

MÉNDEZ SERRANO, MARÍA DEL MAR: *El contrato de arrendamiento urbano y su protección registra!*. Tesis Doctoral. Editado por el Centro de Estudios Registrales del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Madrid, 2000. Un tomo de 358 págs.

Tanto la posesión como el arrendamiento han chirriado cuando se ha tratado de justificar su entrada en el Registro de la Propiedad. El primero porque no es un derecho y el segundo porque no es un derecho real. Pero ya sabemos que ambas figuras acabaron encontrando acomodo en los libros hipotecarios porque, en definitiva, daban lugar a situaciones con repercusiones mayores o menores al dominio y esa era la explicación.

Pero dejemos la posesión, que ahora no nos interesa, y vamos a centrarnos en el arrendamiento, que es el tema que enfoca la autora de esta Tesis Doctoral, MARÍA DEL CARMEN MÉNDEZ SERRANO, profesora de Derecho Civil en la Universidad de Granada. En su obra aborda de modo extenso y muy completo toda la problemática del arrendamiento con el Registro, con especial atención a la protección que la publicidad le proporciona.

Desde la primitiva Ley Hipotecaria de 1861 se admitió la posibilidad de inscribir el arrendamiento bajo el razonamiento de que si bien se trataba de una relación obligacional, adquiriría carácter real por el solo hecho de entrar en el Registro. El argumento era realmente endeble, y ya por entonces suscitó grandes críticas, pero lo cierto es que su inscripción se ha mantenido, aunque se le impusieran condiciones especiales; ha sido después cuando las sucesivas leyes otorgaron a la relación locataria una situación de cuasi permanencia que le ha conferido un carácter de gravamen estable que viene a justificar su situación jurídica, más real que obligacional.

En la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994 se reformó el número 5.º del artículo 2 de la Ley Hipotecaria, y a partir de entonces los arrendamientos de bienes inmuebles pueden ser inscritos sin cumplir ningún requisito especial, aunque eso no quiera decir que se les califique como verdadero derecho de naturaleza real, sino que, simplemente, se acepta su inscripción, pero sin pronunciamientos sobre su naturaleza jurídica, aunque se deriven consecuencias especiales de la inscripción.

La tesis que comentamos trata la cuestión en cuatro apartados, estudiando en el primero la estabilidad de la relación arrendaticia, enfocándola desde la cuestión preliminar de la distinción entre los derechos reales y los personales, no siempre neta y que últimamente ha derivado hacia una ruptura de esa pretendida división a base de figuras intermedias, a veces un tanto forzadas, de las teorías obligacionistas de los derechos reales a las realistas de las obligaciones; las que, a los efectos que aquí interesan, mantienen que mejor es hablar simplemente de derechos registrables y no registrables. La autora entiende que la distinción entre derechos reales y personales no debe implicar la existencia de compartimentos estancos, ya que unos y otros derechos sub-

jetivos forman una escala gradual separada por una zona intermedia y cuyas características no responden con exactitud a ninguno de los paradigmas que representan. Por ello, nos dice, al trazar la evolución histórica del arrendamiento lo que pretende es descubrir en qué momento y por qué motivo surge la necesidad de dotar a esta institución de cierta estabilidad, analizando desde el *ager vectigalis* de Roma, pasando por la *locado ad longum tempus* medieval, hasta el intervencionismo de las épocas modernas reflejado en las diversas leyes especiales de arrendamientos, hasta la última, por ahora, de 24 de noviembre de 1994, que parece suponer un nuevo equilibrio.

