedor y deudor así lo acuerden). Se trata de una distribución anticipada, una distribución sujeta a la condición suspensiva de que el local pierda esa tan especial naturaleza

Quizá, demasiada complicación para lo que podía haberse hecho mediante la creación de un anejo inseparable o la atribución del carácter de elemento común al local y el uso exclusivo de éste a las viviendas. A efectos prácticos, la única ventaja —y no es

poco— que ofrece esta solución es la de anticiparse o prevenir una desafectación futura, pues el local ya es independiente —linderos, cuota.

La razón fundamental, en suma, de esa responsabilidad solidaria que surge de la titularidad conjunta, cualificada por residir el poder de disposición en la titularidad del elemento principal —vivienda—, la hallamos en la figura jurídica que sirve de parangón. *la servidumbre predial* (arts 534 y 535 del Cc.: «Las servidumbres son *inseparables* de la finca a que actúa o pasivamente pertenece» e *indivisibles*). El titular del predio dominante es, a su vez, titular del derecho real que recae sobre el predio sirviente, y la servidumbre, como cualidad de predio dominante queda unida indisolublemente a éste. Quien quiera ir contra la servidumbre, tendrá que ir contra el propietario de la finca dominante. Es más, en materia de *hipoteca*, el artículo 108-1 de la LH excluye de su ámbito las servidumbres: «No se podrán hipotecar: 1.º Las servidumbres, *a menos que se hipotequen juntamente con el predio dominante*. » En la titularidad *ob rem* no es posible la hipoteca por separado del elemento accesorio —cuota del garaje—, y, en consecuencia, no es precisa la distribución de responsabilidad, según apuntamos. El artículo 108-2 de la LH determina el no acceso al Registro, la denegación de la hipoteca de la cuota procomunal. Para hipotecar una de las partes, hay que hipotecar el todo, y el todo lo forman ambas titularidades (ver RR de 20-12-1973 y 3-9-1982).

(110) De esta materia nos hemos ocupado con anterioridad, particularmente al comentar la Resolución de 27-5-1983 dentro del análisis de determinadas cláusulas estatutarias, y en concreto de la cláusula decimoprimerá

(111) Considerando cuarto de la Resolución de 20-2-1989.

(112) *Vid supra* la opinión de MIQUEL sobre las comunidades de origen contractual, al analizar el artículo 392 Cc.

(113) Hemos intentado resumir los hechos sin alterar su sentido.

(114) La respuesta la encontramos en la Resolución de 20-2-1989. De todas formas, el considerando séptimo en su línea final no deja de expresar su semejanza («... comunidades especiales... indivisión a perpetuidad... como es la propiedad horizontal, con la que esta comunidad pactada presenta tanta semejanza»).

(115) *Vid supra*, comentario al artículo 392 del Código civil.

(116) Peor sería que se llegase a anular una titularidad *ob rem*, con todas las cuestiones advertidas sobre responsabilidad.

(117) El supuesto de hecho es el siguiente. Dividido un edificio en régimen de propiedad horizontal, dos locales comerciales pertenecen en común, *pro indiviso*, y por cuotas desiguales, a varias personas, que, habiéndolos destinado a garaje —acuerdo unánime—, regulan el contenido de la comunidad. Y, en consecuencia, distinguen tres zonas dentro de los dos locales (zona de acceso a la vía pública, zona de maniobra y zona de estacionamiento). objeto cada una de ellas de un derecho de uso según su particular destino, de tal suerte que el uso de la zona de estacionamiento se establece por plazas fijas —diáfanas y deslindadas por el trazado del suelo—, y cada plaza se une con carácter indivisible a una cuota de copropiedad —tantas como plazas—, que atribuye el uso exclusivo de la plaza correlativa. Sobre la zona de acceso a la vía pública, ubicada íntegramente en uno de los locales, se establece una servidumbre de paso a favor del otro local, y sobre la de maniobras, situada en ambos locales, una servidumbre recíproca

(Ver resumen al final de este estudio —Anexo II, 7.º)

(118) Que ordinariamente cree que ha comprado en pleno dominio una plaza de garaje.

(119) No sabemos si fiscalmente, y habida cuenta de la necesaria calificación del acto por su verdadera naturaleza jurídica, el pago se evitará —no obstante la posible nulidad de los pactos y el derecho a devolución, en su caso.

(120) ¿No entraña prohibición de disponer?, ¿es una titularidad *ob rem* extraestatutaria y singular? ¿Qué pasaría si de acuerdo con el artículo 27 de la Ley Hipotecaria se deniega la prohibición de disponer que la adscripción entraña, y se inscribe la cuota en folio independiente conforme al artículo 68 del Reglamento? No ya por jerarquía

normativa, sino por falta de expresión de un resultado y consideración distinta en el propio artículo. El artículo 68 dice que se abrirá nuevo folio a la cuota, no la plaza de garaje. Esta puede ser un presupuesto de la operación registral, y no una circunstancia necesaria de la inscripción. Solución más acorde con la naturaleza jurídica de la adscripción, intrascendentemente, en principio, *inter partes* y *erga omnes*. *Inter partes* porque, a pesar de la doctrina de los actos propios, no parece descabellado que un juez admita un recurso por razones sustantivas (exclusión en el aprovechamiento, falta de equidad o proporcionalidad en la cuotas, pacto de adhesión —al no concurrir a la constitución del singular régimen, y limitarse a comprar la cuota posteriormente—, acción de subdivisión horizontal...). *Erga omnes*, activa y pasivamente —responsabilidad—, por idénticas o parecidas razones. No se trata de una titularidad *ob rem*, ya que recaen sobre el mismo objeto común dos derechos de dispar naturaleza, uno de ellos carente de autonomía —física y jurídica: no es un ajeo privativo, no existe atribución dominical ni derecho real alguno—, y menos aún de un elemento procomunal.

(121) En este punto recuerdo las palabras de TIRSO CARRETERO que, al referirse a la titularidad *ob rem* —91—, apuntaban la incongruente inexistencia en nuestro sistema de una propiedad comunal plenamente configurada, en situación pareja a la que se produce en los aprovechamientos de agua —aguas comunales *ob rem* y libre negociabilidad de los turnos como cosas independientes—: « Como consecuencia de la laguna del Código civil sobre la copropiedad comunal... la mecánica registral ha ofrecido tenaz resistencia a considerar una finca como accesoria de otra y a las titularidades *ob rem* sobre fincas determinadas. » (pág. 597). Sin embargo, con el paso del tiempo, los obstáculos son más sustantivos que formales, tanto desde el punto de vista del desarrollo reglamentario —art. 68—, como del reflejo registral de nuevas situaciones. La laguna sigue existiendo, y a la indivisibilidad sustantiva del agua se opone la divisibilidad esencial de los garajes sin obstáculo para su permanencia.

(122) El artículo 68 del RH es muy permisivo, no establece ningún requisito ni formal ni sustantivo. Es una decisión del propietario de las cuotas, aunque genere de hecho una comunidad funcional. Es tan permisivo que sólo se ocupa de un aspecto tan formal y carente de relevancia que en nada incide en la trascendencia de las adscripciones. Se limita a decir que se abrirá folio separado. No se mete en previsiones previas diciendo que el pleno dominio sobre el local se divide idealmente en cien cuotas que llevarán aparejadas cien plazas de garaje expresamente deslindadas y numeradas —o ulteriores— diciendo que los titulares de una cuota no podrán al enajenarla subdividir el uso de la plaza entre los adquirentes. En realidad, lo que ocurre es que el artículo 68 no dice nada, y ninguna conclusión puede extraerse. Va exclusivamente dirigido a descongestionar el folio registral en aquellos casos en que el número elevado de comuneros oscurece el contenido del asiento registral, como ocurre en las comunidades de garajes. Cumple, en suma, una misión *técnica y registral*. No es ninguna panacea. Otra cosa será lo que entiendan los nuevos comuneros y sus reclamaciones judiciales —si nadie puede reclamar surge la indivisibilidad funcional de hecho. La adscripción, según ya apuntamos, no debería ni reflejarse en el asiento.

(123) Es evidente que el supuesto que resuelve la DG es más concreto y definido los distintos comuneros constituyen una comunidad funcional, adscribiendo una plaza a cada cuota con carácter indivisible. Sólo seguimos el hilo del razonamiento para intentar patentizar la inoperancia de la adscripción (por cierto, el Hecho I de la Res. no se aclara si la adscripción será posterior o ha sido ya realizada, como tampoco si en este caso existe o no enajenación, pues si se adjudican las cuotas a los comuneros actuales por sorteo o de la forma que acuerden, y el acto no implica subdivisión, como lo dice la DG, no se comprende demasiado bien cómo se aplicará el artículo 68, a menos que esté dotado de especial «vis» expansiva o se reserve el pacto inscrito en el folio único para mejor ocasión, esto es, cuando se enajene. Dice el artículo 68: «La inscripción de la transmisión de cuota indivisa de finca destinada a garaje... que lleve adscrita el uso de

una o más plazas determinadas.». El concepto de determinación, registralmente hablando —principio de especialidad—, supone su indubitado deslinde.

(124) Se dará la paradoja de que unas cuotas figuran en folio separado y otras no. La insuficiencia del artículo 68 podrá, entonces, generar más confusión que claridad en los libros del Registro.

(125) STS de 17-6-1988 las obras realizadas por el titular de la planta baja en el subsuelo de un edificio, aunque no afecten a la seguridad de éste, requieren la autorización de la Junta, en cuanto al subsuelo es elemento común y no puede verse alterado por la voluntad e interés de un propietario individual sin el concurso de los restantes (Aranzadi, 5115-1988/*Boletín del Centro de Estudios Hipotecarios de Cataluña*, 1-1989, página 5).

(126) La situación jurídica concreta que integran las relaciones de diversa naturaleza de este supuesto, muestran semejanza con la aportación de bienes —cuotas— a una sociedad y con el establecimiento de dos cotitularidades autónomas sobre sendos locales independientes ligados por una maraña de servidumbres recíprocas —acceso, maniobras, servicio, estacionamiento. El titular de la adscripción parece titular de una servidumbre permanente de «estacionamiento de vehículos».

[*Vid supra*: art 392-1.º —SSTS citadas por BONET CORREA, en especial la S. de 7-10-1927 (la comunidad tiene como elementos la unidad en el objeto y la pluralidad en el sujeto, siempre que permanezcan en una integridad física sin distinción ni distribución material de varias partes) y la de 12-6-1982 (la atribución de una plaza de garaje en propiedad exclusiva no elimina la situación de copropiedad sobre los elementos comunes).]

(127) El principio de proporcionalidad impone, en todo caso, que la participación en los beneficios y cargas, resultantes de la cotitularidad de la cosa común, sea proporcional a la cuota indivisa, y ello no impide que a mayor carga corresponda mayor beneficio, sin perjuicio de la ponderación del riesgo (si A paga 1.000 pesetas por cuenta de la comunidad, es indiferente que al repartir beneficios se le den 1.000 pesetas más, pues ello equivaldría a satisfacer las deudas antes de repartir el beneficio). En cualquier caso, el recurso judicial por agravio comparativo —así lo muestra la jurisprudencia— equilibrará la situación (imperatividad de hecho, o, mejor, mediatamente de derecho).

(128) No obstante, no veo demasiado problema en aplicar el artículo 393-2.º del Cc, haciendo constar en el acta de inscripción que se realiza a su amparo. La única cuestión que plantearía es la de los efectos jurídicos de esa presunción, y como quiera que en la interpretación de los contratos ésta no puede favorecer al que origina la oscuridad —arts 1.219 y 1.288 Cc—, frente a tercero la presunción se convierte en certeza —no podrá oponerse otra distribución de la titularidad—, y entre las partes se estará a lo pactado. La constatación ulterior en el Registro de las participaciones reales, con la salvedad advertida y con la consideración fiscal que corresponda, podrá realizarse mediante un asiento rectificatorio —no parece oportuna la nota marginal para hacer constar la verdadera titularidad dominical.

(129) Obsérvese la aparente contradicción entre las SSTS de 2-4-1971 y 13-5-1988 y las Resoluciones de 18-5-1983 y 18-4-1988.

La STS de 2-4-1971 se muestra contraria a la extinción tácita de la comunidad: si se divide la cosa común, no basta con la adjudicación de cada una de las partes —ahora independientes— a los distintos condueños para extinguir la comunidad: aunque sea ésta la finalidad perseguida, debe realizarse el acto de disolución del condominio. La adjudicación del derecho de propiedad pleno sobre la nueva finca a un comunero no es resultado de la división, sino de la extinción de comunidad. La situación de comunidad persiste mientras expresamente no se acabe con ellas. Las fincas resultantes son comunes. En este aspecto, la situación es la misma que se da cuando el propietario de un objeto lo divide en dos (las motivaciones impositivas son inconsistentes: fiscalmente si se adjudica y no se extingue el condominio, calificando el acto por su verdadera naturaleza jurídica, debe tributar en todo caso). La lógica es aplastante.

La STS de 13-5-1988, por su parte, declara la subsistencia del derecho de retracto de comuneros, no obstante la división horizontal de un edificio, en tanto permanezca en comunidad y aunque se trate de una enajenación judicial o forzosa. La división horizontal, claro está, no extingue la comunidad previa sobre el edificio en cuestión, con la particularidad de que en este caso la unidad física del edificio subsiste, y la propiedad separada sólo nace para integrar un nuevo tipo de comunidad superpuesta a la existente —podemos añadir.

Así pues, la permanencia de la comunidad es obvia, y si la adjudicación puede llegar a extinguirla —para quien acepte la extinción tácita— es precisamente porque se trata de una adjudicación en pleno dominio, y debe constar clara y terminantemente tal consideración. La existencia de causa en la adjudicación dominical es inevitable

La Resolución de 18-5-1983 reconoce en su último considerando el carácter dispositivo del artículo 1.522, fundamentándose en los artículos 392 y 1.255 del Cc y en la especial naturaleza de este retracto. Ahora bien, es evidente que, de admitirse tal postulado, en caso de disposición forzosa —enajenación judicial—, esté el pacto de exclusión inscrito o no, los comuneros no podrán retraer —actos propios—, y el adjudicatario sí —de no constar inscrito y no habersele notificado. ¿Supone, pues, el pacto de exclusión un pacto personal de posible eficacia real o un pacto personal que no puede imponer a quien no lo ha suscrito —adhesión—, a pesar de la subrogación del adjudicatario en la posición del comunero ejecutado? Entendemos que, se inscriba o no, el pacto es personal y no vincula al nuevo copropietario.

La Resolución de 18-4-1988 podría dar pábulo a considerar, ampliando el supuesto de hecho que contempla a otros casos distintos, que, con independencia del concepto de extinción tácita de comunidad, la adjudicación en pleno dominio es suficiente para inscribir el bien a nombre del antiguo comunero. Nosotros no lo estimamos así, ni siquiera en el supuesto que resuelve. El último considerando de la Resolución obvia el problema de la calificación del pacto por el que los copropietarios de una finca acuerdan construir a sus respectivas expensas y en pleno dominio sendas viviendas, y establecer el régimen de propiedad horizontal sobre la edificación resultante, pero es indudable que ese pacto supone la disolución del condominio previo y fiscalmente de esta forma tributaria. Substantiva y fiscalmente el dar trascendencia a ese pacto expreso supone extinguir la comunidad sobre el suelo y dividir dominicalmente el aprovechamiento del suelo. Esta es la única causa y fundamento, aunque la DG diga que no importa precisar la naturaleza jurídica de ese pacto, en todo caso supone la concesión mutua y recíproca de un derecho de elevación, y la modificación extintiva de la comunidad preexistente sobre el solar en una comunidad horizontal vinculada a las viviendas resultantes en propiedad separada en proporción a sus cuotas de participación. La comunidad se ha extinguido por un pacto expreso y se ha extinguido sobre el solar como resultado del ejercicio de los respectivos derechos de levante, aunque no se emplee esta palabra y se adivine la innecesaria atipicidad —sustantiva y fiscal— de esa estipulación. Se ha extinguido para poder ser sustituida por una propiedad horizontal ordinaria, sin pasar por la construcción en comunidad —legítimamente no querida en este caso— y evitando el rígido principio de accesión inmobiliaria. Por eso hablamos de modificación extintiva y simultánea a la ejecución del pacto. No se trata de una extinción tácita, media pacto expreso. Ocurre, de esta forma, lo contrario de lo que parece deducirse del último considerado de la Resolución. el pacto provoca precisamente la disolución de la comunidad preexistente, y lo que es cuestión aparte es la naturaleza jurídica del pacto (no pueden convivir dos comunidades distintas —ordinaria sobre el suelo y horizontal sobre el suelo— sin constituirse expresamente un derecho de superficie que derogue el régimen necesario de accesión)

En definitiva, extinción de comunidad expresa —aún sin fórmulas sacramentales— y dudoso carácter dispositivo del artículo 1.522 del Cc —la Res. de 18-5-1983 se refiere a una comunidad funcional, a pesar de lo genérico de su afirmación, y no toda comunidad donde se excluya el retracto es, en principio y por este solo hecho, una comunidad

funcional; y la STS de 13-5-1988 a la subsistencia de la acción de retracto, que no se envía y desaparece por causa de un acto de administración, cual es la división horizontal, considerado, a nuestro juicio impropriamente, de naturaleza «inmatriculadora».

