

ROCA, M. J. (Dir). (2015). *Derecho público y Derecho privado*. Madrid. Iustel. (346 páginas). ISBN: 9788498902631

por

M.^a ISABEL DE LA IGLESIA MONJE
Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil
Acreditada a Titular de Universidad
Universidad Complutense de Madrid

Se presenta una obra al lector en el que se tratan varios temas desde diferentes perspectivas cuyo objeto es analizar las relaciones y las diferencias entre Derecho público y Derecho privado, referidas no solo al régimen jurídico sino también concretadas a cuestiones actuales de recíproca influencia. Como es sabido el Derecho privado, anterior al Derecho público —especialmente al constitucional— comenzó a ver como este crecía consecuencia de la socialización del Derecho en el siglo XX. El Título preliminar del Código Civil actuaba específicamente como eje vertebrador del ordenamiento jurídico hasta la publicación de la Constitución. Momento en el cual el Derecho Constitucional asume la eficacia frente a terceros de los Derechos Fundamentales, siendo el Tribunal Constitucional el órgano que controla la jurisdicción civil.

Ha sido la labor y la perseverancia de María ROCA, investigadora de primer nivel, la promotora de la iniciativa y su cristalización en unas Jornadas, quien además ha aunado bajo su dirección y buen hacer en esta obra las diferentes particularidades existentes en los distintos ámbitos del Derecho público y del Derecho privado, tomando como hilo conductor las situaciones transfronterizas entre ambos.

Estructuralmente la obra se articula en siete capítulos, cada uno de los cuales corre a cargo de un autor diferente.

Se inicia el libro con el tema dedicado al *Derecho público y privado: ¿Una «distinción funestísima» (Kelsen)?* a cargo del Académico de Ciencias Morales y Políticas y catedrático de Filosofía del Derecho en la Universidad de las Islas Baleares, Gregorio ROBLES. Comienza el profesor ROBLES partiendo de que la división entre Derecho público y privado fue negada por Kelsen, y antes por Austin, quien defendía la unidad del ordenamiento jurídico y la necesidad de eliminar los dualismos jurídicos. Considera que son los propios juristas quienes mantienen precisamente esta distinción utilizándose, además, para la organización institucional de universidades, y con gran influencia en la legislación y en la jurisprudencia. También se aplica como sistema clasificatorio a los diversos elementos que componen el sistema jurídico (las relaciones jurídicas, las personas, las instituciones jurídicas, las decisiones jurídicas, los deberes jurídicos y los derechos subjetivos y las situaciones jurídicas).

Posteriormente, el Notario de Madrid José Ángel MARTÍNEZ SANCHÍZ, en el capítulo segundo analiza «La influencia del Derecho público en el privado». El autor comienza explicando esta influencia indirecta o por repercusión del Derecho público en el privado. Y, así pone como ejemplo el Derecho fiscal, donde la práctica demuestra cómo se acude al tipo de negocio que tiene realmente un tratamiento fiscal más favorable (es el caso de las compraventas simuladas que encubren un contrato de donación, o el supuesto de las donaciones de dinero donde se prefiere la entrega manual no documentada); o, en el Derecho procesal (refiriéndose a la eficacia probatoria de los documentos públicos). La influencia directa del Derecho público sobre el privado se percibe de manera clara por la existencia de controles, y límites que ejerce sobre él. Lo cual se lleva a la práctica mediante los mecanismos de absorción de competencias (en la propiedad se produce mediante la transferencia de los bienes al dominio público: minas, costas, aguas..., en el caso de desamparo de menores y su acogimiento será la entidad pública la que asuma el control de dicha protección y acuerde el acogimiento...), o de intervención (como ocurre en el Derecho de familia en el caso de la incapacitación)... Termina indicando la necesidad de ser cuidadosos para que el exceso legislativo no menoscabe en definitiva la libertad de la persona.

El tercer capítulo corre a cargo de Pedro TENORIO SÁNCHEZ, Catedrático de Derecho constitucional de la UNED quien analiza el matrimonio como derecho constitucional e institución de Derecho civil. Nuestra Constitución como todas las propias de un Estado social garantiza tanto los caracteres de la familia como el derecho a contraer matrimonio. Características precisadas directamente no solo en el texto constitucional sino también mediante su técnica institucional. Además el Tribunal Constitucional, en sus primeras sentencias, entendió que la Constitución relacionaba la familia con el matrimonio, lo que implicaba permitir su distinción con las relaciones de hecho. No obstante, tras la admisión en el Derecho Europeo del matrimonio homosexual y la interpretación realizada por el TEDH del Convenio Europeo de Derechos Humanos, los diversos Tribunales Constitucionales europeos han realizado una interpretación particular: así el alemán y el italiano lo consideran inconstitucional, el portugués lo admite si lo decide el legislador ordinario como así ha hecho, y el francés entiende que la legislación civil que no lo contempla es constitucional pero el legislador podría establecer otra cosa. Frente a todos estos criterios, y a juicio del autor, en España el artículo 32 de la Constitución impide el matrimonio homosexual pero la STC 198/2012 de 6 de noviembre —con base en una interpretación evolutiva— considera que corresponde a la libertad de configuración del legislador su establecimiento o no. Entiende que toda la legislación postconstitucional, entre otras la ley de divorcio de 2005 se ha extralimitado del marco constitucional, al establecer la posibilidad de disolución del matrimonio sin causa alguna y propone la ampliación del margen de actuación a los propios contrayentes para configurar la disolución de su propio matrimonio.

La visión civilista, que ocupa el Capítulo cuarto, corre a cargo de la que suscribe y versa sobre la incidencia del interés público en el Derecho de familia, y, sobre todo, en algunos aspectos que surgen de los efectos de la ruptura matrimonial entre los que se encuentra la necesaria protección del menor, y su interés superior. Previamente hay que tener en cuenta que el interés público ha protegido la forma familiar matrimonial aunque precisamente ello ha originado otras formas familiares que han surgido de la evolución social. La legislación —autonómica primero y luego la de derecho común— han introducido conceptos novedosos enfocados a la regulación de cuestiones privadas producidas tras

la ruptura, tales como corresponsabilidad familiar, plan de parentalidad... La autonomía de la voluntad de los cónyuges en los acuerdos prenupciales va en aumento teniendo en cuenta que su validez queda limitada siempre que no sean contrarios a la Ley, la moral o el orden público. Tras la ruptura el legislador en su afán de protección del más débil, enfatiza no solo el interés del menor sino también la concesión de la pensión compensatoria, objeto de análisis riguroso por la Jurisprudencia del Supremo.