En el apartado segundo, el libro trata en extenso la discutida cuestión de la naturaleza jurídica del derecho arrendaticio. Se estudian las conocidas posiciones doctrinales y jurisprudenciales, empezando por quienes lo consideran un derecho real, no sólo por su parecido con el usufructo, sino porque reúne los caracteres de inmediatividad, permanencia y absolutividad. Los que opinan que es un derecho personal, le niegan la nota de inmediatividad, ya que en el disfrute hay una intervención del arrendador y tampoco hay oponibilidad *erga omnes*. Queda la posición ecléctica de considerar reales los derechos personales si se inscriben, y por ello entienden que el arrendamiento varía de naturaleza, según esté o no inscrito. La autora concluye que el arrendamiento es en la práctica un derecho hipotecariamente real, que no debería serlo; dice que la prórroga forzosa y la inscripción son medidas que sobrepasan con sus ventajas el alcance de la estabilidad y cree que, en vez un asiento de inscripción, la anotación preventiva sería la solución más adecuada. Sin embargo, como ella misma reconoce, la duración limitada de este asiento no deja de ser un inconveniente para acudir a esta solución.

En el apartado tercero se estudia la continuidad de la relación arrendaticia, que tiene sus manifestaciones en la prórroga forzosa y en los efectos de la inscripción. La autora nos señala que en nuestras leyes se exageró la protección del arrendatario al concederle unas prórrogas que convertían el contrato en ilimitado y más parecido a la enfiteusis; esto ha motivado el giro del artículo 90 de la nueva Ley de 1994, que ya viene a tratar el tema de modo distinto y que limita la duración del contrato, volviendo a la temporalidad.

En el mismo capítulo se entra ya en el tema central de la tesis, que es la inscripción del arrendamiento urbano y de su régimen registral. Para ello la autora entra antes en la consideración de los principios hipotecarios de prioridad y oponibilidad, que vienen a determinar los distintos tipos de eficacia que el asiento confiere a un derecho respecto a los demás; y hasta tiene la valentía de atreverse a terciar en la famosa controversia de si el tercero del artículo 32 de la Ley Hipotecaria es o no igual al del artículo 34, punto en el que monistas y dualistas se batían denodadamente el cobre. Hecho esto, estudia la prioridad registral que se pueda conceder al derecho arrendaticio, resultante de la combinación de los preceptos hipotecarios y los de la LAU, en una amplia exposición en la que profundiza exponiendo los diversos supuestos que se pueden presentar en la práctica. Es sabido que uno de los casos más conflictivos y que ha suscitado opiniones contrapuestas es la subsistencia o extinción de los arrendamientos como consecuencia de la ejecución de la hipoteca sobre la finca arrendada; aquí se enfrentan el principio de la limpieza de cargas posteriores a la hipoteca y el contrario de conservar el arrendamiento como derecho ajeno a los avatares obligacionales del deudor-arrendador. La jurisprudencia, tanto del Tribunal Supremo como del Constitucional, ha sido poco clara, y en más de una ocasión ha dictado soluciones contradic-

torias. La autora analiza las sentencias con todo detalle y considera que tras la entrada en vigor de la nueva LAU de 1994, el conflicto de intereses entre el acreedor o el ejecutante y el arrendatario se ha resuelto de modo más o menos equitativo.

La protección registral del arrendamiento se manifiesta aplicándole los efectos del principio de legitimación registral, basados en las presunciones del artículo 38 de la Ley Hipotecaria, y parece que incluso podrían aplicarse las ventajas procesales del artículo 41, ahora reguladas en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, aunque esto último no está tan claro. Y menos claro aún es el poder acudir a la protección que concede el artículo 34, pues los supuestos de aplicación al tercero en su sentido propio quizá no cuadren con el derecho arrendaticio.

El apartado cuarto y último del libro recoge varias cuestiones relacionadas con este derecho arrendaticio, empezando por el desarrollo realizado por el Real Decreto 297/1996, de 23 de febrero, para el acceso del arrendamiento al Registro de la Propiedad, que exige escritura pública, que es la regla general para todo acto inscribible; aunque la autora opina que eso puede suponer un obstáculo porque origina mayores gastos, pero a esto se puede oponer que la seguridad jurídica tiene un precio y bien merece lo que cueste.

Otro de los puntos que se estudian en este capítulo se refiere a los derechos de adquisición preferente que se otorgan por ley al arrendatario para el caso de enajenación de la finca locada, estudiando el tanteo y el retracto, en relación también con la legislación urbanística al tratarse del derecho de retorno.