(Lo más interesante de la STS de 13-5-1988 es, precisamente, como veremos al tratar de la extinción de la propiedad horizontal, la distinción que establece entre los diferentes actos objeto de inscripción a efectos del mandamiento judicial que ordena la cancelación genérica de las inscripciones posteriores, matizando con una profunda visión práctica la doctrina contenida en las RR de 16 y 31-7-1987. Distingue, decimos, el TS entre actos de disposición —voluntarios y necesarios— y actos de eficacia inmatriculadora —«administración»—, considerando que los postulados de los arts. 71 y 131-17<sup>a</sup> de la Ley Hipotecaria se contraen a los de disposición —dominio y cargas: «...ni afecta la anotación a otros distintos de los que atraigan *gravamen o disposición*, como los de *sustancia inmatriculadora* tales como declaraciones de obra nueva, aumento de cabida, división horizontal y otros análogos. . ha de ser *mantenida* la división horizontal posterior a la anotación de embargo. ». Los actos, pues, de sustancia inmatriculadora realizados con posterioridad a la anotación preventiva de embargo —incluso de la traba de embargo por el principio de accesión inmobiliaria— ni obstaculizan la ejecución ni son susceptibles de cancelación genérica —salvamos, claro está, la cancelación expresamente ordenada de una inscripción de este tipo. Es más, como quiera que el principio de fe pública registral no se extiende a los datos físicos que la inscripción pública, tan absurdo sería cancelar la obra nueva declarada —aunque la cancelemos sigue existiendo físicamente— como *incluso* la propiedad horizontal constituida —que afecta al régimen jurídico administrativo del bien, salvo que el ejecutante solicite otra cosa en trámite adecuado, de creer que entraña perjuicio a sus intereses. Y todo ello, aunque de las RR citadas pudiera interferirse otra cosa —derivada del término «inscripciones posteriores», de dominio y gravamen sí, las que revelan la situación física, en especial, del inmueble, no. Esta «doctrina» —es una sentencia— la entendemos muy aceptable.)

(130) Podría cuestionarse la posible acción de nulidad del pacto en base a circunstancias objetivas ¿qué ocurriría si al pactar la división futura no se respetó el principio de proporcionalidad, y la adjudicación prevista se completa únicamente desde el ángulo de la cuota, sin mediar acuerdos de compensación?, ¿qué sucederá si con posterioridad se produce un incremento de valor extraordinario en una de las futuras partes?, ¿actos propios?, ¿deberá pactarse la necesidad de acuerdo unánime para dividir, ya que el perjudicado se beneficia de la indivisión? Queda, pues, la virtualidad de la acción de nulidad.

Frente a tercero —activa o pasivamente considerado—, la oponibilidad del pacto requiere obviamente de su inscripción, y el juego de eficacia y preferencia será el ordinario

Tal vez, la ventaja fundamental que puede aportar este pacto, en el caso de comunidad funcional de garaje, es salvar el enorme escollo que suponen las adscripciones de uso, dotando a éstas de la nueva categoría de *ius ad rem*, mediante la inscripción del pacto de división proyectada, que se convertirá en un *ius in re* si llega a producirse, no obstante, la vocación de permanencia de la comunidad —sería una cautela de inestimable oportunidad para los que creen adquirir plazas de garaje determinadas y para los propios acreedores y titulares de derechos reales sobre las cuotas. (Vid. *infra*: comentario al art. 402-2, acción de división —subdivisión— horizontal.)

(131) La claridad en las titularidades jurídicas que el Registro publica es una necesidad institucional. La seguridad jurídica de los adquirentes y de los interesados en conocer el contenido que aquél revela impone la exclusión de pactos personales válidos, nulos y anulables, que acerquen el tráfico y créditos territoriales a la situación contenciosa de las controversias interpretativas. La extensión del principio de fe pública debe ser una cuestión patente para los usuarios, bien se trate de datos físicos como de datos jurídicos.

(132) El Ministerio de Justicia ha elaborado un Anteproyecto de Ley de Conjuntos

Inmobiliarios, que deroga la LPH de 1960, y contempla la regulación de los complejos inmobiliarios, división horizontal y multipropiedad —mayo de 1989.

(133) Se pretendía en el supuesto objeto de recurso inscribir un edificio en multipropiedad, estando ésta referida no a la finca única existente —el edificio— sino a los distintos departamentos que la integraban, atribuyendo el derecho dominical sobre los mismos en base a una serie de adscripciones de uso. La propiedad horizontal como acto de reglamentación del aprovechamiento en propiedad separada del inmueble había sido evitada. Las adscripciones temporales y dominicales de uso recaían sobre una parte no autónoma del edificio. La doctrina de la adscripción había llegado a su fin: excluir la aplicación directa del régimen imperativo de la propiedad horizontal, buscando de «intento» su aplicación analógica parcial.

(134) Debe advertirse la distinta trascendencia que otorga la DG al cambio de *destino* en las Resoluciones de 31-3-1989 y 20-2-1989, y hace pensar —a menos que optemos por la contradicción doctrinal que sus asertos encierran— que el destino a «zona verde» del patio «privativo» es inamovible por razón de contenerse en el título constitutivo, y sin atender a las limitaciones urbanísticas a que haya lugar —Res. de 31-3-1989—, a diferencia del cambio de uso de un local comercial, que pertenece o cae dentro de la esfera privada de su propietario —Res. de 20-2-1989—, ya que el garaje, según la DG, es una afectación —destino— que no altera la naturaleza de local comercial que el elemento independiente previamente tenía.

### III. Sentencias del Tribunal Supremo

#### I. DERECHO CIVIL

##### B) OBLIGACIONES Y CONTRATOS

Por JOSÉ QUESADA SEGURA

*LA PRESUNCION DE INOCENCIA NO ES UN DERECHO CONSTITUCIONAL INTANGIBLE* (SENTENCIA DE 8 DE JULIO DE 1988).

*Hechos.*—De un grupo de cazadores surgieron unos disparos que hirieron al hijo del demandante. Al no poder determinarse quién fue el autor, se condena a todos ellos a indemnizar solidariamente al perjudicado.

*Doctrina de la Sentencia.*—En la culpa extracontractual debe presumirse la existencia de negligencia en el causante del daño, salvo cuando, aparte de fuerza mayor, el autor de la acción u omisión acredite haber actuado con el cuidado que requieran las circunstancias de lugar, tiempo y modo, doctrina que es la razón determinante de la solidaridad cuando no se demuestre o no se den los elementos suficientes que conduzcan a diferenciar la concreta responsabilidad de cada uno de los agentes integradores de la pluralidad de sujetos de donde provenga el daño por la actividad común o coincidente que concurre a su acaecimiento.

La presunción de inocencia no es un derecho constitucional de una intangibilidad a ultranza, sino que quiebra ante la realidad de los hechos, a no querer investir a tal derecho de una especie de patente de inmunidad que lesione eventualmente los derechos de todos los demás, constitucionalmente también protegidos por el de la tutela legal efectiva, que tanto opera en el ámbito del agente como más aún en el de la víctima y el de la seguridad jurídica (arts. 24-1.º y 9 de la Constitución).

*Comentario.*—El Supremo supera el obstáculo jurídico que podía haber supuesto para la teoría del riesgo, o de la culpa objetiva, el principio constitucional de presunción de inocencia, porque efecto fundamental de aquella era la inversión de la carga de la prueba; teoría y efecto que por evidentes razones de equidad era imprescindible que se mantuvieran.

*LA LEY NO ATRIBUYE VERACIDAD AL CONTENIDO DE UNA ESCRITURA PUBLICA* (SENTENCIA DE 8 DE JULIO DE 1988).

*Doctrina de la Sentencia.*—Una escritura pública, según el artículo 1.218 del Código Civil, no da fe más que de su fecha y del hecho que motiva el otorgamien-

to, manteniendo entre sus otorgantes la eficacia de sus declaraciones, según su apariencia, pero sin que esta apariencia sea de modo automático una realidad, ya que según reiterada jurisprudencia de esta Sala (SS de 12-6-1986, 29-5-1987 y 23-1-1988, entre otras), la Ley no le atribuye veracidad y la existencia o no de esa veracidad es cuestión de hecho que ha de resultar del contraste de pruebas en el proceso, cuando ha sido impugnado.

**ES UN SOLO CONTRATO EL DE SUMINISTRO DE DETERMINADAS MERCANCIAS (SENTENCIA DE 8 DE JULIO DE 1988).**

*Doctrina de la Sentencia* —La Sentencia de 30 de noviembre de 1984 contiene una referencia al contrato de suministro, diciendo que «carente de regulación positiva, implica la necesidad de recurrir a las normas generales de las obligaciones y contratos, pues aunque sea afín a la compraventa en su forma de entregas repartidas o diferidas, no puede identificarse con ella, admitiéndose por la doctrina que es un contrato por el que una de las partes se obliga a cambio de un precio a realizar en favor de otras prestaciones periódicas o continuas, cuya función es la satisfacción de necesidades continuas para atender el interés duradero del acreedor».

Atendiendo a la doctrina jurisprudencial y a la científica en general, es factible estimar como notas características del contrato de suministro la existencia de un solo contrato comprensivo de un conjunto de determinadas mercancías o géneros a servir en periodos de tiempo determinados o a determinar con posterioridad, y por un precio, en la forma preestablecida por las partes.

**EL CONYUGE DEL EMBARGADO NO PUEDE INTERPONER TERCERÍA DE DOMINIO (SENTENCIA DE 13 DE JULIO DE 1988).**

*Doctrina de la Sentencia.*—La recurrente parte del supuesto de que es propietaria de los bienes objeto de tercería, cuando es lo cierto que a esa propiedad no tiene más que un derecho expectante que se hará efectivo cuando se liquide la sociedad conyugal en su aspecto económico; hasta tanto no tiene más que una copropiedad en mancomún sobre los bienes que tengan la cualidad de gananciales. Consideración ésta que, por un lado, le priva de la cualidad de tercero, esencial para poder ejercitar con éxito la tercería de dominio, y, por otro, de la cualidad de propietaria exclusiva de los bienes litigiosos. Con reiteración se ha declarado ya esta Sala (STS, entre otras, de 26-9-1986, 29-12-1987 y 4-2-1988) que durante el matrimonio el consorcio conyugal no da nacimiento a una forma de copropiedad de las contempladas en los artículos 392 y siguientes del Código civil, al faltar por completo el concepto de esta parte, característica de la comunidad de tipo romano, lo que no legitima a la mujer casada para entablar la tercería de dominio; y tampoco porque la mancomunidad matrimonial sobre los bienes gananciales, antes de la disolución de la sociedad, no permite la división de las cuotas ideales, mientras que la propiedad en mano común que existe, impide que cualquiera de los cónyuges tenga la consideración de tercero, necesaria para el éxito de la tercería.

**RESPONSABILIDAD SOLIDARIA POR DEFECTOS EN LA CONSTRUCCION (SENTENCIA DE 14 DE JULIO DE 1988)**

*Doctrina de la Sentencia.*—Es doctrina consolidada de esta Sala, que si bien cada uno de los copartícipes en la construcción del edificio objeto del contrato

de obra —contratista, arquitecto y aparejador— tienen una específica misión, y, por consiguiente, una diferenciada responsabilidad por la obra mal ejecutada, mal proyectada o mal dirigida, y esta responsabilidad puede exigirse de un modo mancomunado o por separado, cuando ello sea posible, no es menos cierto que si la participación responsable no es posible discriminarla o separarla con nitidez, para exigir a cada uno la que le es propia, esa solidaridad puede ser reclamada solidariamente, por entenderse constituida de ese modo, en aras de la seguridad jurídica y de la satisfacción de los derechos de los perjudicados; solidariamente desde el lado acreedor que permite a éste dirigirse contra cualquiera de los deudores conforme al artículo 1.144 del Código civil, y ello sin perjuicio de las correlativas reclamaciones entre los codeudores que autoriza el artículo 1.145 del mismo cuerpo legal. Todo esto viene a significar la ausencia de la obligación de demandar o traer a juicio a todos los partícipes en la construcción, cuando su responsabilidad resulte solidaria a consecuencia de la indeterminación.

**REQUISITOS PARA QUE EXISTA RESPONSABILIDAD CIVIL (SENTENCIA DE 23 DE SEPTIEMBRE DE 1988).**

*Doctrina de la Sentencia.*—Constituye un principio general en esta materia de la responsabilidad civil, tanto contractual como extracontractual, la necesidad de que en su estructura concurren los siguientes elementos: el personal; una actividad positiva u omisiva; la producción de un resultado perjudicial para alguien; una relación de causalidad entre la acción desarrollada y la consecuencia producida. Sobre tales características generales, y proyectando la atención en uno de ellos, la relación de causalidad, ha de precisarse que en ese necesario encadenamiento de presupuestos básicos para que el resultado resarcible se produzca, se hace precisa una conducta de la suficiente importancia para que pueda considerarse como desencadenante del mismo (SS. de 10-7-1969 y 18-10-1979), dado lugar con ello a lo que por la doctrina científica civilista se viene denominando «causa eficiente», reconocida y declarada también por esta Sala (SS. de 15-4-1964, 24-4-1979 y 11-3-1988, entre otras); no es, por tanto, preciso a tales efectos, que el daño originado sea consecuencia directa de dicha causa, siendo suficiente con que la misma fuere necesaria para la producción del evento cuyo resarcimiento se pretende.

**LA ESPOSA NO PUEDE EJERCITAR LA TERCERIA DE DOMINIO PARA IMPUGNAR ACTOS EFECTUADOS POR EL MARIDO (SENTENCIA DE 26 DE SEPTIEMBRE DE 1988).**

*Doctrina de la Sentencia.*—Sea cual fuere la naturaleza jurídica de la sociedad de gananciales, es evidente que durante el matrimonio no constituye una forma de copropiedad regulada en los artículos 392 y siguientes, al faltar por completo el concepto de parte característico de la comunidad de tipo romano que en ellos se recoge, ni atribuye a la mujer, viviendo el marido, la propiedad de la mitad de los gananciales existentes, porque para saber si éstos existen o no, es precisa la previa liquidación, no teniendo hasta entonces la mujer más que un derecho expectante, lejos de una propiedad exclusiva y excluyente, que no la legitima para ejercitar la tercería de dominio, con independencia de que pueda tener otros procedimientos para impugnar los actos efectuados por el marido, si son contrarios a la ley o en fraude de sus acreedores, añadiendo la Sentencia de 4 de febrero de 1988 que, vigente el régimen ganancial, la esposa no tiene la condición

de tercero ni, por tanto, la legitimación activa precisa para esgrimir la acción de tercería de dominio, pues no constando que se haya hecho liquidación de la sociedad ganancial y no siendo ésta una comunidad romana o por cuotas, ni la titularidad de dicho patrimonio corresponde por cuotas a cada uno de los cónyuges, ni tampoco a uno de ellos viviendo el otro la mitad del mismo, siendo precisa, para que ello pueda suceder, la liquidación de tal sociedad y la adjudicación de los bienes resultantes.

*LOS MOTIVOS SUBJETIVOS DE LAS PARTES PUEDEN TENER REPERCUSIONES JURIDICAS (SENTENCIA DE 30 DE SEPTIEMBRE DE 1988).*

*Doctrina de la Sentencia.*—Los móviles o motivos subjetivos de las partes pueden tener, como admite autorizada doctrina científica, repercusión jurídica, siempre que sean reconocidos por ambos contratantes, que los eleven a condición determinante del pacto concertado, reconocimiento que ha de constar debidamente documentado, criterio interpretativo que, acorde con el principio de libertad de contratación que la normativa contenida en el artículo 1.255 de nuestro Código civil sanciona, ha sido acogido por la jurisprudencia de esta Sala (SS. de 26-12-1966 y 17-1-1985).

*EL EJERCICIO DE LA ACCION PARA LLENAR LA FORMA DEL CONTRATO NO PROCEDE DE LA DERIVADA DEL MISMO (SENTENCIA DE 3 DE OCTUBRE DE 1988).*

*Doctrina de la Sentencia.*—En orden a la forma del contrato tiene declarado esta Sala que el artículo 1.280 no puede ser contemplado de una manera aislada, sino dentro del sistema total y armónico de nuestro ordenamiento jurídico, siendo entonces preciso llegar a la conclusión de que en virtud de lo establecido en el artículo 1.279 del propio cuerpo legal, la forma que en aquel se requiere para la redacción de los actos jurídicos es algo a lo que las partes contratantes podrán compelerse, pero que no lleva consigo su necesidad *ad substantiam*, que será exigible tal sólo allí donde expresa y concretamente lo requiere el legislador (S. de 26-9-1970); que la eficacia del contrato no viene subordinada a la forma extrínseca que implica la escritura pública, sino simplemente, por el contrario, a impeler a los contratantes, y, en su caso, a sus causahabientes, aparte de las obligaciones pactadas, a llenar esa forma o solemnidad externa, lo cual no permite que sea lícito al obligado contrariar con sus actos las obligaciones contraídas, ni siquiera que el ejercicio de la acción para llenar las formas haya de proceder de la derivada del contrato, al descansar la facultad concedida en el aludido artículo 1.279 a los contratantes para compelerse recíprocamente al otorgamiento de escritura pública, cuando esa formalidad sea necesaria para hacer efectivas las obligaciones propias del contrato, a causa de tener como finalidad la elevación a escritura pública únicamente el proceder a la ejecución de un contrato válido y eficaz cuando esa finalidad es indispensable (S. de 10-4-1978); teniendo en cuenta que los contratos constituyen un todo orgánico, en que están entrelazadas las cláusulas unas con otras, con supeditación de las accesorias a lo que forma el núcleo, es decir, la obligación principal causa del concurso de voluntades, y que el pacto de elevar a escritura pública lo convenido en el documento privado es una facultad más que una obligación, latente en todo convenio, aunque no lo exprese especialmente, aparece indudable que, al

menos mientras subsista la vigencia del contrato y el ejercicio de los derechos y obligaciones a que dio nacimiento, pervive el pacto accesorio de poder instrumentarlo públicamente.