María OLAYA GODOY, Doctora en Derecho y abogada, aúna su visión doctrinal y práctica en el Capítulo quinto donde aborda el estudio de la regulación del «contrato de subrogación uterina: protección del bien público e interés privado». Dos aplicaciones clínicas de las técnicas de reproducción asistida son la donación de óvulos y embriones, y la subrogación uterina o maternidad de sustitución. Esta última prohibida expresamente por nuestro ordenamiento jurídico tanto por la ley de 1988 como por la de 2006, es más, si la madre gestante renunciase a su maternidad y el individuo o pareja comitente realizase la adopción del nacido se produciría un fraude de ley. Expone como últimamente ha proliferado el llamado turismo reproductivo como medio de «obtención» de hijos en países donde esta técnica es lícita surgiendo el problema a la hora de inscribir al nacido en España conforme a la legislación extranjera. Varias han sido las sentencias de diferentes instancias y los pronunciamientos de la Dirección General de los Registros y del Notariado que han derivado en el no reconocimiento de la decisión de una autoridad registral extranjera que atribuye la condición de padres al matrimonio que contrató la madre de alquiler. Se fundan en que tales decisiones son contrarias al orden público internacional español al resultar incompatible con normas que regulan aspectos esenciales de la filiación, inspiradas en los valores constitucionales de dignidad de la persona, respeto a su integridad moral y protección de la infancia. Aunque hay voces discrepantes que alegan que lo que se somete a la autoridad española no es la legalidad del contrato, sino el reconocimiento de una decisión extranjera válida y legal conforme a su normativa. La denegación de este reconocimiento solo podría producirse cuando se contraría el orden público entendido desde el interés superior del menor. Y es sabido que la tutela del interés del menor tiene características de orden público y debe ser observada necesariamente por los jueces y tribunales en cuanto les afecte.

El Capítulo sexto, tiene como objeto «La enseñanza privada y servicio público», analizado por el profesor de Derecho Eclesiástico de la Universidad de Zaragoza, Alejandro GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ. El servicio público surge por la necesidad de los poderes públicos de prestación de actividades de interés general. La enseñanza evoluciona paralelamente con el concepto de servicio público. Los poderes públicos desarrollan la legislación del ámbito educativo y además se reserva funciones que hacen que se considera a la enseñanza como servicio público. No obstante la delimitación surge cuando se hace referencia al ámbito de los Derechos Fundamentales reconocidos en nuestra Constitución, artículos 16 y 27, de acuerdo con los cuales el desarrollo de ciertos derechos y libertades no se agotan en la prestación administrativa, ya que el libre desarrollo de la persona no puede ser sustituido por los poderes públicos. La línea difusa aparece en los centros privados concertados, que reciben fondos públicos pero no son servicio público lo cual no significa que la Administración pueda arrogarse la facultad de injerencia en la actividad de estos centros. Recuerda que la finalidad del concierto es ayudar a los centros privados, a fin de que los padres puedan elegir la educación de sus hijos en base a su derecho fundamental de libertad de enseñanza.

Por último, el Capítulo séptimo, lo realiza María ROCA examinando «El Derecho público y Derecho privado en el ordenamiento canónico. Nuevas manifestaciones de un viejo problema». Propone la autora que tras la tendencia expansiva de control que tiene el poder, a fines del siglo XX y comienzos del presente se ha producido una huida del poder público hacia formas de Derecho privado. La autora manifiesta que en el ordenamiento de la Iglesia Católica hay una prevalencia del Derecho Público sobre el Privado, este sí existe. El adecuado equilibrio entre ambos es un modo de expresar el ejercicio de la *potestas sacra* como un servicio a los fieles y también para facilitar la asunción de responsabilidades de la comunidad eclesial (fieles individuales o asociados, pastores, laicos). Así las asociaciones públicas deben asumir su responsabilidad y atribuirse a cada individuo sus propias actuaciones. Su manifestación más concreta se produce en el ámbito penal donde debe garantizarse la protección de las víctimas o personas lesionadas, y garantizar la discrecionalidad del Ordinario y del Juez.

Tras esta esquemática visión y exposición de la obra, podemos señalar que resulta muy interesante el examen de las conexiones existentes entre Derecho Público y Derecho Privado, desde los diferentes ámbitos y perspectivas analizados por cada especialista en materias tan dispares consiguiéndose mostrar una panorámica general de conjunto muy útil, no solo desde el punto de vista dogmático, sino también poniendo de manifiesto los problemas reales que se presentan en la práctica.

Como se puede deducir, estamos ante una obra que no solo trata diferentes ramas de nuestro ordenamiento jurídico, sino que lo hace desde distintos puntos de vista. Obra que ha cubierto un vacío precisamente por los límites transfronterizos que trata, para lo cual se ha aunado el saber y el esfuerzo de expertos, investigadores consolidados en cada una de las materias tratadas donde se expone que los límites entre Derecho público y Derecho privado no es muy clara. La privatización de instituciones que hasta ahora se consideraban de orden público, como la intervención del poder público en la esfera privada hacen reflexionar al lector.