El libro, bien editado y que constituye una tesis muy completa y elaborada, termina con una referencia a la protección de los arrendamientos urbanos especiales y abordando la posibilidad, ciertamente muy dudosa, de hipotecar el derecho arrendaticio, ya que éste no cabe en ninguno de los supuestos contemplados en los artículos 106 y 107 de la Ley Hipotecaria.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

CLEMENTE MEORO, MARIO: *El acreedor de dominio*. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia, 2000. Un tomo de 320 págs.

En la doctrina del Derecho Civil es un hábito muy extendido el afán de subrayar las diferencias existentes entre las relaciones jurídicas gobernadas por el Derecho de obligaciones y las reguladas por el Derecho de cosas. No raramente se deja en la sombra la interdependencia entre ambas clases de relaciones, y, más en particular, la amplia zona de obligaciones orientadas desde su génesis a la creación, modificación y extinción de relaciones jurídicas reales. En esta zona se sitúa el nuevo libro de MARIO CLEMENTE MEORO, Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Valencia, *El acreedor de dominio*.

Indica el autor en la *Introducción* que el derecho a recibir una cosa específica y determinada a efectos de hacerla propia es comúnmente calificado como un derecho personal, aunque no es infrecuente poner de manifiesto su carácter especial respecto de los demás derechos de crédito; acaso, añade, porque la ejecución de la prestación debida va a desembocar en la transmisión de un derecho real. Lo que explica que se hable de un «derecho a la cosa», un *ius ad rem*, al que, sin negar su naturaleza de derecho personal, se le asignan

atributos propios de los derechos reales. Precisa el autor que este derecho, que no implica «un poder directo e inmediato sobre una cosa», confiere un poder que permite a su titular dirigirse frente a otra persona (distinta del deudor) y reclamar de ella una acción, con cierta eficacia respecto de terceros. El titular de este derecho, que puede denominarse «acreedor de dominio», se encuentra ante un conjunto de posibilidades de actuación no sólo respecto de los demás acreedores y causahabientes de su deudor, sino también respecto de los deudores de su deudor por razón de la cosa debida y de quienes la poseen sin título. El estudio de estas posibilidades de actuación del acreedor de dominio es el tema de este nuevo libro de MARIO CLEMENTE.

La variedad de situaciones que son objeto de esta investigación se trata desde la perspectiva del Derecho español, aunque con frecuentes referencias de contraste al sistema de transmisión de la propiedad del Derecho italiano y del Derecho alemán.

Estamos, en mi opinión, ante una obra construida con sentido realista, apreciable en la atinada selección de la jurisprudencia aportada sobre cada una de las cuestiones tratadas, y en la que las opiniones del autor se van abriendo paso con rigor científico en el clima doctrinal que proporciona la amplia bibliografía utilizada.

Distribuida la obra en seis capítulos, se dedica el primero a precisar el significado que se atribuye a la expresión «acreedores de dominio» y a determinar los supuestos en que se puede apreciar la existencia de un derecho de «crédito de dominio». Esta expresión, según precisa el autor, «no se emplea sino para hacer referencia a aquellos sujetos que tienen derecho a recibir un bien en condiciones de hacerlo propio. Se trata, pues, de quien aún no es propietario pero tiene derecho de crédito de cuya satisfacción resultará la adquisición de la propiedad de un bien» (pág. 17).