**LA BREVEDAD EN EL RAZONAMIENTO DE LA SENTENCIA NO IMPLICA FALTA DE MOTIVACION** (SENTENCIA DE 6 DE OCTUBRE DE 1988).

*Doctrina de la Sentencia.*—La motivación es una exigencia formal de las sentencias, en cuanto deben expresar las razones de hecho y de derecho que las fundamentan, es decir, el proceso lógico-jurídico que conduce a la decisión o fallo, pero la parquedad o brevedad en el razonamiento no implica falta de motivación, siempre que de los considerandos se desprendan los presupuestos de hecho que sirven para realizar la calificación jurídica, todo lo cual concuerda con la estructura de la norma y de la sentencia como silogismo, pero sin que se requiera en el orden civil la formulación rígida de premisa menor, premisa mayor y conclusión o consecuencia, si todo ello se deduce de lo razonado para la apreciación y valoración de la prueba.

**REQUISITOS DE LA MAQUINACION FRAUDULENTA** (SENTENCIA DE 8 DE OCTUBRE DE 1988).

*Doctrina de la Sentencia.*—Por maquinación fraudulenta hemos de entender todo artificio realizado personalmente o por medio de auxilio extraño por la parte que haya obtenido la Sentencia deseada o por quienes la representen, que implica una conducta o actuación maliciosa llevada a cabo mediante la falacia o engaño por el litigante vencedor con consciente y voluntario aprovechamiento a través de actos directos o inmediatos que provocan una grave situación de irregularidad procesal con la consiguiente indefensión de la contraparte, debiendo en todo caso deducirse tal maquinación de hechos ajenos al pleito, pero no de los discutidos y alegados en el mismo.

**LA PRESCRIPCION NO DEBE AJUSTARSE A UNA APLICACION RIGORISTA. EL REQUISITO DE LA PREVISIBILIDAD ES ESENCIAL PARA GENERAR CULPA EXTRA CONTRACTUAL** (SENTENCIA DE 8 DE OCTUBRE DE 1988).

*Doctrina de la Sentencia.*—Según la más reciente y reiterada doctrina jurisprudencial de esta Sala (SS, entre otras, de 9-12-1983 y 17-3-1986), la figura de la prescripción, como limitación al ejercicio tardío de los derechos, asentada en el principio de seguridad jurídica, no debe ajustarse a una aplicación rigorista, sino que por el contrario, en cuanto que es un instituto no fundado en Justicia intrínseca, su aplicación ha de hacerse y entenderse de forma restrictiva. En caso de daño o lesión susceptible de indemnización, que se mantiene durante tiempo, la reciente Sentencia de esta Sala de 16-12-1987 ha proclamado respecto al momento en que debe iniciarse la computación del plazo prescriptivo que «dicho momento ha de determinarlo el Juzgado con arreglo a las normas de la sana crítica, en cuanto el artículo 1.969 no es a estos efectos un precepto imperativo y sí de *ius dispositivum*».

Si bien el artículo 1.902 descansa inicialmente en un básico principio culpabilista, no cabe desconocer en modo alguno que la diligencia requerida comprende no sólo las prevenciones y cuidados reglamentarios, sino además todos

los que la prudencia imponga para prevenir el evento dañoso, con inversión de la carga de la prueba y presunción de conducta culposa en el agente, así como la aplicación, dentro de prudentes pautas, de la responsabilidad basada en el riesgo, aunque sin erigir ésta en fundamento único de la obligación a resarcir. En definitiva, y como afirma la reciente S. de 16-2-1988, la doctrina jurisprudencial «ha ido evolucionando hacia un sistema que sin hacer plena abstracción del factor moral o psicológico y del juicio de valor sobre la conducta del agente, acepta soluciones cuasi-objetivas, demandadas por el incremento de las actividades peligrosas consiguientes al desarrollo de la técnica y al principio de que ha de ponerse a cargo de quien obtiene el provecho la indemnización del quebranto sufrido por el tercero», convirtiéndose así el requisito de la previsibilidad, de aplicación en el caso de autos, es esencial para generar culpa extracontractual. Si dicha exigencia de previsión debe ser predicada en la actividad normal del hombre medio, mucho más necesaria resulta aquella cuando de las circunstancias del caso concreto la repetida previsión resulta exigencia inexcusable.

*LOS ACTOS DEL SUSPENSO SIN EL ACUERDO DE LOS INTERVENTORES SOLO SON IMPUGNABLES POR ESTOS O POR LOS ACREEDORES. LA COMPENSACION JUDICIAL DE DEUDAS SE BASA EN LA EQUIDAD (SENTENCIA DE 11 DE OCTUBRE DE 1988).*

*Hechos.*—Estando la Unión Naval de Levante, S. A. en suspensión de pagos, la Empresa Nacional Bazán la demanda, exponiendo que siendo a la vez acreedora y deudora de la Unión Nacional de Levante (190 millones el crédito y 50 millones la deuda) ambos se compensarán y resultará de ella únicamente acreedora por la diferencia en que excedía el crédito. La demandada se opone aduciendo que no han sido traídos al pleito los interventores y que la compensación no puede producirse por su estado de suspensión. El Supremo estima la demanda de la Empresa Nacional Bazán.

*Doctrina de la Sentencia.*—En la suspensión de pagos no se produce, como ocurre en la quiebra, una inhabilitación equiparable a la incapacidad, sino una actuación de los interventores similar a una *auctoritas interpositio*, de forma que no es el acreedor quien tiene que demandarlos, correspondiendo al suspenso reclamar su concurso, revelando su mala fe al no hacerlo y pretender sacar provecho de ello.

No se produce el litisconsorcio necesario si los efectos hacia terceros se producen con carácter reflejo, por una simple conexión o porque la relación material sobre la que se produce la declaración les afecta simplemente con carácter prejudicial o indirecto, lo que podría originar una intervención adhesiva, no litisconsorcial necesaria; en definitiva, los actos del suspenso sin el concurso o acuerdo de los interventores lo único que crearían es la posibilidad de que éstos o, en su caso, los acreedores ejercitasen las correspondientes acciones en orden a la ineficacia de tales actos, de resultarles perjudiciales.

La compensación es de la apreciación exclusiva del juzgador de instancia; y, en consecuencia, con ello ha de advertirse que, en todo caso, no nos encontramos ante una compensación legal, sino judicial, establecida por sentencia que contempla los requisitos que sin ella no se daban para que entrase en juego la legal. Y no se olvide que hay un supuesto concreto, el del artículo 926 del Código de Comercio, en el que se admite incluso en la quiebra la compensación, al establecer que «los socios comanditarios, los de sociedades anónimas y los de cuentas en participación que, a la vez, sean acreedores de la quiebra, no figurarán en el

pasivo de la misma más que por la diferencia que resulte a su favor después de cubiertas las cantidades que estuvieren obligados a poner en el concepto de tales socios»; quiere decirse con esto que la Sentencia de instancia no se funda sólo en la equidad que la compensación conlleva (injusticia del desigual tratamiento del crédito y de la deuda), sino que tiene un posible fundamento legal, cual requiere el artículo 3.2 del Código civil, y aclara la jurisprudencia, al decir que lo que tal precepto veda es el uso exclusivo de la equidad en la fundamentación de las resoluciones, a menos que así esté expresamente autorizado, pero en modo alguno la equitativa ponderación con que se ha de hacer la aplicación de las normas.

**SE CONSUMEN LAS ACCIONES CIVILES QUE SE EJERZAN EN EL PROCESO PENAL (SENTENCIA DE 18 DE OCTUBRE DE 1988).**

*Doctrina de la Sentencia.*—Las obligaciones *ex delicto* propiamente no nacen del delito sino de los hechos que lo constituyen, y en cuanto originadores de la restitución de la cosa o de la reparación del daño y la indemnización de los perjuicios causados por el hecho punible (arts. 100 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 101 del Código Penal), sin cuyos efectos patrimoniales o morales la acción u omisión en que la infracción penal consiste no acarrea otro efecto propio que la imposición de la pena y sin que sea correcto confundir la redundancia en la esfera jurídica privada en aquellas consistente, y sobre la cual se reconoce a su titular el poder de disposición, con la lesión jurídica que el delito significa y que el cuerpo social asume como propia, aun cuando la personifique el agraviado u ofendido, más sin que caiga bajo su disponibilidad. Para la efectividad de la responsabilidad civil originada por los hechos que constituyen el objeto de la causa penal, el sistema de nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal en sus artículos 100 a 117 consiste esencialmente en que los perjudicados no tienen necesidad de mostrarse parte en la causa, para que se entienda, aun en su ausencia del proceso, que se hallan ejercitadas las acciones civiles, encomendadas en ese supuesto al Ministerio Fiscal que ha de ejercitarlas por vía de sustitución y en interés de aquellos; de los que se sigue la consecuencia de que cuantas acciones civiles tengan cabida en el proceso penal se han de entender ejercitadas en él y por lo mismo juzgadas en el fallo condenatorio, con efectos siempre consuntivos de todas ellas. Y ello sube de punto si se constituye en parte dentro del proceso penal, y oficiando en él como acusador particular y actor penal y civil, ejercita *ure proprio* acciones civiles incuestionablemente derivadas de los hechos incriminados.

**LA PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA TIENE SU RAZÓN DE SER EN SANCIONAR EL ABANDONO EN EL EJERCICIO DEL PROPIO DERECHO (SENTENCIA DE 20 DE OCTUBRE DE 1988).**

*Doctrina de la Sentencia.*—Es tarea de esta Sala a través de su doctrina la unificación de criterios judiciales a fin de completar en la medida de lo posible el ordenamiento jurídico, realizando a tal efecto una labor de sincronización entre el Derecho positivo y la realidad social del momento histórico. A tales efectos, la doctrina de este Tribunal, abandonando la rigidez de la interpretación estrictamente dogmática de la prescripción que venía siguiéndose hasta aproximadamente el último decenio, e inspirándose en unos criterios hermenéuticos

de carácter lógico-sociológico, siempre más dúctiles y acomodables a las exigencias de la vida real, criterios que el artículo 3.º, 1, del Código civil más que pregonar, impone, ha señalado como idea básica para la exégesis de los artículos 1.969 y 1.973 del Código civil, el que siendo la prescripción una institución no fundada en principios de estricta justicia sino en los de abandono o dejadez en el ejercicio del propio derecho y en el de la seguridad jurídica, su aplicación por los Tribunales no debe ser rigurosa sino cautelosa y restrictiva. Esta construcción finalista de la prescripción, verdadera *alma mater* o piedra angular de la misma, tiene su razón de ser tanto en la idea de sanción a las conductas de abandono en el ejercicio del propio derecho o de las propias facultades, como en consideraciones de necesidad y utilidad social. Cuando la cesación o abandono en el ejercicio de los propios derechos no aparece debidamente acreditada y si por el contrario lo están el afán o deseo de su mantenimiento o conservación, la estimación de la prescripción extintiva se hace imposible a menos de subvertir sus esencias. Y así las innegables profundas brechas que la nueva dirección doctrinal de esta Sala ha ido abriendo en la rigorista exégesis que de los artículos 1.969 y 1.973 del Código civil hacía la anterior a la reforma del citado artículo 3.º, 1, del Código civil, puede verse en la interrupción del plazo de prescripción en los casos de presentación del escrito de asistencia gratuita o de presentación de la demanda de pobreza.

**FALTA A LA BUENA FE QUIEN CALLA CUANDO DEBE HABLAR, INDUCIENDO A ERROR (SENTENCIA DE 21 DE OCTUBRE DE 1988).**

*Hechos.*—La Sociedad General Eléctrica Española vendió en 1976 el Palacio de Gamazo a una entidad bancaria, por precio de 210 millones de pesetas, y bajo la condición de que había de obtenerse licencia municipal de demolición y construcción de nuevo edificio de oficinas de 5.000 metros cuadrados; en caso de que se obtuviera licencia para construir menos metros el precio se reduciría proporcionalmente. La Dirección General de Bellas Artes declaró edificio Histórico-Artístico al Palacio de Gamazo, y al no poder ser demolido, el Banco logró licencia para, con ciertas obras de adecuación, poderlo destinar a la sede bancaria. Después el Banco demanda a la Sociedad vendedora solicitando devolución de parte del precio, pues la superficie construida del Palacio de Gamazo es de unos 3.500 metros. No prosperó la demanda.

*Doctrina de la Sentencia.*—Estando el contrato consumado, mediante la entrega de la cosa y el pago del precio, no puede intentarse, al amparo de la teoría de la presuposición o de la desaparición de la base del negocio, una modificación del mismo, pues la previsión de una eventual disminución del precio se había establecido para supuesto distinto del contemplado y el mero cambio de circunstancias no basta para dejar sin efecto las estipulaciones convenidas cuando el contratante pudo precaverse de tal cambio y no lo hizo. La actora debía haber sido consecuente con sus propios actos, solicitando la resolución contractual, conforme a lo pactado, al no haber obtenido la licencia para la construcción del nuevo edificio, pero no negociar una solución urbanística con la Administración sin el consentimiento ni el conocimiento de la vendedora, imputándole las consecuencias desfavorables del convenio en el que no intervino. El comprador pacta como propietario y prescindiendo del vendedor, llega a un acuerdo con la Administración Central, momento en el que opta por el cumplimiento del contrato, pero sobre unas bases fácticas no contempladas en el mismo; y construye y guarda silencio; y no demanda hasta finales del año 1982; es decir, falta a la

buena fe exigida por el artículo 1.258, que como se dice en la S. de 8-7-1981, no es la subjetiva (creencia o situación psicológica), sino la objetiva, como comportamiento honrado y justo, a la que se alude en el artículo 7 del Código civil, que consagra como norma el principio general de derecho de ese nombre, dado que, como también ha señalado esta Sala, hay ocasiones en las que el que calla debe hablar y no adoptar una actitud meramente negativa en el curso de las relaciones jurídicas que le ligan con la otra parte, pues de tal forma se induce a error.

**RESOLUCION DE LAS OBLIGACIONES RECIPROCAS (SENTENCIA DE 25 DE OCTUBRE DE 1988).**

*Doctrina de la Sentencia.*—Entre los requisitos que condicionan la virtualidad del mecanismo resolutorio de las obligaciones recíprocas, arbitrado por el artículo 1.124 del Código civil, destaca fundamentalmente, por un lado, que quien ejercite la expresada acción resolutoria no haya incumplido previamente las obligaciones que le concernían y, por otro, que el demandado haya incidido en un incumplimiento deliberado, pertinaz y definitivo de las suyas propias, que patencen la existencia de una voluntad obstativa al cumplimiento de lo convenido, que por su trascendencia pueda justificar la resolución. En el presente supuesto la cuestión litigiosa no hace referencia al cumplimiento de ninguna obligación condicional, sino a la procedencia o no, conforme al artículo 1.124 del Código civil, de la resolución, por supuesto incumplimiento de sus obligaciones por una de las partes, de unos contratos que contienen obligaciones recíprocas o sinalagmáticas, en las que, a virtud de la interdependencia entre ellas existente y por la dinámica del sinalagma funcional, el cumplimiento de una prestación por una de las partes puede ser antecedente previo para el cumplimiento de la recíproca por la otra parte, sin que ello convierta a ninguna de ellas en una obligación condicional, en el propio y estricto sentido jurídico que corresponde a esta clase de obligaciones, según los artículos 1.113 y siguientes del Código civil.

**DIFERENCIAS ENTRE EL NEGOCIO FIDUCIARIO Y EL SIMULADO (SENTENCIA DE 28 DE OCTUBRE DE 1988).**

*Doctrina de la Sentencia.*—No obstante las dificultades que, en ocasiones, surgen para diferenciar los negocios fiduciarios de los simulados, cabe concepcuar a los primeros como aquellos en que existe una divergencia entre el fin económico perseguido y el medio jurídico empleado, de manera que las partes se proponen obtener un efecto distinto y más restringido del que es propio el medio jurídico puesto en juego; y a los segundos, como aquellos otros en que ocurre una declaración de voluntad no real, emitida conscientemente y con acuerdo de las partes para producir, con fines de engaño, la apariencia de un negocio inexistente o distinto del verdaderamente realizado. Partiendo del concepto indicado, es dable establecer cuáles diferencias esenciales entre ambas clases de negocio las siguientes: a) el simulado es un negocio ficticio, no real, aunque, en algún caso, puede ocultarse uno verdadero; el fiduciario es un negocio serio, querido con todas sus consecuencias jurídicas, aun sirviendo a finalidad económica distinta de la normal; b) el simulado es un negocio simple, mientras que el otro es complejo, al resultar de la combinación de dos negocios distintos, y c) el simulado es absolutamente nulo, sin llevar consigo transferencia alguna de derecho, y el fiduciario es válido.