ORDUÑA MORENO, Francisco Javier-MARTÍNEZ VELENCOSO, Luz María, *La moderna configuración de la cláusula «rebus sic stantibus» (Tratamiento doctrinal y jurisprudencial de la figura)*, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2013, 342 pp.

por

CÉSAR HORNERO MÉNDEZ
Universidad Pablo de Olavide (Sevilla)

A poco que nos fijemos bien, los juristas teóricos o académicos hacemos, con nuestro análisis de las normas (y de su interpretación y aplicación a la realidad), historia del presente —o, si prefiere, como tributo al origen francés del término, historia del tiempo presente (*histoire du temps présent*)—. Como se sabe, este modelo historiográfico, cuyos antecedentes hay que localizarlos en la década de los setenta, formaría parte de la continua renovación producida en este campo, al menos desde el siglo XIX en adelante. Como señaló Julio ARÓSTEGUI, uno

de sus mejores estudiosos entre nosotros (*La historia vivida. Sobre la historia del presente*, Alianza Editorial, Madrid, 2004), junto con otros movimientos o propuestas historiográficas (la historia sociocultural, la microhistoria, la historia oral, la de la vida cotidiana o la de las relaciones de género, por citar algunos de los más conocidos), constituirían, todos ellos, la respuesta a los evidentes cambios producidos en la cultura, la mentalidad y la percepción histórica. En definitiva, nuevos modos de afrontar la realidad social, no solo la del pasado sino también —y he aquí la novedad— la del presente. Un tiempo presente que se hace así, a partir de su contemporaneidad, objeto del relato histórico y que necesariamente propicia la intersección entre este y otras disciplinas (el Derecho entre ellas) que se ocupan también de dicho tiempo. Por eso, como decimos, no nos parece exagerado afirmar que los juristas académicos ejercemos, en nuestros trabajos y en nuestros escritos, como historiadores del presente.

En unas ocasiones, esta percepción del jurista como historiador del tiempo presente puede ser más evidente, más palmaria, que en otras. Apremiar esta componente o dimensión histórica en *La moderna configuración de la cláusula «rebus sic stantibus»* (*Tratamiento doctrinal y jurisprudencial de la figura*) y en el tratamiento que otorgan sus autores a la cuestión es bastante sencillo. El Profesor (y ahora también Magistrado de la Sala primera del Tribunal Supremo) Francisco Javier ORDUÑA MORENO y la Profesora Luz María MARTÍNEZ VELENCOSO toman en consideración un mecanismo clásico —una *figura* como repite, un tanto insistentemente, el primero de ellos y se recoge en el subtítulo de la obra— del Derecho de contratos en España, pensado, como se sabe, para situaciones (patológicas) en las que pueden incurrir determinados contratos (duraderos o de tracto sucesivo), derivadas de unas concretas circunstancias (una excesiva y sobrevenida onerosidad de la prestación debida por uno de los contratantes). Así, en esta obra la cláusula «*rebus sic stantibus*» se analiza *históricamente*, no en el pasado, sino en un presente, marcado ineluctablemente por la crisis económica. Y es que cuando pase esta, la historia (contemporánea, si se quiere) de este mecanismo estará ya contada, entre otros, por el libro que reseñamos.

Pero igualmente por esta inevitable vinculación con la crisis, de *La moderna configuración de la cláusula «rebus sic stantibus»*... hay que afirmar que se trata también de un libro oportuno (que no oportunista). La crisis, ya se sabe (se ha convertido en un lugar común afirmarlo), está dando ocasión a muchas oportunidades. En este sentido, con modestia y en su exacta dimensión, puede afirmarse que la cláusula «*rebus sic stantibus*» está viviendo su enésima oportunidad. Cuando tengamos cierta perspectiva y distanciamiento, no solo temporal —hay que pedir excusa por valernos de esta vulgaridad historiográfica—, podrán analizarse con solvencia las repercusiones que sobre el Derecho en general está teniendo la crisis económica —esta crisis económica—. Como ya hemos señalado en otro lugar (*La giurisprudenza (al salvataggio) della crisi: Sentenza del Tribunale Supremo, 9 maggio 2013, sulle clausole abusive nei contratti di mutuo ipotecario con interesse variabile*, Anuario del Contratto 2013, diretto da Andrea D'ANGELO and Vincenzo ROPPO, G. GIAPPICHELLI, Editore, Torino, 2014; pp. 297-308), quizá será una buena ocasión de recuperar, para dicho análisis, la metodología y el modo de proceder con que algunos maestros italianos de principios del XX (VASSALLI o FERRARA), se ocuparon de la influencia de la Gran Guerra sobre el ordenamiento jurídico, un planteamiento original recordado de nuevo recientemente por Paolo GROSSI (véase *Propiedad: otras perspectivas*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2013, pp. 25-28). Y es que como era previsible, la influencia de la crisis ha sido —está siendo— bastante evidente

sobre nuestro Derecho positivo y singularmente sobre nuestro Derecho privado, especialmente a través de la promulgación de nuevas disposiciones, dirigidas a paliar las consecuencias directas e indirectas de esta (en este sentido, el Gobierno ha tratado de aliviar, por ejemplo, los efectos derivados del incumplimiento de los préstamos hipotecarios, con especial atención a los procedimientos de ejecución que conllevan la privación de la vivienda; en concreto, a este propósito responderían los sucesivos Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios, y Real Decreto-ley 27/2012, de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, normas ambas que habrían tenido su continuidad en la posterior Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social; y modificadas todas por el reciente Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social).

Pero la influencia de la crisis también está siendo especialmente acusada en la aplicación judicial del Derecho. Son numerosas las actuaciones de jueces y magistrados, de todos los niveles y de todos los órdenes jurisdiccionales, que vienen determinadas u originadas de manera mediata por la misma. Desahucios (principalmente, aunque no solo, por falta de pago de los préstamos hipotecarios), algunas prácticas bancarias abusivas, casos de corrupción, privatizaciones de servicios públicos u otras consecuencias jurídicas de los famosos «recortes», serían materias objeto de muchas actuaciones judiciales por toda la geografía española. Ello explica la extensión de una percepción social muy favorable de los jueces, vistos como último recurso, como último bastión frente a una crisis que todo lo arrasa. Una percepción muchas veces traducida en una dicotomía entre una ley insensible a los problemas sociales y un juez asequible a estos. Al igual que era previsible esa promulgación de normas contra los efectos de la crisis, a la que nos hemos referido, también lo era esta actuación de los jueces, que está resultando, conviene no engañarse, muchas veces relativamente eficaz. Y es que en muchos casos se trata de actuaciones más bien *justicieras*, despegadas peligrosamente de la ley, a la que, conviene no olvidarlo, se deben en primer lugar los jueces. En bastantes de estos procedimientos judiciales, pertinentemente jaleados por los medios, como sucede en tantas ocasiones, es más el ruido que las nueces (aunque hay, debe reseñarse, alguna notoria excepción, de bastante trascendencia, como la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo de 2013, sobre la aplicación en España, en el marco de un procedimiento de ejecución hipotecaria, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores).