Entre los supuestos de crédito de dominio señala como típico el generado por el contrato de compraventa, que es uno a los que sin duda hace referencia el artículo 609 del Código Civil como título para la transmisión del dominio. A su lado, han de considerarse como títulos de adquisición los contratos de permuta, dación en pago, renta vitalicia, transacción (cuando se alcance transmitiendo bienes) y sociedad (respecto de la aportación que se haga en propiedad cuando la sociedad sea regular), sin excluir en el elenco indicado otros supuestos a los que se ha referido la doctrina. Apunta la hipótesis de un acreedor de dominio a título gratuito si se admite la posibilidad de donación obligacional, lo que parece que se debe descartar si se entiende, con la opinión dominante, que tal posibilidad pugna con el efecto traslativo de la donación desde que se perfecciona. En el ámbito sucesorio no se registra, en principio, el supuesto de crédito de dominio, salvo el caso singular de legado de cosa ajena. Esta delimitación de supuestos es resultado de una argumentación definida sobre un firme punto de apoyo doctrinal. Concluye este primer capítulo con la referencia a la admisión del acreedor de dominio en otros ordenamientos que no responden al sistema de transmisión mediante título y modo de adquirir.

El capítulo II aborda las relaciones que pueden darse entre el acreedor de dominio, tal y como ha sido definido, y los demás acreedores de su deudor, con especial atención a tres ámbitos: los de quiebra y suspensión de pagos del deudor de dominio y el de embargo del bien debido.

Así, tras examinar la referencia a los acreedores de dominio contenida en los artículos 1.114 y 1.115 del Código de Comercio de 1829 y en el artícu-

lo 9.º-5 de la Ley de Suspensión de Pagos de 26 de julio de 1922, que aluden en realidad a los propietarios de bienes que se encuentran en poder del quebrado o del suspenso, se pondera detenidamente acerca de si puede el acreedor de dominio hacer valer su derecho a la cosa frente a los demás acreedores del quebrado, concluyendo que el acreedor de dominio ostenta un simple derecho de crédito y concurre en plano de igualdad a la liquidación del activo de su deudor, salvo en el supuesto de compraventa con pacto de reserva de dominio, en que cualquiera que sea la concepción de la reserva de dominio que se mantenga, la doctrina es pacífica a la hora de entender que el comprador no ha de verse afectado por la quiebra del vendedor.

A similares conclusiones se llega en punto a la suspensión de pagos, pues el acreedor de dominio no puede ejercitar la *separado ex iure dominii* ni la *separado ex iure crediti*, pero se ha mantenido que el comprador con reserva de dominio tiene derecho a consolidar su adquisición.

Y se plantea, en tercer lugar, que la cosa debida sirve para garantizar las deudas de su propietario —esto es, del deudor de dominio— y no las del acreedor, pero en algunos supuestos tanto la doctrina como la jurisprudencia han considerado que el comprador, *aun no siendo dueño*, puede ejercitar una tercería de dominio frente al embargo del bien trabado por los acreedores de su vendedor. Es el caso de la compraventa con reserva de dominio, en la que el comprador más que una expectativa tiene un derecho eventual, transmisible, de efecto retroactivo al cumplimiento de la condición, que le faculta para ejercitar las acciones que estime conducentes a conservarlo. Lo que no sucede en la compraventa sin reserva de dominio, en la que si el comprador sin título público ni posesión quiere evitar el embargo —o la disposición— del bien debido, ha de demandar el cumplimiento del contrato, o su elevación a escritura pública, y solicitar el secuestro del bien y, en su caso, la anotación preventiva del secuestro o de la demanda.

El capítulo III trata de las relaciones entre el acreedor de dominio y los deudores de su deudor por razón de la cosa debida, a lo que se refiere el artículo 1.186 del Código Civil.

El autor se propone determinar la concreta posición del acreedor de dominio respecto de los deudores de su deudor, para lo que es necesario explicar el mecanismo de atribución del *commodum representadonis*, lo que es tema de discusión en la doctrina. Se hace una revisión exhaustiva de las varias teorías propuestas para explicar la atribución al acreedor de los derechos y acciones que el deudor tenía por razón de la cosa debida, así como de las objeciones formuladas sobre cada una de ellas.