**EL CONTRATO VITALICIO ES ATÍPICO Y DISTINTO AL DE RENTA VITALICIA**  
(SENTENCIA DE 3 DE NOVIEMBRE DE 1988).

*Doctrina de la Sentencia.*—La calificación que corresponde a un contrato por el que una de las partes recibe de otra un capital o unos bienes determinados, a cambio de lo cual se obliga a darle alojamiento, manutención y toda clase de asistencia y cuidados durante toda su vida, no es la de donación o de contrato de renta vitalicia, sino la de un contrato autónomo, innominado y atípico, al que se viene conociendo como «contrato vitalicio» o de «pensión alimenticia» o también de «alimentos vitalicios», de acuerdo con constante y uniforme jurisprudencia de esta Sala (SS de 28-5-1965, 12-11-1973 y 13-7-1985, entre otras). El repetido contrato es de naturaleza totalmente distinta al de renta vitalicia, aunque por su índole aleatoria presenta ciertas semejanzas con el mismo, y cuya causa es, para una de las partes la transmisión que la otra le hace de un capital o de unos bienes, y para ésta el alojamiento, manutención y toda clase de asistencia durante toda su vida, que aquella se obliga a prestarle.

**LA SIMULACION PUEDE PROBARSE POR PRESUNCIONES** (SENTENCIA DE 5 DE NOVIEMBRE DE 1988).

*Doctrina de la Sentencia.*—Al ser grandes las dificultades que encierra la prueba plena de simulación de los contratos, por el natural empeño que ponen los contratantes en hacer desaparecer todos los vestigios de la simulación y por aparentar que el contrato es cierto y efectivo reflejo de la realidad, obliga a acudir a la prueba indirecta de las presunciones que autoriza el artículo 1.253 del Código civil, y se reconoce en reiterada doctrina jurisprudencial, de la que son exponente, entre otras y como más recientes, las Sentencias de esta Sala de 25-4-1981 y 10-7 y 5-12-1984, y con su base apreciar comportamiento simulador absoluto cuando, con arreglo a un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano, se evidencia que el contrato no ha tenido, en definitiva, la causa que nominativamente expresa.

Existiendo la relación de parentesco entre los pretendidos vendedor y comprador —tío y sobrino—, relación estrecha entre ellos, y dependencia laboral del segundo con respecto al primero, así como precio meramente simbólico, en cuanto es enteramente desproporcionado al valor real, unido a que nada evidencia ingreso en su patrimonio del precio formalmente asignado a la meritada compraventa, como tampoco en el pretendido comprador se evidencia patrimonio con que haber podido atender la compra, está poniendo de manifiesto que el vínculo creado no responde a un acto real, sino simplemente a justificar en su día, ante terceros, la ausencia de patrimonio con el que atender a posibles créditos que vencieran en contra del vendedor.

**LOS INTERVENTORES NO PUEDEN SOBREPASAR LAS FACULTADES QUE LES CONFIERE LA LEY DE SUSPENSIÓN DE PAGOS** (SENTENCIA DE 18 DE NOVIEMBRE DE 1988).

*Doctrina de la Sentencia.*—Esta Sala ha venido manteniendo que «la declaración judicial de suspensión de pagos no produce en el deudor ninguno de los efectos personales inmediatos que origina la declaración de quiebra, pues conserva la administración de sus bienes y la gerencia de sus negocios, con las

limitaciones que el juez estime convenientes y contando siempre con el concurso de los interventores para determinadas obligaciones, lo que lleva consigo la posibilidad de que, aun después de surgida tal situación sean entablados juicios ordinarios contra el suspenso, sin que a ello sea obstáculo la declaración de insolvencia provisional, a lo que ha de añadirse que los actos del suspenso sin el concurso o acuerdo de los interventores, lo único que crearían es la posibilidad de que éstos, o, en su caso, sus acreedores, ejercitasen las correspondientes acciones legales en orden a la ineficacia de tales actos si les resultasen perjudiciales, ya que no se da aquí una inhabilitación equiparable a la incapacidad dimanada de la quiebra. Por ello la actuación de los Interventores no puede ir más allá de las facultades que les confiere el artículo 5 de la Ley de Suspensión de Pagos de 26 de julio de 1922, ni su control puede hacerse extensivo a operaciones distintas a las relacionadas en su artículo 6, sin que tal actuación quepa entenderla suplida o simultaneada por otra dimanada directa o expresamente de la comunidad de intereses de los acreedores reconocidos.

**ES DISCUTIBLE LA GRATUIDAD DEL CONTRATO DE AVAL (SENTENCIA DE 18 DE NOVIEMBRE DE 1988).**

*Doctrina de la Sentencia.*—Carente el contrato de préstamo de la nota de gratuidad, es más que discutible que del contrato accesorio y de garantía que caracteriza el de aval, pueda afirmarse la gratuidad que el recurrente pretende, dando de lado al importante dato de que, junto a la naturaleza accesoria del aval, éste suscrito por el marido, constante el régimen de gananciales, redució en interés de la familia, al ser prestado en defensa o beneficio de una empresa de carácter familiar, con lo que el afianzamiento en tales condiciones ha de considerarse comprendido entre los actos del esposo que conforme al artículo 1.408 del Código civil, en su redacción aplicable al caso, obligan a los gananciales.

**LA COMPENSACION PUEDE APRECIARSE POR EL JUZGADOR SIN NECESIDAD DE QUE LO SOLICITEN LAS PARTES. LA CONDONACION DEBE SER ALEGADA (SENTENCIA DE 21 DE NOVIEMBRE DE 1988).**

*Doctrina de la Sentencia.*—El artículo 1.195 del Código civil preve que si el deudor tiene a su favor un crédito contra el acreedor, es posible la extinción recíproca de ambos créditos por compensación, siempre que concurren las circunstancias que enumera el artículo 1.196 del propio Código, y que, además, conforme al artículo 1.202, su fuerza extintiva opera automáticamente ante dicha concurrencia recíproca, aun sin conocimiento o voluntad de las partes, compensación que lo puede ser judicial, sin necesidad de que lo soliciten las partes, tan sólo desde el momento en que existen las dos deudas, quedando extinguidas *ipso iure* totalmente si son iguales y sobre la cantidad concurrente si lo son desiguales.

A diferencia de la compensación, la condonación debe ser alegada por quien se va a beneficiar de la misma tras la prueba de su existencia, pues si bien es cierto que lo puede ser expresa o tácitamente, siempre requiere un *animus donandi* que tendrá que ser demostrado directamente o por presunciones.

**LA EXPANSION DE LOS DEBERES CONTRACTUALES AL AMPARO DEL ARTICULO 1.258 DEL CODIGO CIVIL, DEBE SER LO MAS RESTRINGIDA POSIBLE (SENTENCIA DE 23 DE NOVIEMBRE DE 1988).**

*Doctrina de la Sentencia.*—Conforme al artículo 1.258 del Código Civil, los contratos obligan no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley. La palabra «consecuencias» da idea de relación, nexo o enlace entre un efecto y su causa, y alude así a algo derivado directamente del contrato que como corolario, derivación o efecto, hay que tener también como virtualmente convenido. Como tiene manifestado esta Sala, el carácter genérico de este artículo ha de armonizarse con los más específicos que para cada contrato y cada supuesto contiene el Código civil (S. de 4-12-1956), y la posibilidad de ampliar o modificar, a su amparo, lo estrictamente convenido, ha de admitirse con gran cautela y notoria justificación, es decir, la expansión de los deberes al amparo del artículo 1.258 debe ser lo más restringida posible, porque no puede escindirse este artículo del contenido del 1.283, según el cual, en los términos de un contrato no deberán entenderse comprendidas cosas distintas y casos diferentes de aquellos sobre los que los interesados se propusieron contratar.

**LA DOCTRINA DE LA CAUSALIDAD ADECUADA IMPERA FRENTE A LA DE LA EQUIVALENCIA DE LAS CONDICIONES, EN EL AMBITO DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL (SENTENCIA DE 25 DE NOVIEMBRE DE 1988).**

*Doctrina de la Sentencia.*—La doctrina jurídica en torno a la problemática que plantea la relación de causalidad ha sido estudiada en profundidad por la doctrina y jurisprudencia, tanto en el orden penal en los delitos de imprudencia, como en el orden civil por los daños causados por culpa extracontractual, habiéndose manifestado a través del tiempo dos doctrinas imperantes y sucesivas: la primera, aquella que vio la solución de todos los problemas que planteaba en la llamada equivalencia de las condiciones, entendida en el sentido de que se reputa como causa toda condición que hubiere contribuido a la producción del resultado, entendido condicionalmente en el aforismo *conditio sine qua non*, es decir, que el resultado no se hubiera producido si la condición no se hubiese dado; y la segunda, la conocida por la de la causalidad adecuada, que exige la determinación de si la conducta del autor del acto es apropiada para la producción de un resultado de una clase dada y determinada y, tan sólo en el caso de que la contestación fuera afirmativa, cabría apreciar la existencia del nexo causal para la exigencia de la responsabilidad, doctrina esta que en los últimos años impera tanto en el orden jurisprudencial penal como en el civil.

Esta doctrina es perfectamente viable y aplicable a los supuestos de coexistencia de conductas contributivas en la relación de causalidad, demandando tan sólo para su solución la determinación de la contribución de cada conducta en la relación causal determinante del resultado.

**EL DERECHO DE OPCION DE COMPRA TIENE UNA ESTRUCTURA DE CARACTER REAL MUY SUPERIOR AL IUS AD REM (SENTENCIA DE 30 DE NOVIEMBRE DE 1988).**

*Doctrina de la Sentencia.*—El recurso denuncia la violación del artículo 5-2 de la Ley Especial de 21 de julio de 1960, señalando la diferencia entre la promesa de venta y la opción de compra, basándose en la jurisprudencia y seguramente en la doctrina científica surgida a raíz de la Sentencia de esta Sala de 28-3-1945, pero ello no puede sino decaer; en el aspecto estrictamente jurídico, es decir, del Derecho positivo, en vista del artículo 14 del Reglamento Hipotecario, y de su inscribibilidad, el derecho de opción de compra, cualquiera que sea su naturaleza en el plano teórico y especulativo, sienta con claridad una estructura de carácter real muy superior a los *ius ad rem* que por vocación real de futuro o de garantía de su cumplimiento en el área obligacional puede trascender a la órbita de los derechos reales.

**LA INTERPRETACION DE LOS CONTRATOS NORMADOS NO ESTA SUSTRAYDA A LAS REGLAS DEL ORDENAMIENTO CIVIL (SENTENCIA DE 12 DE DICIEMBRE DE 1988).**

*Doctrina de la Sentencia.*—Si bien el Seguro Agrario Combinado permite su encaje en los contratos denominados «normados» al obedecer el clausulado de sus «condiciones especiales» a las normas dictadas por la Administración, de modo que su interpretación tenga que realizarse bajo módulos objetivos y sustraídos de la voluntad e intención contractual de las partes, ello no significa que su ámbito interpretativo esté excluido de las normas generales previstas en los ordenamientos civil y mercantil. Debido a la mejor preparación técnica que caracteriza a las entidades aseguradoras y a su exigencia de mayor responsabilidad, no cabe admitir que se refugien en la nulidad del contrato prevenida en el artículo 4 de la Ley 50/1980 para los supuestos de inexistencia del riesgo, ante aquellos casos que presenten dificultades interpretativas susceptibles de subsanación por medio de una información adecuada transmitida al asegurado. Es reiterada la doctrina mantenida por esta Sala acerca de que en caso de duda sobre la significación de las cláusulas generales de las pólizas, habrá de adoptarse la interpretación más favorable al asegurado.

**NO EXISTE EN NUESTRO DERECHO LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA (SENTENCIA DE 16 DE DICIEMBRE DE 1988).**

*Hechos.*—Un niño se subió a un poste de alta tensión para coger un nido y pereció electrocutado. El padre demanda a la Compañía Eléctrica, que es absuelta

*Doctrina de la Sentencia.*—La doctrina de esta Sala no ha objetivizado en su exégesis del artículo 1.902 su criterio subjetivista y sí únicamente ha procurado corregir el excesivo subjetivismo con que venía siendo aplicado. Por otra parte, dicha corrección, bien se opere a través de la aplicación del principio del «riesgo», bien de su equivalente del de «inversión de la carga de la prueba», nunca elimina en dicha interpretación los aspectos no radical sino relativamente subjetivista con que fue redactado por los legisladores de 1889, razón por la cual, si bien en aquellos casos en que aún cumpliéndose los requisitos reglamentarios la prueba

practicada pone de relieve la existencia de descuidos, negligencias o abandonos en el curso de la actividad, labor o servicio en cuyo desarrollo se produce el evento dañosos indemnizable, la persona física o social correspondiente deberá responder de ellos al amparo bien del artículo 1.902 bien del 1.903 del Código civil. Ello no es, sin embargo, causa ni motivo para que tal obligación surja siempre, dado que también, y como tiene proclamado esta Sala, es de tener muy en cuenta la conducta de quien sufrió el daño, de tal modo que cuando ésta sea fundamentalmente determinante de dicho resultado, indudable resulta por aplicación de los principios de la Justicia distributiva, conmutativa y social, así como el de la seguridad jurídica, que no existe en nuestro Derecho positivo la figura de la denominada responsabilidad objetiva (verdadera obligación legal de indemnizar) en su estricto y exacto significado de responsabilidad civil talonial.

J. Q. S.

### 3. JURISPRUDENCIA FISCAL

Por CARLOS MARÍN ALBORNOZ

*VIVIENDAS DE PROTECCION OFICIAL.—TRANSMISION.—EXENCIONES.—LA PRIMERA TRANSMISION DE VIVIENDAS DE PROTECCION OFICIAL ESTA EXENTA DEL IMPUESTO CUANDO TENGA LUGAR DENTRO DE LOS SEIS AÑOS SIGUIENTES A LA CALIFICACION DEFINITIVA.—LA VENTA ANTERIOR A DICHA CALIFICACION DEBERA SUJETARSE PARA GOZAR DE LA EXENCION A LOS REQUISITOS ESTABLECIDOS EN EL DECRETO 9/1963 (SENTENCIA DE 21 DE MAYO DE 1988).*

*Hechos.*—La cuestión planteada estriba en determinar si la compra de una vivienda de protección oficial operada antes de obtenerse la calificación definitiva, es o no aplicable la exención prevista en el artículo 65-I-29 del texto refundido de 6 de abril de 1967.

El Tribunal Supremo, siendo Ponente el Magistrado excelentísimo señor don Emilio Pujalte Clariana, declara, en el presente caso, no proceder la exención, en base a la siguiente:

*Doctrina.*—Primero. La parte apelante fundamenta el presente recurso en dos motivos básicos. Consiste la primera en entender que el artículo 65-I-29 del texto refundido de 6 de abril de 1967, limita la exención a aquellas transmisiones producidas antes del transcurso de seis años a contar de la calificación definitiva de la viviendas de protección oficial, pero, en ningún caso, la niega a las transmisiones operadas «antes» de que fuera obtenida aquella calificación. El precepto dice, literalmente: «Están exentas... La primera transmisión, cuando tenga lugar por actos *inter vivos* de las viviendas de protección oficial ya se haga por edificios, bloques completos o separadamente por viviendas o locales, así como la de los servicios y urbanización, siempre que tenga lugar *dentro de los seis años siguientes a la calificación definitiva*. Este plazo será de veinte años cuando la transmisión tenga por objeto viviendas calificadas definitivamente para ser cedidas en arrendamiento. *La venta anterior a dicha calificación deberá sujetarse para gozar de la exención a los requisitos establecidos en el Decreto 9/1963.*»

Resulta, pues, incuestionable que, en el supuesto general, la exención sólo procede cuando la transmisión tenga lugar «dentro de los seis años siguientes» a la fecha de la calificación definitiva; expresión inequívoca de que deberá producirse en el lapso que va desde dicha calificación hasta la expiración de los seis —o veinte— años posteriores. Y si bien es verdad que la exención puede proceder, también, cuando la venta sea anterior a la calificación definitiva, para ello es necesario que se haya realizado de conformidad con lo dispuesto en el Decreto que menciona el precepto.

En el presente caso, el apelante reconoce que la transmisión tuvo lugar «dentro de los seis años siguientes a la calificación definitiva»; y, manifestando que la transmisión fue anterior a ésta, tampoco justifica ni alega haberla verificado en

las condiciones exigidas por el Decreto 9/1963 y disposiciones complementarias, que es la única hipótesis en la que su pretensión podría tener acogimiento. Ha de rechazarse, por tanto, la interpretación del precepto que la apelante postula en esta alzada, que no sólo es contraria con el tenor literal de la norma, sino con la propia regla especial que en el mismo se contiene.

Segundo. Sin perjuicio de lo anterior, tampoco pueden admitirse los restantes razonamientos en que se funda esta alzada, carentes de soporte real en el caso enjuiciado.

Libre y espontáneamente, el apelante manifestó ante notario, en la escritura de 26 de enero de 1981: «Que por documento privado suscrito en esta ciudad, el 4 de noviembre de 1976, D. ..., con el consentimiento de su esposa, vendió a D. ... y esposa los predios números..., por precio de treinta millones de pesetas en conjunto», en solvencia del cual les fue otorgada «la más firme y eficaz carta de pago». Del mismo modo, los otorgantes hicieron constar, en dicho instrumento público, que la declaración de obra nueva y propiedad horizontal del inmueble había tenido lugar en virtud de otra escritura autorizada por el propio fedatario el 19 de noviembre de 1975, anterior, por tanto, a la compraventa en documento privado. Es, en su virtud, manifiestamente contradictorio a la tesis que sostiene en este recurso respecto a que dicho documento privado no constituyó compraventa de los inmuebles, y que, en su caso, se trataba de un negocio jurídico sobre bienes futuros, con las propias declaraciones del apelante en la escritura pública que constituyó el soporte del acto administrativo de gestión tributaria objeto de la impugnación. De ahí, que, asimismo, deba ser rechazada la impugnación que en este orden se hace de la sentencia apelada.