Igualmente, en esta línea, puede afirmarse que hay una repercusión judicial de la crisis de *arte mayor*, en resoluciones destinadas a tener una mayor repercusión (por el órgano precisamente que las dicta). Esta influencia de la crisis económica en la jurisprudencia del Tribunal Supremo es muy evidente en alguna sentencia concreta —sería el caso de la conocida (y extensísima) sentencia del Pleno del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, sobre cláusulas abusivas en contratos de préstamo hipotecario con interés variable—, así como en grupos de asuntos que conllevan el uso de mecanismos especialmente adaptados a este tipo de situaciones extremas o extraordinarias: entre ellos, de forma destacada, se encontraría la cláusula «*rebus sic stantibus*». De esto justamente, de su uso actual, en el presente, es de lo que nos da cuenta este libro.

A pesar de que el libro viene motivado por la crisis y que tiene en esta su causa inmediata, los autores dejan claro, desde la introducción, su propósito de

que esta reformulación actual de la cláusula «*rebus sic stantibus*» que proponen busca procurar la eficacia y la operatividad de esta, más allá del contexto o de los escenarios de la crisis. Es indudable que la situación económica en la que nos hallamos inmersos está ocasionando graves problemas con relación al cumplimiento de los contratos. Es en este ambiente, en el que la cláusula (o sus equivalentes en otros países) aparece como un mecanismo precioso en manos de los contratantes, no apto, como bien señalan los autores, para rectificar «malos negocios», o para subsanar errores comerciales o financieros, sino para corregir, en la medida en que sea posible, un desequilibrio contractual cuyo hecho desencadenante sea extraordinario, imprevisto o insuperable. Es obvio que la grave y sostenida crisis que vivimos desde hace varios años ha producido hechos de estas características con evidentes repercusiones en el cumplimiento de muchos contratos. A pesar de esta vinculación de la cláusula «*rebus...*» a la crisis, la tesis de los autores, como decimos, es la de plantear que esta (con independencia de que la crisis haya supuesto su redescubrimiento y su potenciación) tiene su propia entidad y operatividad (en este sentido, MARTÍNEZ VELENCOSO recoge el planteamiento de SÁNCHEZ GONZÁLEZ y COSSÍO MARTÍNEZ, cuando reconocían y destacaban las posibilidades «reales» de esta cláusula más allá «de las grandes crisis económicas que lleven consigo devaluaciones monetarias» y su entendimiento como «condición implícita en todo contrato»). Sin duda, esta consideración de la cláusula «*rebus...*», más allá de la crisis económica, como sucede ahora, o de otras circunstancias generales extraordinarias, es lo que nos parece más interesante y aprovechable de esta monografía (con independencia de compartir o no sus conclusiones finales a este respecto).

La composición del libro que parece clara, deviene y resulta finalmente (por su último capítulo) algo extraña. Es una obra de dos autores, que consta de cinco capítulos, los cuatro primeros de la Profesora MARTÍNEZ VELENCOSO y el último del Profesor (y Magistrado) ORDUNA MORENO, en el que quedan cada uno de estos perfectamente atribuidos (cosas de la ANECA y de los sexenios hay que pensar) y, esto es lo malo, un tanto superpuesto y reiterativo este último capítulo respecto de los anteriores (aunque ello no desmerece el nivel más que notable que alcanza el texto en su conjunto).

Una de las características generales de la obra (al menos de los cuatro primeros capítulos) es la importancia que se concede al Derecho comparado. En este sentido, puede afirmarse que se trata de un libro de Derecho comparado, de *buen* Derecho comparado. Este se encuentra presente a lo largo de todo la obra, si bien el capítulo I está dedicado expresamente a exponer las soluciones que al problema en cuestión —los efectos que opera sobre el contrato una excesiva (y no prevista) onerosidad sobrevenida y cómo pueden restañarse— ofrecen distintos ordenamientos y aquellos que denomina «textos internacionales». El recorrido es realmente interesante y completo: la «*Geschäftsgrundlage*» en el Derecho alemán (elaborada por la doctrina —Oertmann y Larenz, principalmente— y finalmente acogida en el § 313 BGB tras la reforma de su Derecho de obligaciones en 2002), la «*eccessiva onerosità sopravvenuta*» de los artículos 1467 y sigs. del Codice civile italiano, los artículos 6:258 y 6:260 del Código Civil holandés de 1992, su tratamiento jurisprudencial en el Derecho suizo, la «*frustration of contract*» en el Derecho anglosajón y la «*commercial impracticability*» en el americano, su plasmación en diversos Códigos civiles iberoamericanos (a partir de la segunda mitad del siglo XX), para concluir con su tratamiento en los Principios UNIDROIT, en los PECL, en el DCFR y por último en el Reglamento sobre Compraventa Europea (CESL).

Los siguientes capítulos (II a IV) están dedicados al tratamiento que la cuestión recibe en el Derecho español, esto es, la cláusula «*rebus...*». El recorrido que propone la autora es bastante lógico y completo (y por tanto inobjetable): primero se aborda el fundamento de este mecanismo (en su opinión, a compartir, la buena fe *ex art. 1258 CC*); a continuación los presupuestos que han de concurrir para su aplicación (capítulo II), para centrarse con extensión en el principal de estos: la excesiva onerosidad sobrevenida (tratada de modo específico y extenso en el capítulo III), finalizando con las consecuencias o efectos de su apreciación (capítulo IV). En todos los capítulos (en especial en el II y en el III) hay un despliegue importante, como ya se ha apuntado, de Derecho comparado, siempre al hilo de problemas y soluciones concretos. Y en todos ellos hay también una referencia constante y abundante a la jurisprudencia, especialmente importante en un mecanismo que no deja de ser en España una creación judicial.