**RECURSO DE REPOSICION.—NO PROCEDE RESPECTO DE AQUELLOS ACTOS QUE IMPLIQUEN RESOLUCION DE RECLAMACIONES ECONOMICAS** (SENTENCIA DE 21 DE MAYO DE 1988).

*Hechos.*—El problema surge ante la procedencia o improcedencia de recurso de reposición, incluso con carácter potestativo o voluntario, tras la reclamación económico-administrativa y previamente a la interpretación del recurso contencioso.

El Tribunal Supremo, siendo Ponente el Magistrado excelentísimo señor don Emilio Pujalte Clariana, opta por la improcedencia de dicho recurso, en base a la siguiente:

*Doctrina.*—El problema surge respecto a la interpretación que debe darse a los artículos 126-2 de la Ley de Procedimiento Administrativo y 53-*a*) de la Ley reguladora de esta Jurisdicción. Desde el momento que el primero establece que: «En los casos enumerados en el artículo 53 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa cabrá interponer recurso de reposición con carácter potestativo» y el segundo cita en el apartado *a*), «Incluso el económico-administrativo», puede pensarse (y se ha pensado por algún sector de la doctrina) que el juego de ambos permite el recurso de reposición, con carácter potestativo, una vez concluida la reclamación económico-administrativa y antes de promoverse el recurso contencioso. Incluso, podría razonarse que esta doble oportunidad es más generosa para el administrado contribuyente, no sólo en cuanto a posibilidades de revisión sino también a plazos para instarla.

No obstante conviene tener en cuenta que, en materia impositiva, existe un peculiar «recurso de reposición», a que se refieren los artículos 160 a 162 de la

Ley General Tributaria y el Real Decreto 2244/1979, de 7 de septiembre, así como que, en virtud del artículo 90 de la primera «Las funciones de la Administración... se ejercerán con separación en sus dos órdenes de gestión, para la liquidación y recaudación, y de resolución de reclamaciones que contra aquella gestión se susciten, y estarán encomendadas a órganos diferentes». Por efecto de esto último surgen los intitulados Tribunales Económico-Administrativos como órganos de resolución de reclamaciones y sin ninguna competencia en materia de gestión. Significa lo expuesto que los actos de gestión tributaria de la Hacienda Pública pueden ser objeto, en primer término, del «recurso de reposición potestativo» de los artículos 160 a 162 de la Ley General Tributaria y el Real Decreto 2244/1979, ante el órgano que los dictó; a continuación, de la reclamación económico-administrativa (en única instancia más recurso de alzada) ante los correspondientes Tribunales Regionales y Locales o Central, y, finalmente, de recurso en vía contencioso-administrativa; cuestionándose si, antes de ésta, puede haber un segundo recurso de reposición potestativo derivado de lo dispuesto en los artículos 126-2 de la Ley de Procedimiento Administrativo y 53-a) de la Ley Jurisdiccional.

Ciertamente, la existencia de un primer recurso de reposición potestativo (Ley General Tributaria y Real Decreto 2244/1979) dificulta la admisibilidad de un segundo recurso potestativo de reposición (art. 126-2 de la Ley de Procedimiento Administrativo) a la luz de lo que establece el propio artículo 126-3, pues contra la resolución de un recurso de reposición no puede interponerse de nuevo dicho recurso. Y, a mayor abundamiento, conviene tener presente que, tradicionalmente, «el recurso de reposición es aquel que se interpone ante la propia autoridad que ha dictado el acto administrativo o pronunciado una decisión administrativa, a fin de someter determinadas consideraciones a la indicada autoridad para que ésta, por acto de contrario imperio, *revoque el acto o decisión recurridos*» (S. de 30-1-1958), concepto que está referido a actos o decisiones, es decir, a manifestaciones de voluntad primaria y unilaterales, de contenido menos complejo que las «resoluciones» —de origen contradictorio y formal— dictadas por los Tribunales Económicos. De otro lado, el título IX del Real Decreto Legislativo 2795/1980, de 12 de diciembre, que aprobó el texto articulado de la Ley de Bases 39/1980, de 5 de julio, sobre procedimiento económico-administrativo, establece que contra tales resoluciones sólo proceden los recursos de alzada —ordinario y extraordinario— y de revisión, sin perjuicio del recurso jurisdiccional contencioso-administrativo. Ello supone que, en materia económico-administrativa, no pueda entenderse aplicable el artículo 126 de la Ley de Procedimiento Administrativo sino el citado título IX de la Ley de Bases 39/1980, que es de igual rango y fecha posterior. De ahí que el artículo 53 a) de la Ley Jurisdiccional deba interpretarse en su más genuino contexto, que exceptúa de recurso de reposición, previo al ejercicio de la acción contencioso-administrativa, a todos aquellos actos que impliquen resolución de las reclamaciones económicas.

C. M. A.



INFORMACION  
BIBLIOGRAFICA



MÁSIDE MIRANDA, JOSÉ ENRIQUE: *Legítima del cónyuge supérstite*. Tesis doctoral. Centro de Estudios Hipotecarios del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1989, un tomo de 452 págs.

Hacer una tesis doctoral es siempre importante. Si se hace con serenidad y acometiendo un tema de enjundia, ya tiene mayor mérito. Si el autor, además de la investigación doctrinal, aporta los datos que proporciona la experiencia en el ejercicio de la profesión, entonces este trabajo adquiere la categoría de sobresaliente.

Esta tesis doctoral, dirigida por el Profesor don José Manuel Lete del Río, fue expuesta y defendida por su autor el 23 de noviembre de 1987 en la Universidad de Santiago de Compostela, ante el Tribunal presidido por el Profesor don Rodrigo Bercovitz, otorgándosele por unanimidad la máxima calificación que permiten las normas actuales, o sea, apto *cum laude*.

Mientras ahora los éxitos deportivos, pongamos por caso, merecen cada vez más ditirambos y son jaleados sin fin, es penoso comprobar que los méritos intelectuales concitan unas atenciones cada día más pequeñas. En los tiempos pasados, desde la corona de laurel hasta plasmar los «vitores» en los muros de la Universidad, todo parecía poco para conceder loores a los que conseguían el alto honor de doctorarse; más tarde, ya se fueron suprimiendo las fanfarrias, pero al menos se conservó el sobresaliente *cum laude*. Después... eso de sobresalir es irritante para los mediocres y hay que igualar por abajo; unos alicortos tramaron eso de otorgar tan sólo la nota de apto a secas; y aunque le añadan lo de *cum laude*, sigue sonando a anémica, exigua, enclenque o mezquina.

La obra de nuestro compañero José Enrique Maside Miranda, Registrador de la Propiedad de Ponferrada, es mucho más que apta o pasable, es sobresaliente a todas luces y, por supuesto, se merece además el laude. Por ello felicitamos al autor por su tesis que le confiere de verdad, y no *honoris causa*, el título de Doctor en Derecho, uno más que honra nuestro Cuerpo. Y vemos muy natural que el Colegio de Registradores edite la obra por su interés profesional.

Y vamos con el libro. Comienza diciendo el autor que plantear el fundamento de la sucesión *mortis causa* equivale a suscitar una polémica, tanto desde el plano político como del jurídico, por su conexión con el de la propiedad privada, fenómeno comprensible por tratarse de un problema meta-jurídico, que traspasa los límites de una cuestión concreta del Derecho sucesorio.

Admitida la propiedad privada, hay que admitir la posibilidad de su transmisión ya sea *inter vivos* o *mortis causa*. Ya centrado en este último campo, analiza Maside en el capítulo I los diversos sistemas del Derecho sucesorio: frente a la libertad total del testador, el sistema llamado de «legítimas».

Nos dice que el uso indistinto de la palabra «legítima» puede inducir a confusión, aunque en definitiva se traduce en el derecho sobre el contenido patrimonial a esa atribución que se refleja en una declaración hereditaria de contenido

material en los sistemas germánicos, mientras que además tiene una titularidad especial en el sistema romano. Por ello se duda de si el sistema de nuestro Código recoge una sucesión forzosa, independiente de la testada o intestada, o si la legítima es una porción debida a una parte reservada. El autor analiza las diversas opiniones doctrinales al respecto y concluye que el Código civil sigue la línea del sistema romano y no la del germánico.

En el capítulo II hace un repaso del Derecho comparado, necesario, dice, para conocer las realidades foráneas y ver la influencia que pudieron tener a la hora de redactar nuestra normativa. Así contempla los diversos sistemas tales como asignar al supérstite una cuota en propiedad, sistema alemán; otros optan por el usufructo vidual, como Italia; otros un sistema intermedio de usufructo o propiedad, según existan o no descendientes, como en Francia, Suiza y Bélgica y, por último, la asignación al viudo de un simple derecho de alimentos, lo que se hace en Portugal.

¿Cuáles son los rasgos de la cuota vidual usufructuaria? Los analiza Maside en el capítulo III diciendo que el primero es su carácter excepcional en cuanto no recae sobre la propiedad como en las restantes legítimas, sino sólo en usufructo. Es, además, de tipo parcial y han sido consideraciones sociales y económicas las que han motivado esa decisión, para conciliar los intereses de los distintos miembros de la familia y porque el viudo se ve afectado, al perder a su cónyuge, de modo personal y a la vez patrimonial. Es también carácter destacable su variabilidad, dependiendo de la concurrencia de otros legitimarios y sus distintas clases. Otra nota distintiva de esta legítima es la posibilidad de satisfacerla asignando al viudo un capital en efectivo, una renta vitalicia o los productos de determinados bienes; los problemas de esta facultad de conmutación son numerosos y son analizados por el autor. Por último, se resalta que la cuota vidual es recíproca, tiene un carácter general e incondicionado y puede valer como base para derechos de garantía.

Los presupuestos y las excepciones de la cuota vidual llenan el capítulo IV, donde el autor nos dice que en principio el supérstite, por su propia condición, tiene la facultad de percibir la cuota legal. Este derecho cesa en supuestos especiales que se estudian con detalle, tales como la nulidad del matrimonio, el divorcio, la separación sea judicial o de hecho, la desheredación, la indignidad para suceder o la preterición. En el mismo capítulo se analiza la legítima vidual en la sucesión intestada a través de las sucesivas reformas del Código civil.

¿Es o no realmente heredero el cónyuge viudo? El desentrañar la naturaleza jurídica de la cuota vidual constituye el contenido del capítulo V de la tesis, donde se recogen las varias posturas doctrinales y se presta especial atención a la jurisprudencia, a la que el autor califica de numerosa, confusa, fragmentaria y hasta contradictoria... esto último lo es si se tiene en cuenta que cada cual cita el considerando que le conviene y se calla el que le perjudica. Al relacionar los conceptos de usufructo y herencia, se plantea si aquí se trata de un *tertium genus*, estudia las garantías para el pago de la legítima y si debe considerarse hipotecable.

En el capítulo VI, Maside analiza el aspecto patrimonial de la cuota vidual, desde el doble aspecto del usufructo universal atribuido voluntariamente por el testador y en relación con los regímenes económico-matrimoniales y los derechos viduales. El usufructo universal tropieza con la intangibilidad del tercio de legítima de los descendientes y, sin embargo, el propio Código civil abre el portillo del artículo 820-3.º, donde se recoge el mecanismo de la llamada cautela Socini, según la cual el causante puede constituir un legado de usufructo superior al

tercio de libre disposición a base de poner a los herederos en la alternativa de aceptarlo o ver limitados sus derechos a la legítima estricta.

Los derechos viduales tienen estrecha relación con los distintos regímenes matrimoniales y Maside hace un completo estudio de los diversos supuestos. Entre aquellos sistemas en los que los derechos viduales tienen más bien un carácter netamente sucesorio están el Derecho común del Código civil, Cataluña, Baleares y comarcas del Fuero del Baylio; por el contrario, tiene íntima relación la cuota vidual y el régimen matrimonial en regiones como Aragón, Navarra y Vizcaya.

Acaba el capítulo con los modos de extinción de la cuota vidual, tema que no se contempla de modo expreso en el Código civil. Por ello el autor realiza un análisis comparativo entre las causas de la extinción del usufructo en general, tal como la regula el artículo 513 del Código civil y el usufructo vidual para ver si son aplicables a éste las causas generales.

Señalemos que el libro tiene al principio un índice jurisprudencial de la materia tratada y termina con otro abundante índice bibliográfico.

Este es el apretado resumen de la buenísima tesis doctoral que hemos presentado. Repetimos la enhorabuena y repetimos nuestra calificación de sobresaliente *cum laude*, a despecho de las tacañas normas vigentes.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

HERNANDO COLLAZOS, ISABEL: *Causas de divorcio. Derecho español y francés comparado*. Universidad del País Vasco, 1989. Un tomo de 236 págs.

Tomando como base la memoria doctoral presentada en la Universidad de Derecho, Economía y Ciencias Sociales de París, posteriormente ampliada, la autora ha redactado esta monografía sobre las causas del divorcio en los Derechos español y francés, consiguiendo una completa exposición comparativa, más de apreciar si se consideran sus dificultades.

Las concomitancias y diferencias entre ambos sistemas son naturales en cuanto que, si bien las tendencias sociales y morales les afectan por igual, existe un distinto desarrollo histórico en la institución del divorcio; mientras en el Derecho español tan sólo tiene una vigencia reciente y esporádica, en el francés cuenta con una extensa tradición.

En efecto, en Francia el divorcio hace su aparición ya en 1792, en un ambiente de marcado anticlericalismo, aunque fuera derogado en 1816 bajo la restauración borbónica, en nombre de consideraciones sociales y religiosas. Pero desde hace más de un siglo, en 1884, con la III República, se restablece el divorcio, ya sin interrupciones, estando ahora regulado según la redacción de la Ley de 11 de julio de 1975.

En España el panorama histórico ha sido diferente, dado el principio tradicional de la indisolubilidad del matrimonio. La ley republicana de 1932 supuso un primer paso con corta vigencia, interrumpida por la guerra. El divorcio retornó de nuevo con la Ley de 7 de julio de 1981, que ha reformado el Código civil para ponerlo de acuerdo con la Constitución de 1978.

Así pues, sobre el doble entramado normativo de la ley francesa de 1975 y la española de 1981, la autora elabora el estudio comparativo que se plasma en este libro, prologado en español por el Profesor Jacinto Gil Rodríguez, Director del Departamento de Derecho Privado de la Universidad del País Vasco, y en francés por el Profesor Pierre Catalá, de la Universidad de París II, donde obtuvo el doctorado.

En la introducción explica la autora que la exposición de motivos del proyecto gubernamental francés, que comienza con una severa crítica de la noción del divorcio-sanción, permitiría suponer que el articulado va a consagrar un único sistema, el del divorcio-quebraja; sin embargo, basándose en un realismo pragmático, el proyecto rechaza el tipo único de divorcio y establece en el artículo 229 del Code reformado un sistema pluralista, si bien el divorcio por consentimiento mutuo aparece como el sistema privilegiado.

En la ley española de 1981, por el contrario, no se recoge una pluralidad de sistemas, y salvo la causa de condena penal del artículo 86-5, el legislador español sólo reconoce la quebra del matrimonio como sistema unitario, basado en el cese efectivo de la convivencia conyugal.

La primera parte del libro trata del divorcio por ruptura de la convivencia conyugal, plasmada en la separación de hecho, que es la figura más frecuente en que puede manifestarse la desavenencia de los esposos. Estudia la autora la noción de esa separación fáctica que se integra de un elemento material, el hecho de no convivir, y otro elemento intencional que entraña un cese de la comunidad de sentimientos. Analiza a este respecto el artículo 327 del Code y la nueva redacción del artículo 86 del Código español, trayendo a colación la jurisprudencia existente hasta ahora en ambos países, con detallado análisis de los requisitos para la efectividad de la demanda de divorcio basada en la ruptura de la convivencia conyugal.

Frente a la demanda fundada en esa ruptura, el cónyuge demandado goza en el sistema francés de una amplia protección que se manifiesta, por un lado, en la obligación del esposo demandante de asumir las cargas del divorcio y todas sus consecuencias y, por otro lado, en la doble posibilidad ofrecida en la ley francesa al cónyuge demandado de oponerse al divorcio utilizando la «cláusula de dureza» o de pasar a la ofensiva mediante otra demanda reconventional por culpa. En cambio, en el Derecho español esta medida es inexistente pues se entiende que el divorcio tiene causas objetivas, sin consideración a las ideas de culpa y se pronuncia sin que se derive una obligación a cargo de un cónyuge y un beneficio en favor del otro.

Y mientras el Derecho español ha rechazado cualquier tipo de cláusula de dureza, el francés adopta una típica cláusula de dureza tradicional, recogida en el artículo 320 del Code según el cual el Juez debe rechazar la demanda cuando el divorcio pueda tener consecuencias materiales o morales de una excepcional dureza teniendo en cuenta las circunstancias de edad o duración del matrimonio, bien para el otro cónyuge o para los hijos. La autora resume la jurisprudencia francesa en lo referente al carácter excepcional de esta cláusula y la determinación de los sujetos que pueden acogerse a su protección.