Justamente, esta abundancia de referencias jurisprudenciales —que se recogen finalmente además en un útil índice analítico— es lo que hace, si cabe, más extravagante (por reiterativo) el último capítulo del libro, el V. Su contenido, en buena medida, repite bastante de lo desarrollado amplia y detalladamente en los cuatro primeros capítulos. Con todo, lo más interesante es la lectura actualizada de la cláusula «*rebus...*» que ofrece el autor. En su opinión, esta se encontraría en trance de perder su carácter excepcional y restrictivo, en cuanto a su aplicación, por haberse considerado siempre peligrosa para la seguridad de los contratos, para el *pacta sunt servanda*. Aunque no sabemos muy bien que quiere decir con eso de una «regulación progresiva», es evidente y destacable que ha sido objeto ya de reconocimiento expreso —no estrictamente la cláusula sino sus equivalentes— en varios ordenamientos (incluido el Anteproyecto español de Modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos de 2009). En definitiva, plantea una *normalización* de la figura, aplicable no como algo extraordinario y subsidiario y a incluir, como uno más, entre el catálogo de remedios con los que resolver las patologías contractuales (concretamente la de la excesiva onerosidad sobrevenida del contrato). El empeño del autor parece ser desligar a toda costa la cláusula de las circunstancias excepcionales en la que la misma se desenvuelve habitualmente, insistiendo en que la *normal* aplicación de la figura no debe tener más obstáculos que los presupuestos y requisitos específicos que le resulten exigibles. Esta apreciación, sin embargo, se nos antoja un tanto confusa, pues parece equiparar el requisito de la onerosidad sobrevenida, que tiene de suyo un carácter excepcional en el desenvolvimiento del contrato duradero, con el hecho de que esto ocurra coincidiendo con un ambiente o unas circunstancias excepcionales (crisis económica, guerra, etc.). Dicho de otro modo: la cláusula «*rebus...*» se aplicará siempre que se den circunstancias excepcionales o extraordinarias que hagan del contrato algo excesivamente gravoso para una de sus partes, con independencia de que ello coincida o no con unas circunstancias generales o ambientales que propicien o expliquen dicha situación (cfr. art. 1213 Anteproyecto de Modernización de 2009). Esto, que la cláusula puede operar con independencia de que se den o no estas circunstancias históricas concretas, es lo que nos parece que quiere decir ORDUÑA, aunque, como pensamos, no quede del todo claro.

Cuando pase la actual crisis económica, con seguridad, la percepción de la cláusula «*rebus...*» y de su posible aplicación a los contratos de tracto sucesivo no será la misma que se conocía antes de que ingresáramos en ella. Y es que son muchas las cosas que esta crisis ha cambiado y que todavía va a cambiar.

Su uso abundante, como revela la numerosa jurisprudencia que está generando y los muchos estudios que al hilo de esta se publican, como el libro del que nos hemos ocupado, contribuirán sin duda a que esta evolución se produzca. De lo que no estamos tan seguros es que la cláusula «*rebus...*» resultante de este proceso quede *normalizada* y pierda su carácter excepcional, algo que en algún momento parece preconizarse en esta monografía.

ESTRUCH ESTRUCH, Jesús. *La responsabilidad civil del Registrador*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2014.

por

MANUEL JESÚS MARÍN LÓPEZ
Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Castilla-La Mancha

Tras unos años en los que el prof. Jesús ESTRUCH ESTRUCH ha centrado su investigación básicamente en cuestiones relacionadas con la compraventa de vivienda (*Las garantías de las cantidades anticipadas en la compra de vivienda en construcción*, Civitas, 2009; *Las responsabilidades en la construcción: regímenes jurídicos y jurisprudencia*, Civitas, 2011), el Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Valencia ha publicado en el año 2014 el libro titulado *La responsabilidad civil del Registrador*, editado por el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.

Como el propio autor destaca, a pesar de la importancia de la regulación de la responsabilidad civil del Registrador y de su dilatada vigencia temporal, es esta la primera obra que de manera monográfica se ocupa de esta materia. Este simple dato la convierte en una obra imprescindible.

El libro, que se divide en doce capítulos, analiza la responsabilidad civil del Registrador, y lo hace partiendo de su doble condición de funcionario público y profesional del Derecho (art. 274 LH y Preámbulo del RD 483/1997, de 14 de abril, que aprueba los Estatutos del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España), circunstancia esta que va a influir decisivamente en el régimen de la responsabilidad civil de estos profesionales.

En el primer capítulo se examina la regulación normativa de la responsabilidad civil del Registrador. Destaca el autor el hecho de que desde la publicación de la Ley Hipotecaria en 1861 existe un grupo de preceptos dedicados a regular la responsabilidad civil del Registrador. En la actualidad, son los artículos 296 a 312 LH los que se ocupan de esta cuestión. Por lo tanto, el legislador, desde los orígenes de la Ley Hipotecaria, ha contemplado la responsabilidad civil del Registrador como un tipo especial de responsabilidad, a la que le es de aplicación una normativa específica. De igual modo, en este primer capítulo se analiza la consideración del Registrador como funcionario público y, al tiempo, profesional del Derecho, esto es, como profesional que ejerce privadamente funciones públicas, lo que va a conllevar, en principio, la responsabilidad extracontractual y personal del Registrador por los daños que se generen por su indebido actuar profesional y no la responsabilidad de la Administración Pública por el funcionamiento normal o anormal del servicio público que constituye el Registro.

Los capítulos segundo y tercero versan sobre los fundamentos normativos y los presupuestos de la responsabilidad civil del Registrador. Aunque la Sección 1.^a del Título XII de la Ley Hipotecaria se refiere a la responsabilidad civil del Registrador, y aunque los preceptos integrantes de la misma deben ser considerados como el fundamento básico de la responsabilidad civil de estos profesionales, lo cierto es que no todos los supuestos en los que el Registrador puede incurrir en responsabilidad civil están contemplados en estas normas. De hecho, la propia Ley Hipotecaria establece la responsabilidad civil del Registrador en preceptos no contenidos en el título relativo a la responsabilidad del Registrador (por ejemplo, el art. 222 LH referido a la emisión de notas simples informativas), al igual que hace el Reglamento hipotecario [cfr. art. 354 a) RH]. Además, como afirma el autor, las situaciones en las que el Registrador puede incurrir en responsabilidad civil no pueden concretarse taxativamente. Por ello, en estos capítulos se concluye que, al margen de la regulación contenida en la normativa hipotecaria, para resolver los supuestos generadores de responsabilidad civil del Registrador será preciso tomar en consideración, además, las reglas generales reguladoras de la responsabilidad civil extracontractual. En consecuencia, para que la responsabilidad civil del Registrador nazca será necesario que concurren los elementos requeridos por nuestro sistema general de responsabilidad extracontractual: conducta profesional negligente, producción de un daño efectivo, necesaria relación de causalidad y, finalmente, la imputación objetiva del daño a la conducta del Registrador. El capítulo tercero, con abundante material jurisprudencial, se dedica a analizar cada requisito desde la perspectiva de la labor profesional del Registrador, considerando la responsabilidad del mismo como un supuesto de responsabilidad subjetiva o por culpa, analizando la relevancia que tiene en la determinación de la responsabilidad el cumplimiento de la normativa legal y reglamentaria que regula la actuación profesional del Registrador y estudiando los supuestos en los que la jurisprudencia ha considerado que los daños producidos no son imputables objetivamente a la conducta del Registrador.

En el capítulo cuatro se analiza la responsabilidad civil del Registrador por hecho propio vinculado a actuaciones de otras personas. En este sentido, se estudia la responsabilidad civil del Registrador en el caso de cotitularidad del Registro, responsabilidad que se defiende como personal y propia de cada Registrador por sus actuaciones particulares pero que, en ocasiones, podría ser solidaria entre los cotitulares del Registro (art. 18 VII LH). También se examina en este capítulo la responsabilidad civil del Registrador en los casos de aplicación del cuadro de sustituciones frente a una calificación negativa, supuesto en el que el Registrador sustituto realizará una calificación limitada en su ámbito material pero de la que podrá derivarse responsabilidad, aunque igualmente limitada a ese ámbito de calificación. Incluso, como señala el autor, en algún supuesto podría producirse una responsabilidad civil concurrente entre el Registrador sustituido y el sustituto.

El capítulo quinto trata de los supuestos de responsabilidad civil del Registrador por hecho ajeno. En este ámbito se manifiesta de manera muy acusada el carácter de profesional del Derecho del Registrador. El Registrador ostenta la titularidad y dirección del Registro; organiza el Registro y determina las funciones que debe desplegar cada empleado; ejerce la única función directiva en el Registro; contrata a los empleados que necesite para llevar a cabo las funciones que tiene encomendadas. Por lo tanto, en el libro se defiende que el Registrador actúa como un empresario o profesional y deberá responder civilmente de los daños y perjuicios que causen sus empleados en el ejercicio de las funciones o trabajos que les hubiera encomendado. De igual modo, se defiende también la

responsabilidad del Registrador por los daños y perjuicios que pueda producir la actuación culposa o negligente de su sustituto.

En el capítulo sexto del libro se analizan diversos grupos de casos en los que podría generarse responsabilidad civil del Registrador. Respecto de cada grupo de casos el autor recopila algunas de las resoluciones judiciales que se han referido a cada supuesto. Así, se estudian los supuestos de falta de práctica de la inscripción o del asiento de presentación, práctica indebida del asiento de presentación, insuficiencia o error en el contenido del asiento de presentación, calificación defectuosa de los documentos, falta de inscripción de elementos contenidos en el título con trascendencia real, falta de inscripción de prohibiciones o limitaciones para disponer, existencia de una doble inmatriculación por la conducta negligente del Registrador, errores o inexactitudes en el contenido de la inscripción, rectificación de los asientos registrales, omisión del asiento de alguna nota marginal, cancelación indebida de algún asiento, expedición de notas simples informativas o certificaciones con errores u omisiones, prestación de información continuada errónea o inexacta e información errónea en las solicitudes pedidas por los Notarios *ex* artículo 354 a) LH, incumplimiento de obligaciones del Registrador, o supuestos relacionados con la obligación del Registrador de asesorar, informar y emitir dictámenes. En relación con esta última hipótesis, defiende el autor la posible generación de responsabilidad civil del Registrador, aunque el incumplimiento o cumplimiento defectuoso de la obligación de informar o asesorar no esté contenido en el artículo 296 LH como un supuesto de posible responsabilidad civil del Registrador, y aunque la prestación de esta información o asesoramiento se realice sin percibir del solicitante ninguna remuneración por este concepto.

El capítulo séptimo se refiere a la indemnización de los daños y perjuicios producidos por la actuación del Registrador. A pesar de la existencia de una norma específica (art. 300 LH) que puede producir y ha producido alguna confusión, el autor defiende la aplicación de los principios generales de la responsabilidad extracontractual para el establecimiento de la cuantía de la indemnización y, por lo tanto, la aplicación del principio de reparación integral del daño causado mediante culpa o negligencia. En este sentido, se defiende que el artículo 300 LH no puede interpretarse en el sentido de que el Registrador únicamente deberá indemnizar los daños cuando se produzca la pérdida de un derecho real, la acción para reclamarlo o la hipoteca que asegure una obligación, sino que, por el contrario, el Registrador deberá responder de todos los daños y perjuicios que se generen debido a su conducta profesionalmente negligente, con independencia de los resultados en los que se concreten dichos daños (por ejemplo, pérdida de la preferencia en el cobro de un crédito por haber cancelado indebidamente un embargo). De igual modo, se defiende en el libro que del artículo 300 LH no puede desprenderse ninguna limitación del quantum indemnizatorio, por lo que si se demuestra que la actuación negligente o culposa del Registrador no solo ha producido la pérdida de un derecho real sino, además, ha generado un lucro cesante, el importe de la indemnización deberá comprender todos los daños y perjuicios ocasionados y no únicamente el importe del derecho real perdido, como podría entenderse si se realizara una lectura acrítica del precepto. Incluso se defiende la posibilidad de exigir la indemnización por los daños morales producidos (siempre en la estricta consideración que deben tener los mismos, vinculados al padecimiento psicológico o anímico de la persona, a la zozobra, a la angustia, etc.) si, en algún caso, la conducta del Registrador los ha ocasionado efectivamente.