La segunda parte del libro trata del divorcio como sanción, basado en la conducta anormal y culposa de uno de los cónyuges. Al comparar ambos sistemas, la autora opina que el Derecho francés mantiene sustancialmente el papel tradicional de la culpa, mientras que, por el contrario, el Derecho español (salvo el caso de condena penal previsto en el art. 86-5) sólo parece admitir como causa el fracaso del matrimonio, sin adentrarse en el tema de la culpabilidad de los cónyuges. Sin embargo, salvando estas diferencias de principio, en los dos sistemas la condena penal y los hechos imputables a uno de los cónyuges constituyen casos de divorcio, con determinadas particularidades, que se estudian; así el libro sistematiza los preceptos legales y la jurisprudencia de ambos países sobre aquellos hechos imputables a un cónyuge que por constituir una conducta injuriosa o vejatoria pueden dar lugar a la separación o al divorcio.

Dos remedios afloran frente a la demanda fundada en la culpa de uno de los cónyuges. Por una parte, la reconciliación, que borra toda pendencia y que se regula de modo bastante parejo en España y Francia. Por otra, la alegación de culpas cometidas por el cónyuge demandante, que puede anular la acusación inicial o al menos compensarla en parte, para evitar el sambenito que se quería cargar exclusivamente sobre el demandado. Los casos sometidos a los tribunales son numerosos y la autora recoge los más significativos.

La tercera parte, última del libro, está dedicada al divorcio por consentimiento mutuo, o sea, el solicitado por los dos cónyuges. En el Derecho francés se admite claramente en el artículo 229 del Code, según la modificación de la Ley de 11 de julio de 1975, bien bajo la forma de divorcio pedido por ambos cónyuges o solo por uno de ellos, siendo aceptado por el otro.

Aunque el Derecho español regula más bien solamente causas objetivas, también admite esta forma dando relevancia al consentimiento mutuo, tanto mediante la previsión que cierra los casos enumerados en el artículo 86 del Código civil como a través del procedimiento simplificado de la disposición adicional 6.<sup>a</sup> de la Ley de 7 de julio de 1981.

La autora estudia las condiciones que en ambos ordenamientos se requieren para dar eficacia al consentimiento «divorcista, valga la paradoja, de los cónyuges, tanto en la calidad como en su objetivo, con especial análisis del preceptivo convenio regulador de las relaciones posteriores. Las previsiones del convenio han de abarcar, primero, las relaciones entre los mismos esposos, como la liquidación de su régimen económico-matrimonial, la pensión compensatoria en su caso, la atribución de la vivienda que ha sido familiar hasta ese momento y la división del mobiliario y del ajuar; y también las relaciones respecto a los hijos menores, especialmente se guarda y custodia, el ejercicio de la patria potestad y el régimen de visitas y comunicaciones, así como los alimentos a prestar.

En ambos ordenamientos nacionales se concede para estos supuestos un papel preponderante a la autoridad judicial, otorgando al Juez un control de oficio sobre las causas de divorcio, sobre la realidad del consentimiento mutuo y sobre el contenido y las garantías de cumplimiento del convenio.

Una modalidad de divorcio por consentimiento mutuo es aquel que aunque se solicita sólo por uno de los cónyuges, es aceptado sin contradicción por el otro. No está claramente regulado por el Derecho español. En cambio es peculiar del Derecho francés y se basa en la admisión de la confesión como medio de prueba; el artículo 234 del Code lo acepta «si el otro cónyuge reconoce los hechos ante el Juez».

El libro termina con dos anexos en los que se transcriben las normas vigentes en España y Francia sobre causas de nulidad, separación y divorcio, según las Leyes de 7 de julio de 1981 y 11 de julio de 1975, respectivamente.

La autora muestra en su obra una abundante documentación que le proporciona una muy estimable preparación e información en la materia que trata. Junto a los datos de su memoria doctoral en la Universidad de París II, acumula los adquiridos en las Universidades de Montpellier y Estrasburgo y en sus prácticas en el Consejo de Europa, adscrito al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, con acceso a los Comités de Expertos en Derecho de Familia. Además profesa y colabora en la Universidad del País Vasco, que le ha editado el libro.

La obra es muy completa y está elaborada cuidadosamente, por lo que es preciso felicitar a su autora.

JESÚS GONZÁLEZ SALINAS: *Sistema de Compensación y Terceros Adquirentes de Suelo*.

Constituye esta obra la tesis doctoral de su autor, que, leída en el año 1986, obtuvo la calificación de «apto cum laude».

El tema central del libro es la problemática suscitada por la aparición de terceros adquirentes de suelo en las urbanizaciones privadas antes de concluir el proceso de urbanización. JESÚS GONZÁLEZ SALINAS, con un sentido jurídico fino y agudo profundiza en la maraña de cuestiones que plantea esta temática, realizando un estudio sistemático e institucional de la misma, al tiempo que huye de realizar descripciones superficiales y simple acopio de datos.

Teniendo en cuenta el tema contenido del libro, fácilmente se comprende que su autor lo estudia desde una vertiente iusadministrativa; ahora bien, dada la complejidad de las cuestiones que aparecen, determinados aspectos requieren inexcusablemente un enfoque desde el punto de vista del Derecho civil, y dentro de él del inmobiliario registral.

Representa este libro, ciertamente, una interesante aportación al mundo del Derecho urbanístico. No podemos ignorar que el urbanismo, como señala el prologuista de la obra, SEBASTIÁN MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, es uno de los grandes temas de nuestro tiempo, y ello desde distintas perspectivas, una de las cuales, la jurídica, ocupa un papel destacado a nivel constitucional. Así, aquél se asienta, lógicamente, en el instituto de la propiedad urbana cuyo contenido delimita (art. 33 CE) el planeamiento urbanístico. Por otro lado, como se señala también en el prólogo, la Constitución emplaza a los poderes jurídicos para regular la utilización del suelo de acuerdo con el interés general, con el fin de impedir la especulación de forma que la comunidad participe en las plusvalías que se generen como consecuencia de la acción urbanística de los entes públicos (art. 47 CE).

El libro consta de tres partes. La parte primera se titula «Principios Generales del sistema de compensación»; la parte segunda lleva la rúbrica de «Los terceros adquirentes una vez constituida la junta de compensación»; por último, la tercera parte se intitula «Terceros adquirentes con anterioridad a la constitución de la junta». Como se ve, JESÚS GONZÁLEZ SALINAS antes de abordar la problemática de los terceros adquirentes de suelo dedica éuna importante parte de la obra al sistema de compensación, y dentro de él a la Junta de Compensación. El porqué de hacerlo así lo explica el propio GONZÁLEZ SALINAS en la primera de las conclusiones de su trabajo, al decir que es imposible comprender jurídicamente la temática de las urbanizaciones privadas al margen del sistema de compensación y dogmáticamente inútil construir su teoría sobre el doble presupuesto de la propiedad única y el plan de iniciativa particular.

Comienza GONZÁLEZ SALINAS, antes de entrar a estudiar el de compensación como sistema de actuación, por considerar la urbanización privada desde las perspectivas del planteamiento y su ejecución. Defiende el autor la sumisión de la urbanización privada al planeamiento, considerando éste como función pública, y ello con todas sus consecuencias, y, de otro lado, combate la autonomía en la ejecución de la urbanización, concluyendo que la ejecución de la misma por los propietarios no podrá ser sino una actuación por el sistema de compensación. Sentado lo anterior, el autor pasa a continuación a estudiar el de compensación, contraponiéndolo a los otros posibles sistemas de actuación, en el contexto de la ejecución del planeamiento.

Dentro de los sistemas de actuación, que articulan el diferente grado de

protagonismo admitido a los propietarios y modo de redistribución de la plusvalía urbanística, JESÚS GONZÁLEZ SALINAS hace una primera contraposición entre la expropiación, por un lado, y los sistemas de cooperación y compensación por otro.

La expropiación como sistema de actuación implica el apartamiento de los propietarios del polígono, mediante justiprecio, según las valoraciones legales, en beneficio de la Administración actuante. Por contra, los otros dos sistemas suponen el mantenimiento de los propietarios sobre la base, no sólo del principio de restauración interna del principio de igualdad entre ellos, sino, en especial, del cumplimiento de la doble «carga urbanística» de cesión de terrenos y costeamiento de la urbanización.

Afirma el autor que en el caso de pluralidad de propietarios el problema de la proporción entre beneficios y cargas no se plantea individualmente, sino cuando tiene lugar el reparto interno entre propietarios del aprovechamiento que corresponda a la unidad de actuación. Si este aprovechamiento es superior a las cargas no se plantea otro problema cuantitativo que el de repartirlo entre ellos en el correspondiente proyecto de reparcelación o compensación, sin perjuicio de que mediante técnicas de naturaleza tributaria, por ejemplo, participe la colectividad en la plusvalía urbanística. Ahora bien, si la plusvalía es insuficiente para absorber las cargas, so pena de admitir la posibilidad de una confiscación indirecta (art. 33 CE), se podrá y deberá compensar la diferencia a los propietarios y la cuantía de esta compensación deberá determinarse en el correspondiente proyecto de reparcelación o compensación. Al hilo de esto, recuerda el autor la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 1983: «en forma alguna puede limitarse el concepto de plusvalía urbanística al incremento del valor de los terrenos que derive de la actividad urbanizadora, pudiendo emanar la plusvalía de cualquiera de las actividades de planeamiento». La plusvalía urbanística no sólo ha de computarse en atención a las obras de urbanización legitimadas por el planeamiento; también comprende los incrementos de valor derivados de la concesión, en el mismo planteamiento, de un aprovechamiento —volumen, su destino, etc.— superior al preexistente.

El reparto del aprovechamiento urbanístico se configura como garantía institucional de los propietarios de suelo de cesión gratuita. De aquí que sea precisamente en el proyecto de reparcelación o compensación donde tales cesiones se articulan, a fin de que sean simultáneas a la indemnización en especie, consistente en adjudicar al propietario afectado otro suelo con el aprovechamiento que le corresponda en el reparto de la plusvalía aportada por la Administración.

En tanto no sea firme en vía administrativa el proyecto de reparcelación o compensación, no hay adquisición del suelo de cesión, sino un *ius ad rem* de la Administración desde la ejecutividad del plan; es decir, el proyecto sería el modo de adquirir la propiedad, mientras que el plan el título de la adquisición. Como tal título, sólo el plan puede legitimar la cesión forzosa.

La restauración del principio de igualdad se articula en el correspondiente proyecto reparcelatorio o compensatorio, cuyo segundo efecto legal es precisamente la subrogación de las antiguas por las nuevas parcelas.

El proyecto de reparcelación o compensación es determinante para la eficacia y ejecución del planeamiento, pues el articular las cesiones de terrenos junto con la redistribución del aprovechamiento y correlativo suelo, descongela las actuaciones de distinta índole ordenadas en el marco del plan.

El proyecto además produce como efecto la afectación real de las parcelas

adjudicadas al cumplimiento de las cargas y pago de los gastos inherentes al sistema de actuación correspondiente.

Seguidamente el autor se ocupa del concepto de carga urbanística en contraposición a los límites («dentro de los cuales se ejercerán las facultades del derecho de propiedad»), que significan el no poder traspasarse el ámbito de aprovechamiento otorgado por el ordenamiento u ordenación urbanística. Distingue las distintas versiones en que se manifiesta la carga urbanística y así habla de carga ambulatoria o traslativa (por ejemplo, cesión de terrenos y costeamiento de la urbanización), carga-presupuesto (por ejemplo, petición de licencia) y carga-subjetiva (caso de los promotores de urbanizaciones privadas).

El dato esencial —dice GONZÁLEZ SALINAS— que diferencia el sistema de compensación del de cooperación es que en aquél a los propietarios corresponde la ejecución de la urbanización, lo que supone, de un lado, una simplificación de la carga de costeamiento en cuanto recae sobre los mismos que ejecutan la urbanización costeándola directamente, y, por otra parte, en relación con las cesiones, no sólo habrán de cederse los terrenos de cesión obligatoria y gratuita, sino que además habrán de cederse las correspondientes obras de urbanización, hasta el punto que en tanto no se produzca esta última cesión no podrá entenderse cumplida esa específica obligación inherente al sistema de compensación, del que, dice el autor, no está lejos una cierta idea de concesión.

A continuación estudia JESÚS GONZÁLEZ SALINAS la Junta de Compensación como piedra angular del sistema. La constitución de la Junta viene impuesta, como presupuesto para la ejecución, cuando hay pluralidad de propietarios, con la clara finalidad de integrarlos solidariamente y unificar el punto de referencia subjetivo en su relación con la Administración. La Junta tiene carácter administrativo y está sometida a la tutela de la Administración. Destaca su caracterización *ob rem*, fiduciaria y societaria. Se ocupa de su inscripción en el registro de entidades urbanísticas colaboradoras, y estudia el derecho a la incorporación de los propietarios no promotores, así como el requisito de la mayoría del 60 por 100 del polígono y el carácter de las expropiaciones forzosas en estos supuestos, negando que se trate de una expropiación-sanción. Sí tiene, en cambio, carácter sancionador la sustitución del sistema en caso de incumplimiento por el de expropiación.

Como quedó apuntado más atrás, las partes segunda y tercera de la obra se dedican, respectivamente a los terceros adquirentes una vez constituida la Junta de Compensación y antes de su constitución.

La situación planteada por estas adquisiciones una vez constituida la Junta (y antes de la culminación de la ejecución de la urbanización privada, se entiende) aparece contemplada en el artículo 88 LS (repetiendo el antiguo art. 71 de la Ley del 56), en torno al cual se cuestiona el alcance subrogatorio de las enajenaciones. Este último precepto dispone que «la enajenación de fincas no modificará la situación de su titular en orden a las limitaciones y deberes instituidos por esta Ley o impuestos, en virtud de la misma, por los actos de ejecución de sus preceptos y el adquirente quedará subrogado en el lugar y puesto del anterior propietario en los compromisos que hubiere contraído con las Corporaciones públicas respecto a la urbanización y edificación». Por su parte, el artículo 28 RGU preceptúa lo siguiente: «la transmisión de la titularidad que determine la pertenencia a cualquiera de los tipos de Entidades urbanísticas y colaboradoras, llevará consigo la subrogación en los derechos y obligaciones del causante, entendiéndose incorporado el adquirente a la Entidad a partir del momento de la transmisión». La subrogación, al serlo en la condición de miembro de la Junta y hacer

referencia a un estatuto jurídico, no sólo lo es en las obligaciones y compromisos frente a las Corporaciones, sino también en los derechos y facultades que el ordenamiento jurídico y estatutos de la Junta atribuyen a sus miembros.

Aborda JESÚS GONZÁLEZ SALINAS la perspectiva registral de estas adquisiciones, analizando los artículos 169 y 178 del RGU. La afección de la nota marginal del artículo 169 RGU es objeto de polémica: mientras que unos la consideran sin trascendencia registral, otros entienden que es sucedánea de inscripción. En la afección del artículo 178 no hay duda, en cambio, de que supone una auténtica afección real de importante trascendencia registral. La afección del artículo 178 RGU supone la creación *ex novo* de un derecho real de garantía sobre las nuevas parcelas al adjudicarse.

Termina el autor esta segunda parte del libro con el estudio de la acción rescisoria del artículo 62 LS como alternativa a la subrogación. Dispone este artículo (reproducción del art. 50 de la Ley del 56): «1. El que enajenase terrenos no susceptibles de edificación según el Plan, o edificios o industrias fuera de ordenación deberá hacer constar estas calificaciones expresamente en el correspondiente título de enajenación. 2. En las enajenaciones de terrenos de urbanizaciones de iniciativa particular deberá hacerse constar la fecha del acto de aprobación de la misma y las cláusulas que se refieran a la disposición de las parcelas y compromisos con los adquirentes. 3. En los actos de enajenación de terrenos en procesos de urbanización, deberán consignarse los compromisos que el propietario hubiere asumido en orden a la misma, y cuyo cumplimiento esté pendiente. 4. La infracción de cualquiera de estas disposiciones facultará al adquirente para resolver el contrato en el plazo de un año a contar de la fecha de su otorgamiento y exigir la indemnización de los daños y perjuicios que se le hubieren irrogado.» Entiende la doctrina que este precepto es técnicamente incorrecto, sobre todo por referirse a un supuesto no de resolución, sino de rescisión. Se ocupa GONZÁLEZ SALINAS del fundamento de la acción, de si el título de la enajenación ha de ser oneroso o si, por el contrario, también cabe la rescisión de las enajenaciones a título gratuito, y, por último, pone en relación el artículo 62 LS con los principios de la buena fe y publicidad registral, cuestionando la automaticidad de la facultad rescisoria cuando las circunstancias de dicho artículo le constan al adquirente o constan en el Registro de la Propiedad.

En fin, la tercera parte de la obra se centra en los terceros adquirentes con anterioridad a la constitución de la Junta de Compensación, ocupándose el autor del alcance de la subrogación en estos casos y de la rescisión del artículo 62 LS como alternativa del adquirente. Termina GONZÁLEZ SALINAS estudiando la liberación de los promotores por subrogación de los adquirentes y la liberación de los adquirentes. A este respecto, dice así la decimosexta de las conclusiones del libro: «Las enajenaciones por sí solas no liberan a los promotores, que seguirán vinculados obligacionalmente a la Administración en tanto ésta no haya consentido tal subrogación por parte de los adquirentes, que en su caso habrán de prestar garantías complementarias, aunque no será necesario que se constituyan en Junta de Compensación para producir dicha liberación. Sin perjuicio de esta posibilidad y de que por vía de responsabilidad el vínculo obligacional despliegue toda su eficacia, cuando la Administración ejecute forzosamente deberá hacerlo a cargo de los propietarios que en cuanto tales quedan subrogados en estas cargas urbanísticas. Sólo cuando las transmisiones no tengan trascendencia frente a la Administración (parcelaciones ilegales o específico acuerdo al respecto) cabrá ejecutar sustitutoriamente a cargo del promotor inicial, pero sin que ello suponga disminución de las garantías de los propietarios».