El capítulo octavo analiza la situación que se produce cuando, como es lo normal, existen personas beneficiadas por la conducta negligente del Registrador. Pese al establecimiento con carácter general en el artículo 301 LH de la responsabilidad solidaria entre el tercero que quede libre de alguna carga o limitación inscritas con el Registrador que por su error, malicia o negligencia haya producido dicha liberación, el autor defiende que, en ocasiones, el tercero no deberá responder solidariamente del pago de la totalidad de los daños y perjuicios producidos por el indebido actuar profesional del Registrador. Y es que, como indica el autor, el fundamento de la reclamación del perjudicado contra el tercero no puede ser la responsabilidad extracontractual, pues el tercero, por definición, no ha participado en la actuación culposa o negligente productora de los daños. El fundamento de la responsabilidad del tercero radica en el enriquecimiento injusto o sin causa producido por el error, malicia o negligencia del Registrador, por lo que únicamente debería responder de aquellos daños y perjuicios que hayan producido un empobrecimiento al perjudicado y, correlativamente, hayan provocado un enriquecimiento al tercero, pero no debería responder de otros daños (como el lucro cesante o daño moral producido al perjudicado). En consecuencia, se defiende que el límite de la responsabilidad exigible al tercero debería ser el beneficio o ventaja patrimonial que este hubiera obtenido por la conducta negligente del Registrador, debiendo ser únicamente este último el que responda del resto de daños y perjuicios producidos al perjudicado. En consecuencia, se defiende en el libro que aunque el perjudicado podrá dirigirse contra el Registrador que hubiera actuado negligentemente exigiéndole la totalidad de los daños y perjuicios producidos, sin embargo, si la reclamación se dirige contra el tercero beneficiado, la misma debería limitarse al importe del beneficio obtenido por este. De igual modo, se defiende que la reclamación que, en vía de regreso, el Registrador (o su compañía aseguradora) puede ejercitar frente al tercero beneficiado por su actuación no podrá comprender la totalidad de lo pagado por el Registrador al perjudicado, sino que deberá limitarse a la cuantía en la que la indebida actuación del Registrador hubiera incrementado el patrimonio del tercero, si es que esta cuantía no coincide con la totalidad de los daños y perjuicios producidos y abonados por el Registrador al perjudicado.

En el capítulo noveno se estudian los plazos para el ejercicio de la acción de responsabilidad civil contra el Registrador establecidos en el artículo 301 LH. Así, se estudia tanto el plazo de prescripción anual como el plazo máximo de quince años de duración de la acción a contar desde que se realizó la conducta profesional inadecuada, plazo este último que empezará a computarse aunque el perjudicado desconozca los daños y perjuicios y, en consecuencia, aunque todavía no haya empezado a prescribir la acción de responsabilidad civil, por lo que será posible que el perjudicado no pueda interponer la acción si es que conoce los daños una vez transcurrido el plazo máximo de quince años desde la conducta productora de los mismos. Respecto del plazo de prescripción se analiza el *dies a quo* del mismo, que se fija en el momento en que el perjudicado conoció con la debida precisión los daños ciertos y efectivos que le ocasionó la conducta profesionalmente indebida del Registrador. También se estudia la posible interrupción de este plazo de prescripción por la reclamación realizada por el perjudicado frente al beneficiado por la actuación indebida del Registrador, y ello debido a la responsabilidad solidaria legalmente establecida entre el Registrador y el beneficiado frente al perjudicado. El autor entiende que esta responsabilidad solidaria no se producirá únicamente en aquellos casos a los que literalmente se refiere el artículo 301 LH, que se refiere a los supuestos en los que el tercero «*quede*

libre de alguna carga o limitación inscritas», sino que la adecuada interpretación del artículo 301 LH debe conducir a afirmar que la responsabilidad solidaria se producirá en todos los supuestos en los que debido a la conducta indebida del Registrador resulte un tercero beneficiado por su actuación y no solo a los de liberación de una carga o limitación inscritas (por ejemplo, porque ni tan siquiera llegó a inscribirse la carga o limitación en el Registro). En consecuencia, en todos los supuestos en los que exista un tercero beneficiado por la actuación indebida del Registrador existirá legalmente una responsabilidad solidaria y no únicamente una responsabilidad *in solidum* a los efectos del artículo 1974 del Código Civil y su discutida interpretación jurisprudencial respecto de la interrupción de la prescripción.

El capítulo décimo analiza las cuestiones procesales relativas a la exigencia de responsabilidad civil del Registrador. Se estudia el tribunal territorialmente competente para conocer de la demanda, que es aquel al que corresponda el Registro en que se haya cometido la falta. Señala el autor que este criterio de competencia territorial debe tener carácter imperativo, con las consecuencias que ello produce en punto al examen de oficio de la competencia y a la sumisión de las partes. Se defiende también que, igualmente, ese debe ser el tribunal territorialmente competente cuando el perjudicado dirija conjuntamente su demanda contra el Registrador y el tercero beneficiado por la actuación negligente o culposa de aquel. Por el contrario, se defiende en el libro que, aunque el perjudicado pueda dirigir su acción conjuntamente contra el Registrador y el tercero beneficiado por la actuación de este, si el perjudicado demanda únicamente al Registrador, este no podrá solicitar la intervención provocada del tercero beneficiado, debiendo esperar al resultado del proceso para, en su caso, poder reclamarle al tercero beneficiado aquello en lo que se enriqueció.

En el capítulo undécimo se analiza la normativa reguladora del Servicio de Responsabilidad Civil del Colegio Nacional de Registradores, estudiando el procedimiento por el que el Servicio, en su caso, podrá hacer efectivo al perjudicado el pago de la correspondiente indemnización por los daños y perjuicios que hubiera ocasionado la conducta indebida de un Registrador en el ejercicio profesional de sus funciones.

El libro finaliza con el capítulo duodécimo, en el que se analiza la posible responsabilidad patrimonial de la Administración por el funcionamiento de los Registros. El autor defiende que la responsabilidad civil del Registrador es un tipo especial de responsabilidad que se produce en el ejercicio privado de unas funciones públicas y que el carácter meramente formal de funcionario público del Registrador no debe determinar la aplicación de la normativa reguladora de la responsabilidad de las Administraciones Públicas en aquellos supuestos en los que por la culpa o negligencia del Registrador se hubieran producido daños.

El autor defiende que el legislador ha establecido un régimen especial de responsabilidad civil del Registrador que determina la responsabilidad directa y única de este por los daños producidos por error o negligencia en el ejercicio profesional de sus funciones públicas y que excluye, por tanto, la responsabilidad directa o subsidiaria de la Administración Pública.

Este sistema de responsabilidad personal y única del Registrador es coherente con el sistema retributivo establecido por la legislación para fijar la remuneración del Registrador; con la contratación directa por el Registrador de sus trabajadores y la dotación a su costa de la oficina del Registro; con la organización y dirección personal por el Registrador de la oficina del Registro; con el sistema de fianzas y depósitos establecidos en la Ley Hipotecaria para garantizar la solvencia del

Registrador; o con la imposibilidad del Registrador de solicitar instrucciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado para resolver cualquier duda que tenga en su actividad profesional.

Por lo tanto, en el texto se defiende que la responsabilidad del Registrador, aunque ejercite profesionalmente funciones públicas y aunque el Registro sea un servicio público, debe someterse al régimen específico regulado de modo expreso y diferenciado por el legislador y que, con carácter general, excluye la responsabilidad directa o subsidiaria de la Administración Pública por los daños producidos por el Registrador en el ejercicio de su actuación profesional, al igual que tampoco debe plantearse que la Administración Pública responda por los daños y perjuicios producidos por la actuación profesional de un Notario (que también es funcionario) en el ejercicio profesional de sus funciones públicas.

Sin embargo, aunque la responsabilidad del Registrador por los daños y perjuicios producidos por su indebida actuación profesional debe ser una responsabilidad personal, directa y única, el autor entiende que, en aquellos supuestos en los que es evidente la ausencia de responsabilidad civil del Registrador y, pese a ello, se hubiera producido un daño (antijurídico) a una persona que no tenía la obligación de soportarlo, debería establecerse la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública para proteger a las personas que, confiando en el sistema registral y cumpliendo los requisitos exigidos por el legislador, sufren, sin embargo, un daño patrimonial derivado, no de la conducta profesionalmente inadecuada del Registrador, sino de la propia mecánica registral o del propio diseño legislativo del sistema registral español y de sus efectos jurídicos. En estos casos debería producirse la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, que es la que configura, regula y organiza el servicio público del Registro y la que establece los efectos que produce la inscripción registral (por ejemplo, las adquisiciones a *non domino*, incluso aunque el título inscrito fuera falso).

No obstante la opinión mantenida en el libro, el autor advierte de que la STS (Sala de lo Contencioso Administrativo) de 22 de marzo de 1995, desconociendo la existencia de este régimen específico de responsabilidad civil del Registrador, entró a estudiar la actuación profesional del mismo para comprobar si fue negligente o no, señalando que la actuación profesional del Registrador en el ejercicio de sus funciones calificadoras puede dar lugar a la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas. Curiosamente, hace notar el autor, esta sentencia, que comprobó la actuación correcta del Registrador, entendió, además, que no existía responsabilidad patrimonial de la Administración pese a que en el caso concreto había accedido al Registro de la Propiedad un título falso y debido a la aplicación del concreto sistema registral español diseñado por nuestro legislador, el verdadero propietario, con su título debidamente inscrito con anterioridad y que confió en la protección dispensada por el Registro, finalmente perdió la finca.

El libro finaliza con el análisis de diversos dictámenes del Consejo de Estado sobre la posible responsabilidad patrimonial de la Administración respecto de los daños producidos por una actuación profesionalmente incorrecta del Registrador. Se señala que hasta la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 22 de marzo de 1995, el Consejo de Estado, de modo constante y uniforme, entendía que la responsabilidad por la actuación indebida de los Registradores estaba sometida a un régimen específico de responsabilidad y que, por lo tanto, el perjudicado debía reclamar directamente al Registrador en vía civil sin poder exigir

responsabilidad de ningún tipo (ni directa ni subsidiaria) de la Administración. Tras la sentencia referida, sin embargo, el Consejo de Estado empezó a variar su posición, llegando a mantener posiciones contradictorias. Así, aunque siguen existiendo dictámenes que de manera diáfana y clara continúan manteniendo la responsabilidad exclusiva y personal del Registrador cuando su indebida actuación hubiera ocasionado daños, excluyendo expresamente la responsabilidad de las Administraciones Públicas, hay otros que, de una manera más o menos matizada y confusa, defienden una posible responsabilidad de la Administración en algunos casos.

El libro que se presenta es un libro excelente. Su estructura es acertada, dividiendo el estudio en los doce apartados ya analizados. Cualquiera que se acerque a esta obra buscando el tratamiento de una concreta cuestión podrá localizar fácilmente en el índice el lugar en el que encontrar la solución. Como toda buena obra, el autor no se limita a exponer el régimen jurídico de forma aséptica, sino que se adentra en las dificultades interpretativas, en los problemas reales que se plantean en la práctica diaria, para ofrecer una respuesta propia, razonada y argumentada. Para ello toma en consideración, no solo las opiniones de la doctrina, sino también las sentencias de los tribunales. De este modo el lector tendrá una visión completa de cada uno de los temas que en el libro se abordan.