Este es, a grandes rasgos, el contenido de este libro de 379 páginas, cuya lectura resulta inexcusable para quienes en el futuro quieran adentrarse en la temática del mismo.

FRANCISCO DÍAZ FRAILE

MORENO LUQUE, C.; LEÓN ARCE, A.; MERINO GUTIÉRREZ-CARCABA FERNÁNDEZ, M.; FUENTE NORIEGA, M., y GONZÁLEZ MORÁN, L.: *Derecho inmobiliario registral* (Guías de Estudio, La Ley, 1988)

Creo que compré este libro, breve aportación al Derecho Inmobiliario Registral, en la Feria del Libro del mismo año en que se publicaba. La adquisición fue laboriosa, pues había que rellenar —o me hizo rellenar la vendedora— una especie de cuestionario, cosa que luego me ha sido fructífera para descontar la adquisición en el Impuesto sobre la Renta. Pero como estaba en el año «sabático» de meditación no quise recensionarlo. Pasado este año —que me impuse por haber recibido una reprimenda en el título de uno de mis artículos, difundido simultáneamente por el Ministerio de Justicia— lo traigo ahora en la frescura de su nueva lectura y con el efecto retroactivo de la primera.

El haber escrito bastantes cosas sobre Derecho Hipotecario (y pido perdón por seguir apegado a la terminología habitual) parece que no me erige en buen juez, pues aun siendo objetivo me puede convertir en exigente ese lastre de nombre y fama que suele desaparecer cuando la presentan a determinadas personas y éstas, no sabiendo de qué va la cosa, dicen: ¡Sí, sí, me suena su cara. Es usted el personaje de la serie inglesa «Bendígame Padre» de Televisión! Y la verdad es que he visto parte de la serie —antes doblada en vasco y ahora en castellano— y me parezco y hasta confío en firmar algún autógrafo en ese sentido a nombre del Padre Duddleswell, protagonista de los episodios.

Entiendo que hay que recibir con alborozo esta aportación universitaria de una materia que hace algunos años no se soñaba como objeto de estudio de las cátedras de Derecho civil. ¿Qué ha sucedido? Pues lo mismo que en Benidorm o en Marbella, que llegó el turismo, las edificaciones, las urbanizaciones, las compras y las adquisiciones y se buscó seguridad jurídica y ésta sólo se la podía ofrecer la institución registral. El profesional del Derecho tuvo que adentrarse en el estudio de la materia y esta necesidad trascendió a la Universidad donde es preciso impartir unos conocimientos básicos de este Derecho que el pueblo «llano» invoca para lograr la seguridad de sus derechos. Considero que ésta es la gran finalidad del libro que la cumple ampliamente en un alarde de sencillez y claridad.

Consta la publicación de un prefacio y diez capítulos que recorren y contienen los principales problemas y conceptos del Derecho Inmobiliario Registral. Creo que merece la pena su enunciación y comentario particular pues cada uno tiene un autor distinto sin que por ello se rompa la unidad de la obra. Viene a ser la traducción urbana de lo que en Oviedo representa el «campo San Francisco»: lugar de unión de todos los ovetenses. Cada capítulo lleva aneja una sección bibliográfica que permite al estudioso poder seguir su estudio en otros textos ampliando o revisando conceptos.

## I. *EL DERECHO INMOBILIARIO Y EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD*

Este primer capítulo —redactado por ARTURO MERINO GUTIÉRREZ— da una visión no sólo histórica, sino actual del Derecho Inmobiliario, del Registro, de su publicidad formal y de la finca. Por supuesto creo que contiene la claridad y los elementos necesarios para que aquel que por primera vez se acerque a la precisión de los conceptos, la obtenga fácilmente. Se conjugan las diversas opiniones doctrinales, se explica la razón de ser de este derecho e incluso se recoge esa avanzadilla de autores que tratan de la unificación del Derecho Registral. En lo único que discrepo del autor es en el encuadramiento de la institución que —siguiendo a DÍEZ PICAZO— se considera como administrativa. Volvamos de nuevo la cabeza a la vieja «Exposición de Motivos de la primitiva Ley Hipotecaria», a la Constitución española (art. 105) y a diversas leyes y disposiciones especiales y tendremos que insistir en la gran diferencia que existe entre el Registro «jurídico» y el «administrativo».

## II. *ACTOS Y DERECHOS INSCRIBIBLES EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD*

LUIS GONZÁLEZ MORÁN afronta la redacción de este capítulo y sale airoso al exponer el objeto de la inscripción y las diferentes posturas doctrinales que se sustentan en torno a la terminología legal. Enumera los derechos reales inscribibles, los que aun teniendo carácter real no son inscribibles (criterio que exigiría una mejor aplicación actual del problema), la problemática de los derechos personales, las titularidades fiduciarias y las resoluciones judiciales que modifiquen la capacidad de obrar de las personas. Completa la materia proyectando a través del asiento de inscripción las circunstancias que pueden provocar variaciones: el aplazamiento del pago del precio, la constancia de su pago, las condiciones suspensivas y resolutorias, así como la constancia de su cumplimiento o incumplimiento. Quizá —y ello lo digo sin afanes de crítica— hubiese sido necesario complementar el texto con alguna Resolución actual discutible en su solución.

## III. *INMATRICULACION Y PROCEDIMIENTOS INMATRICULABLES*

Redacta este capítulo CARMEN MORENO-LUQUE CASARIEGO con la precisión y síntesis necesaria capaz de ofrecer un panorama general de los problemas no sólo del concepto de este medio de ingreso en las fincas en el Registro, sino de los medios que legalmente permiten su acceso, así como de la inscripción de derechos reales sobre fincas no inmatriculadas y el fenómeno de la doble inmatriculación y su posible solución.

## IV. *EL PROCEDIMIENTO REGISTRAL*

Está a cargo de MARÍA CARCABA FERNÁNDEZ, quien sistematiza en forma muy adecuada las diversas fases de lo que la doctrina moderna llama «procedimiento» registral. Sin profundizar, pues no es esa la finalidad que se persigue con la publicación, en los diferentes apeaderos que supone todo procedimiento expone

la rogación como principio y la petición de inscripción como manifestación de la rogación, así como el asiento que debe practicarse, la documentación hábil que puede provocar el asiento de presentación, el examen de este mismo asiento en su dimensión formal, temporal y eficacia, para terminar con los temas —no tan claros como se hubiera querido desear— del desistimiento y sus efectos. La falta de claridad no se debe a la autora, sino al legislador que reformó con singular torpeza la materia.

#### V. *LOS PRINCIPIOS DE PRIORIDAD, TRACTO SUCESIVO Y LEGALIDAD*

Corresponde a la misma autora del capítulo anterior desarrollar la materia amplia y no exenta de complejidad de los tres grandes temas del enunciado, pero que están íntimamente unidos al principio de legalidad en su proyección de la actividad calificadora, pues no debe olvidarse que en esa función el Registrador ha de observar el cumplimiento del principio de tracto y, singularmente, tener en cuenta la prioridad tanto sustantiva como formal. Abarca la exposición no sólo los problemas que provocan la prioridad y el tracto y sus modalidades, sino las consecuencias de la función calificadora en materia de recursos.

#### VI. *LA INSCRIPCION EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD*

LUIS GONZÁLEZ MORÁN tiene a su cargo el desarrollo de una materia difícil cual es la de la inscripción en su valoración dentro del acto traslativo y, por ello, se acumulan temas que inciden en conceptos superiores como el del carácter constitutivo de la misma, la relación que guarda con la teoría del título y el modo, la carencia de convalidación y el juego de la prioridad. A todo ello se añade una de las manifestaciones del valor que la inscripción tiene y proyecta, cual es el de la legitimación con sus consecuencias sustantivas y procesales. Todo ello lo salva acertadamente, siguiendo la línea de la publicación

#### VII. *LA FE PUBLICA REGISTRAL*

ARTURO MERINO GUTIÉRREZ para explicar este fundamental principio y efecto de la inscripción registral no utiliza —o por lo menos no me cita en las notas bibliográficas— lo cual me hace sospechar que mi exposición de la materia no debe ser convincente o, por lo menos, didáctica y este autor ha decidido —acertadamente— servirse de otros conocimientos y de una construcción que se aleja de la mía. El juego a tres bandas de sus carambolas hipotecarias lo distribuye explicando el principio, sus consecuencias jurídicas y la aplicación del mismo a los fenómenos de la usucapión y prescripción extintiva.

#### VIII *LAS ANOTACIONES PREVENTIVAS*

Dentro de las aportaciones femeninas de la publicación corresponde a MARGARITA FUENTE NORIEGA la exposición del complicado concepto de anotación preventiva que salva con singular acierto y pulso dando no sólo una visión general de las mismas, sino un estudio de cada una de las contenidas en la ley, así como sus efectos y requisitos y su extinción.

## IX. OTROS ASIENTOS REGISTRALES

También a la autora anteriormente citada le toca el turno de los demás asientos que se practican en el Registro y, en este punto, aunque ella haya tenido el acierto de no utilizarme, quiero salir al paso de un posible tropiezo calificativo que puede inducir a confusión. Estoy de acuerdo que la nota marginal, en sus diferentes clases, es una especie de asiento registral, lo mismo que la cancelación, pero lo que no puede admitirse, para brindarlo a mentalidades con pantalla blanca, es que las *menciones* se consideran asientos registrales, pues la misma autora, al profundizar en el concepto, acepta que se trata de «alusiones o indicaciones» en los cuerpos de inscripción o anotación.

## X. RECTIFICACION REGISTRAL

ALICIA DE LEÓN ARCE se encarga de este último tema de la publicación de un tema de gran trascendencia que a mí siempre me ha preocupado por la mezcla que en él se hace de otros conceptos. Se quiso hacer una «teoría general» de la rectificación y en una especie de saco general se mezclaron materias y se intercambiaron conceptos. Todo ello obliga a la autora a repetir casos que rozan la inmatriculación de fincas, reanudación de tracto, etc. Ella, en el fondo, con el gran cúmulo de conocimientos que proporciona la obra de SANZ FERNÁNDEZ, se defiende como puede. Y al fin y a la postre siempre tendrá como telón de fondo la «salvaguarda de los Tribunales» y el «consentimiento» del titular registral.

Vaya, como colofón, mi felicitación a todo el grupo colaborador por haber tenido la habilidad de saber resumir tantas páginas como se han escrito sobre la materia, lo cual me hace pensar que es más difícil saber resumir con eficacia que extenderse con la problemática. Lo dice el refrán: «Lo bueno, si es breve, es dos veces bueno».

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ



# REVISTA DE REVISTAS



## REVISTA GENERAL DE DERECHO

Núms. 538-539 (Julio-Agosto 1989)

*La nueva Ley de Arbitraje*, por FERNANDO GARCÍA SOLÉ, pág. 4421.

*Las firmas en contratos mercantiles entre ausentes*, por ANTONIO J. SERRA MALLOL, pág. 4441.

*Sanciones administrativas y libertades públicas*, por LORENZO RUBERT NEBOT, pág. 4491.

*Un caso de represión directa de las infracciones graves del Derecho humanitario. el artículo 105 del Código Penal Militar español*, por MIGUEL SÁENZ SAGASETA DE ILURDOZ, pág. 4731.

## Núm. 540 (Septiembre 1989)

*En torno al nuevo Derecho de la Publicidad: Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad*, por JOSÉ B. ACOSTA ESTÉVEZ, pág. 5337.

*Estructuralismo y Derecho*, por MANUEL JORDÁN MONTAÑÉS, pág. 5357.

*Los delitos de caza como manifestación de la delincuencia ecológica*, por CARLOS CLIMENT DURÁN, pág. 5363.

*Aproximación a la doctrina jurisprudencial en torno al artículo 80 del Código Civil: eficacia civil de determinadas resoluciones canónicas en materia matrimonial*, por CARLOS A. ESPLUGUES MATA, pág. 5387.

*Consecuencias procesales de la vulneración de la presunción de inocencia por valoración de prueba no sometida a contradicción*, por MANUEL JAÉN VALLEJO, pág. 5401.

*La tutela judicial efectiva del derecho a la salud*, por JUAN CARLOS CABAÑAS GARCÍA, pág. 5405.

*El transporte multimodal*, por WILHELM ZEIBECK, pág. 5687.

*Más sobre la improcedencia de promover demandas ejecutivas contra el deudor, tras la solicitud de ser declarado en suspensión de pagos*, por JOSÉ MARÍA SAGRARE TIZÓN, pág. 5735.

*Del plazo para formular oposición a la aprobación judicial del Convenio votado en junta de acreedores, en la suspensión de pagos*, por JOSÉ MARÍA SAGRARA TIZÓN, pág. 5749.

## REVISTA DE DERECHO PRIVADO (Julio-Agosto 1989)

*El fenómeno de la descodificación en el Derecho Civil*, por MIGUEL ACOSTA ROMERO, págs. 611 a 628.

*La excepción de cosas propias del mandante*, por MARÍA DOLORES GRAMUNT FOMBUENA, págs. 629 a 643.

## Septiembre 1989

*De nuevo sobre la acción publiciana en el Derecho español*, por JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS, págs. 723 a 742.

*La formulación indagatoria cui prodest? y el principio del abuso de derecho como cotas conceptuales en la conformación jurídica del matrimonio*, por TOMÁS RAMOS OREA, págs. 743 a 755.

## Octubre 1989

*Los daños morales y su incidencia en el Derecho de la circulación*, por JAIME SANTOS BRIZ, págs. 827 a 837.

*Protección jurídica de los alimentos de los hijos en las rupturas conyugales*, por ANTONIO RODRÍGUEZ INYESTO, págs. 838 a 847.

## REVISTA DE DERECHO MERCANTIL Núms. 189-190 (Julio-Diciembre 1988)

*La facultad de cooptación del Consejo de Administración*, por ANGEL ROJO, pág. 367.

*Las sociedades mediadoras en el mercado de dinero*, por MARÍA TERESA DE GISPERT PASTOR, pág. 435

*El convenio sobre la ley aplicable a la venta internacional de mercancías de 1985*, por ANTONIO MARÍN LÓPEZ, pág. 463

*La condición jurídica del comerciante extranjero*, por MARÍA LUISA TRINIDAD GARCÍA, pág. 487

## REVISTA DE DERECHO URBANISTICO Núm. 114 (Julio-Agosto-Septiembre 1989)

*Problemas de ordenación territorial y urbanística en el litoral survalenciano. Consideraciones sobre planeamiento, conservación de costas y promoción del turismo residencial*, por RAMÓN MARTÍN MATEO y J. FERNANDO VERA REBOLLO, pág. 13.

- Los programas de actuación urbanística y los agentes privados*, por FEDERICO ROMERO HERNÁNDEZ, pág. 29.
- La participación privada en la formación de planes de ordenación urbana*, por J. MIGUEL LOBATO GÓMEZ, pág. 47.
- Los Planes Especiales de Reforma Interior*, por MERCEDES LAFUENTE BENACHES, pág. 79.
- Incidencia de las cargas sobre los terrenos que son objeto de reparcelación o compensación*, por FERNANDO RODRIGO MORENO, pág. 103.

## REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO INTERNACIONAL

Núm. 1 (Enero-Junio 1989)

- Incidentes pesqueros y recurso a la fuerza. Estudio del apresamiento de buques pesqueros como medida de ejecución en el Régimen Internacional de Pesquerías*, por M. P. ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA, pág. 7.
- Algunas consideraciones sobre el Convenio de Viena de 1986 sobre tratados celebrados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales*, por R. HUESA VINAIXA, pág. 43.
- España y la jurisdicción obligatoria del Tribunal Internacional de Justicia*, por E. ORIHUELA CALATAYUD, pág. 69.
- Política de los derechos humanos y políticas con los derechos humanos*, por A. REMIRO BROTONS, pág. 107.
- La nueva estructura del sistema español de competencia judicial internacional en el orden civil: artículo 22 LOPJ*, por M. A. AMORES CONRADI, pág. 113.

## REVISTA JURIDICA DE NAVARRA

Núm. 7 (Enero-Julio 1989)

- La ampliación de competencias educativas*, por ANTONIO EMBID IRUJO, pág. 13.
- El respeto del ámbito de la autonomía local por el legislador autonómico de Navarra*, por LUIS ORTEGA, pág. 33.
- El personal al servicio de la Administración local de Navarra*, por PEDRO M. LARUMBE BIURRUN, pág. 47.
- Organización y competencias de la Comunidad Foral de Navarra en el Amejoramiento del Fuero*, por JOSÉ A. RAZQUIN LIZARRAGA, pág. 63.
- Los Amejoramientos al Fuero General de Navarra en los manuscritos de Pamplona*, por MERCEDES GALÁN LORDA, pág. 97.
- La solidaridad cambiaria*, por JOSÉ L. SÁNCHEZ-PARODI PASCUA, pág. 133.
- De las «belenas» («etxecoartas») y de los «helechales» en el Derecho foral de Navarra*, por RAFAEL RUIZ DE LA CUESTA CASCAJARES, pág. 159.
- Comentarios a la Ley Foral 19/1984, de la Cámara de Comptos de Navarra, a los cinco años de su aprobación*, por LUIS ORDOQUI URDACI, pág. 173.
- La autonomía municipal y la aprobación definitiva de los planes urbanísticos*, por FRANCISCO J. ENERIZ OLAECHEA, pág. 197.
- La reversión expropiatoria en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo*, por JAIME F. RODRÍGUEZ-ARANA, pág. 211.

## REVISTA DE ESTUDIOS DE LA ADMINISTRACION LOCAL Y AUTONOMICA

Núm. 238 (Abril-Junio 1988)

*El delito ambiental. Reflexiones desde el Derecho administrativo*, por R. MARTÍN MATEO, pág. 1033.

*Relaciones interadministrativas y de conflictos en la Ley Básica de Régimen Local*, por LUCIANO PAREJO ALONSO, pág. 1055.

*Los comisionados parlamentarios autonómicos y el control de la Administración local*, por ANTONIO EMBID IRUJO, pág. 1101.

*Los problemas de interpretación y aplicación de las materias en las reglas de distribución de competencia*, por GONZALO SAMANIEGO, pág. 1123.

Número 239 (Julio-Septiembre 1988)

*La autonomía Local*, por FRANCISCO SOSA WAGNER, pág. 1351.

*La configuración constitucional del derecho a la libre elección de profesión u oficio*, por LEOPOLDO TOLIVAR ALAS, pág. 1363.

*Sanidad preventiva y salud pública en el marco de la actual Administración sanitaria española*, por MANUEL REBOLLO PUIG, pág. 1403.

*La conservación de las edificaciones en la legislación de protección del Patrimonio Histórico*, por TOMÁS QUINTANA LÓPEZ, pág. 1471.

*El Reglamento de Patrimonio de los Entes Locales de Cataluña*, por LUIS CHACÓN ORTEGA, pág. 1491.

*La organización territorial de la Hermandad General (1476-1498)*, por JOSÉ MARÍA SÁNCHEZ BENITO, pág. 1509.

*La Administración Pública en tiempo de austeridad. Coloquio de Valencia del 6 al 9 de mayo de 1987*, GRUPO EUROPEO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, pág. 1529.

## REVISTA JURIDICA DE CATALUÑA

Núm. 4 (1989)

*La compraventa con pacto de sobrevivencia en el derecho civil de Cataluña*, por JOSÉ M. QUINTANA, pág. 875.

*Observaciones sobre la Ley General de Publicidad*, por JOSÉ M. DE LA CUESTA RUTE, pág. 917.

*Principio non bis idem y sanciones disciplinarias en el ordenamiento penitenciario*, por ÁNGEL DE SOLAS DUEÑAS, pág. 971.

## BOLETIN DEL ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE MADRID

Núm. 5 (Septiembre-Octubre 1989)

*La protección de la marca extranjera notoria no registrada en España*, por CARLOS LEMA DEVESA, pág. 7.

- Fondo de garantía de alimentos y pensiones*, por MARÍA TELO NÚÑEZ, pág. 19.  
*Sobre las fuentes medievales del Derecho local español*, por ANA MARÍA BARRERO, pág. 25.  
*La estafa: modalidades agravadas*, por J. A. VILLOTA VILLOTA, pág. 29.  
*Fiscalidad de las construcciones y parcelaciones comunitarias (IVA-ITP-AJD)*, por CRÍSPULO MÁRQUEZ ESTRADA, pág. 39.  
*Castán, aragonés*, por PATRICIO BOROBIO, pág. 49.

## REVISTA JURIDICA DE CASTILLA-LA MANCHA

Núm. 6 (Abril 1989)

- La naturaleza de la Defensa Penal a la luz de la CE y CEDH*, por V. GIMENO SENDRA, pág. 7.  
*Génesis de los Derechos Fundamentales y Libertades Públicas en la Constitución Española de 1978*, por G. PECES-BARBA, pág. 23.  
*Metamorfosis de la libertad en y desde Isaiah Berlin*, por P. J. BADILLO O'FARRELL, pág. 45.  
*La delincuencia infantil y su tratamiento en España: de los Tribunales Tutelares al Juez de Menores. Líneas básicas, sustantivas y procesales de la proyectada Ley Penal del Menor*, por M. MONZÓN Y DE ARAGÓN, pág. 67.  
*Intervención del Ministerio Fiscal en los procesos matrimoniales*, por A. P. RIVES SEVA, pág. 153.  
*¿Tienen Derechos Fundamentales las personas jurídicas-públicas?*, por J. M. DÍAZ LEMA, pág. 167.  
*El problema del inicio del mandato de diputados y senadores*, por J. M. MORALES ARROYO, pág. 215.

Número 7 (Agosto 1989)

- Relaciones entre organización judicial y derecho penal*, por E. RUIZ VADILLI, pág. 23.  
*Aspectos penales de las modernas técnicas biomédicas*, por M. BARBERO SANTOS, pág. 43.  
*Derecho penal criminal y derecho administrativo sancionador*, por M. POLAINO NAVARRETE, pág. 55.  
*Los delitos internacionales y el derecho penal español*, por F. BUENO ARUS, pág. 79.  
*Preterintencionalidad y error tras la reforma de 1983*, por S. MIR PUIG, pág. 97.  
*La nueva regulación penal de los delitos de tráfico de drogas*, por J. JIMÉNEZ VILLAREJO, pág. 123.  
*Valor jurídico y valor económico de la intimidad y del honor*, por J. A. MARTÍN PALLÍN, pág. 135.  
*Relaciones entre organización judicial y derecho penal*, por C. ALBERDI ALONSO, pág. 165.  
*Reflexiones sobre los nuevos delitos de exhibicionismo y provocación sexual. Los artículos 431 y 432 de la LO 5/1988*, por A. ALONSO ESCAMILLA, pág. 170.  
*Técnicas biomédicas y Derecho Penal*, por J. M. ARAÚJO JUNIOR, pág. 201.

- Protección penal de la propiedad intelectual*, por L. GARCÍA ZAPATERO y N. GARCÍA RIVAS, pág. 221.
- Preguntas desde la Constitución (art. 25.2)*, por A. BERISTAIN, pág. 251.
- ¿Qué resuelve la reciente reforma del Código Penal en materia de drogas?*, por J. L. DE LA CUESTA ARZAMENDI, pág. 257.
- La lectura constitucional del artículo 733 LECRIM*, por L. A. DE DIEGO DIEZ, pág. 271.
- Análisis de la moderna jurisprudencia del Tribunal Supremo en los delitos de aborto con resultado de muerte, en relación con el artículo 1 del Código Penal*, por E. FERNÁNDEZ GARCÍA y J. MONTIEL GONZÁLEZ, pág. 297.
- El título XIII del proyecto de Código Penal de 1980. Notas sobre una imposible reforma*, por C. GARCÍA VALDÉS, pág. 307.
- El artículo 733 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, garantía del principio de contradicción*, por A. GONZÁLEZ-CUÉLLAR GARCÍA, pág. 323.
- Algunas reflexiones sobre la reforma de los delitos de homicidio y asesinato en la propuesta de anteproyecto de nuevo Código Penal*, por C. LAMARCA PÉREZ, pág. 335.
- ¿Conductores suicidas o conductores homicidas*, por D. LUZÓN PEÑA y otros, pág. 361.
- Sobre la preterintencionalidad heterogénea en el derecho positivo español*, por J. L. MANZANARES SAMANIEGO, pág. 369.
- Aspectos jurídicos penales de la no devolución de las cantidades entregadas a cuenta para la construcción de viviendas*, por F. MUÑOZ CONDE, pág. 381.
- Irregularidades administrativas y responsabilidad penal*, por J. J. QUERALT, pág. 411.
- La nueva regulación de los delitos de tráfico de drogas*, por L. F. REY HUIDOBRO, pág. 425.
- La protección jurídica del concebido. El feto como paciente*, por C. M. ROMEO CASABONA, pág. 437.
- Consideraciones dogmáticas y de política legislativa sobre el fenómeno de la conducción suicida*, por J. M. SILVA SÁNCHEZ, pág. 453.
- Los delitos cualificados por el resultado en la jurisprudencia del Tribunal Supremo tras la reforma de 1983*, por R. F. SUÁREZ MONTES, pág. 477.

## ANUARIO DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE PANAMA Núm. 15 (1986)

- Teoría General de los Cometidos del Poder Público*, por LEÓN CORTIÑAS-PELÁEZ, pág. 11.
- Aspectos legales de las Cuentas de Depósitos de Dinero*, por JACINTO ESPINOSA G., pág. 58.
- De la capacidad para comprometerse en el Arbitraje Comercial Internacional*, por GILBERTO BOUTIN, pág. 71.
- El principio de la no discriminación en Constituciones de la República de Panamá*, por ARMANDO MUÑOZ, pág. 83.
- Control judicial de Constitucionalidad —vs— Previsibilidad*, por NÉSTOR PEDRO SAGUES, pág. 95.
- EL desobedecimiento de órdenes como causa de despido*, por JORGE FÁBREGA, pág. 108.

- La autonomía del Derecho Procesal Laboral*, por LUIS GUILLERMO ZÚÑIGA ARAUZ, pág. 138.
- El secuestro en el Derecho Marítimo*, por ENRIQUE DE ALBA, pág. 114.
- Introducción a los delitos contra la Comunidad Internacional y protección penal de los Derechos Humanos*, por VIRGINIA ARANGO DE MUÑOZ, pág. 170.
- El Sistema Penitenciario en Panamá*, por FREDDY BLANCO, pág. 201.
- La carrera judicial en Panamá*, por VÍCTOR BENAVIDES, pág. 232.
- La formación profesional del abogado en Panamá*, por AURA GUERRA DE VILLALAZ, pág. 269.

## BOLETIN MEXICANO DE DERECHO COMPARADO

Núm. 63 (Septiembre-Diciembre 1988)

- Los satélites y el derecho internacional*, por VÍCTOR CARLOS GARCÍA MORENO, pág. 991.
- La situación jurídica de los refugiados guatemaltecos en México conforme a los derechos interno e internacional*, por JESÚS RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ, pág. 1047.
- Algo sobre los antecedentes de nuestro juicio de amparo*, por JOSÉ LUIS SOBERANES FERNÁNDEZ, pág. 1067.
- El poder y la judicatura (Breve comentario sobre la jurisdicción de amparo y la función judicial)*, por ROLANDO TAMAYO Y SALMORÁN, pág. 1089.
- Comentarios a la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales (1988) de Venezuela*, por ALLAN RANDOLPH BREWER-CARIAS, pág. 1107.
- Ley francesa número 86-18 de 6 de enero de 1986, relativa a las sociedades de atribución de inmuebles en goce por tiempo compartido*, por LISANDRO CRUZ PONCE, pág. 1161.
- Elevación a rango constitucional de los principios de política exterior*, por ALONSO GÓMEZ-ROBLEDO VERDUZCO, pág. 1165.

Número 64 (Enero-Abril de 1989)

- Análisis de la legislación ambiental de América Latina*, por MARÍA DEL CARMEN CARMONA LARA, pág. 15.
- Para una reforma de las leyes de tribunales y procesales (Ley Procesal General y status quo formal legislativo)*, por VÍCTOR FAIREN GUILLÉN, pág. 37.
- La modernización de los estudios jurídicos comparativos*, por HÉCTOR FIX ZAMUDIO, pág. 63.
- La problemática jurídico-política de la inmunidad parlamentaria*, por ELOY GARCÍA LÓPEZ, pág. 95.
- Control de sociedades mediante oferta pública de adquisición de acciones*, por SOYLA H. LEÓN TOVAR, pág. 127.
- El carácter procedimental del derecho de huelga*, por HÉCTOR SANTOS AZUELA, pág. 141.
- La nueva Constitución centroafricana de 1986*, por MONIQUE LIONS, pág. 167.
- Código Federal Electoral. Libro noveno*, por FRANCISCO JAVIER OSORNIO CORRES, pág. 173.

*Acuerdo por el que se reforma el diverso que establece el Sistema Nacional de Investigadores*, por LUIS M. PONCE DE LEÓN ARMENTA, pág. 183.

## NOTICIAS CEE

Núms. 55-56 (Agosto-Septiembre 1989)

*Un nacimiento deseado: El Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas*, por GEORGES VANDERSANDEN, pág. 11.

*El derecho de la competencia en Europa y las empresas bancarias*, por JOSÉ MANUEL ALSEDO SOLÍS, pág. 21.

*La normativa comunitaria y la nueva Ley del Mercado de Valores*, por ASCENSIÓN FORNIES BAIGORRI, pág. 39.

*La Banca Española y el Acta Unica*, por ALFREDO SÁENZ ABAD, pág. 49.

*La propuesta de la Comisión de la CEE de Décima Directiva referente a las fusiones transfronterizas de Sociedades Anónimas y su incidencia en la posición jurídica de los trabajadores de las sociedades fusionadas, conforme al Derecho español*, por FERNANDO SÁNCHEZ CALERO, pág. 61.

*Proyecto de Reglamento del Consejo sobre control de operaciones de concentración entre empresas*, por MANUEL TARRIO BERJANO, pág. 73.

*El futuro de la financiación comunitaria y la política agrícola común*, por DOMINGO CARBAJO VASCO, pág. 83.

*La financiación de la CEE: propuesta de Reglamento (CECA, CEE, Euratom) del Consejo por el que se aplica la Decisión de 24 de junio de 1988 relativa al sistema de recursos propios de las Comunidades*, por ISABEL GARCÍA OVIES SARANDESES, pág. 93.

*Prelación de créditos por exacciones en favor de la CECA*, por ALEJO HERNÁNDEZ LAVADO, pág. 101.

*Los tratados bilaterales de pesca y la defensa del interés comunitario*, por SANTIAGO RIPOL CARULA, pág. 107.

*Los beneficiarios de la libre circulación de trabajadores en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia*, por ALFONSO DASTIS, pág. 117.

Núm. 57 (Octubre 1989)

*La Comunidad Valenciana: una realidad europea*, por el excelentísimo señor don JOAN LERMA BLASCO, pág. 9.

*La Comunidad Valenciana ante las reformas de la CEE: una expectativa*, por el excelentísimo señor don ANTONIO BIRLANGA CASANOVA, pág. 13.

*Las Cortes Valencianas y la Comunidad Económica Europea*, por LUIS AGUILÓ LUCÍA, pág. 23.

*Las relaciones de la Generalitat Valenciana en el marco europeo*, por JOSÉ EDUARDO CASTELL NEBOT, pág. 27.

*Concreción de la política de estructuras de la CEE en la agricultura valenciana*, por VICENT AHUIR CARDELLS y JOAN SANZ BELLVER, pág. 41.

*Las implicaciones financieras para Valencia de la entrada en la CEE*, por JOSÉ RAMÓN CANO RICO, pág. 55.

*Multinacionales sitas en Valencia y multinacionales en la CEE*, por JUANA CASTILLO, pág. 61.

- La estrategia turística en el Mercado Unico Europeo: El caso valenciano*, por EDUARDO FAYOS SOLA, pág. 77.
- El comercio entre la Comunidad Valenciana y los Terceros Países Mediterráneos tras la adhesión de España a la CEE*, por JOSÉ MARÍA JORDÁN GALDUF, pág. 87.
- La Comunidad Valenciana y los flujos de los Fondos Estructurales*, por JOSÉ SALVADOR MARTÍNEZ CÍSCAR, pág. 95.
- Las empresas valencianas ante el Mercado Unico: los acuerdos de cooperación*, por FRANCISCO MAS VERDÚ, pág. 105.
- La política comercial de la CEE y el comercio exterior de la Comunidad Valenciana con terceros países*, por VICENTE ORTOS RÍOS y J. E. BOSCA, pág. 111.
- Reflexiones sobre las repercusiones de la CEE en el transporte valenciano*, por CAYETANO ROCA GINER, pág. 125.
- La Bolsa de Valencia y la Comunidad Económica Europea*, por FRANCISCO E. TRULLENQUE SANJUAN, pág. 133.
- La Comunidad Valenciana y la CEE; una visión desde la Cámara de Comercio, Industria y Navegación de Valencia*, por FERNANDO ZÁRRAGA y otros, pág. 141.

## Núm. 58 (Noviembre 1989)

- La Europa Bancaria en 1992*, por PAOLO CLAROTTI, pág. 11.
- La internacionalización de la actividad financiera*, por ALFONSO ESCÁMEZ LÓPEZ, pág. 23.
- El Mercado Unico Europeo y el sistema financiero español*, por RAIMUNDO ORTEGA FERNÁNDEZ, pág. 29.
- La armonización comunitaria de los sistemas de pago electrónicos (Tarjetas)*, por JUAN SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, pág. 39.
- Régimen jurídico de los servicios públicos regulares de transporte de viajeros por carretera de carácter internacional*, por FERNANDO JOSÉ CASCALES MORENO, pág. 47.
- La incidencia del artículo 90 del Tratado CEE en el sector eléctrico*, por FERNANDO DÍEZ MORENO, pág. 53.
- La utilización de lodos de depuradora en agricultura. Análisis de la Directiva 86/278/CEE*, por ANA MARÍA VÁZQUEZ LOSADA, pág. 67.
- Crónica Tributaria de la CEE. Agosto-octubre de 1988*, por DOMINGO CARBAJO VASCO, pág. 77.
- El Mercado Interior, un espacio sin fronteras ni aduanas*, por ENRIQUE GUARDIOLA SACARRERA, pág. 83.
- La Directiva 88/331/CEE, sobre franquicias fiscales*, por JOSÉ ANTONIO SERRANO SOBRADO, pág. 87.