Para determinar el fundamento y la función del artículo 1.186 del Código Civil formula el autor las siguientes precisiones: 1) la atribución al acreedor de las acciones del deudor contra terceros por razón de la cosa debida es correlativa al riesgo que padece el acreedor por la pérdida de la cosa. Existiría, además, un enriquecimiento no justificado del deudor si no se atribuyera al acreedor esa posibilidad de accionar contra terceros, correspondiente de su prestación no compensada por la del deudor. Aunque esto no se puede afirmar con respecto a los casos en que no hay sinalagma (legado de cosa ajena, pérdida de la cosa por el mandatario, etc.). Por lo demás, la atribución de acciones al acreedor tiene sentido en el sistema de transmisión de la teoría del título y el modo, ya que en el sistema de transmisión consensual el riesgo de la pérdida, que es del propietario (*res perit domino*), el riesgo de pérdida corresponde por definición al acreedor; 2) es desigual la situación del acree-

dor según sufra o no el riesgo de pérdida de la cosa debida. En el primer caso, si quiere reducir o excluir los perjuicios que determinan la imposibilidad de la prestación, habrá de ejercitar las acciones que hayan podido nacer frente a terceros por razón de la pérdida; si el acreedor no sufre el riesgo de la pérdida, no será necesaria la colaboración del deudor para que el acreedor pueda ejercitar, si opta por ello, las acciones nacidas frente a terceros por razón de la pérdida de la cosa debida; 3) el acreedor actúa en interés propio, por lo que se debe descartar la idea de que representa al deudor en el ejercicio de las acciones; 4) si la obligación de dar la cosa debida se extingue por la pérdida (arts. 1.156, 1.182 y 1.186 del Código Civil) no cabe en rigor hablar de acción subrogatoria porque el artículo 1.111 del Código Civil presupone la existencia de un crédito correlativo a una deuda; 5) el artículo 1.186 del Código Civil, en su literalidad, parece evocar la hipótesis de un cambio de acreedor. Pero según el autor no hay subrogación (en el sentido de quedar modificada la relación obligatoria) con las consecuencias del artículo 1.212 del Código Civil, porque el nexo entre la prestación del deudor antes de la pérdida y la acción del acreedor frente a terceros ex artículo 1.186 del Código Civil, no se basa en la subsistencia de la relación obligatoria que implica la subrogación sino, por el contrario, presupone la extinción. Como consecuencia de estas y otras consideraciones, se puede concluir que el «*commodum*» corresponde a quien soporta el *incommodum*, que será el acreedor en las obligaciones unilaterales, y en las recíprocas cuando sea él quien sufra el *periculum obligationis*..., y será el deudor cuando a él corresponda el *periculum* y no prefiera el acreedor la atribución del *commodum*.

Tras las consideraciones anteriores define MARIO CLEMENTE SU posición acerca del expediente técnico por cuya virtud puede el acreedor de la prestación devenida imposible accionar contra terceros por razón de la pérdida de la cosa debida.

En cuanto a la relación entre acreedor y deudor de la prestación sobrevenidamente imposible no se produce una subrogación real propiamente dicha, puesto que no hay una mutación del objeto del crédito, ya que éste se ha extinguido. Lo que se concede al acreedor es aquello que, en el patrimonio del deudor, ha sustituido, en sentido económico, a la cosa cuya entrega no se puede realizar. Es esa sustitución del crédito por las acciones lo que legitima al acreedor para proceder frente a los terceros. No es al deudor de la entrega, como propietario del bien destruido o expropiado, a quien «corresponden» las acciones sino al acreedor del bien desaparecido física o jurídicamente, sin que el tercero pueda alegar su falta de titularidad sobre el bien o el hecho de no haber sido parte del contrato de seguro.

Sobre el alcance de la atribución del *commodum representationis* existen tres posibilidades. Al parecer, la más aceptable es que el acreedor puede reclamar hasta el límite de su propio interés, que será el de cumplimiento de la obligación. Por tanto, el acreedor no podrá subentrar en todo lo que el deudor haya recibido o podido recibir a título de resarcimiento, sino sólo en lo que represente el daño sufrido por el acreedor como consecuencia de la imposibilidad sobrevenida de la prestación. Lo que es lógico puesto que, como quedó apuntado, el acreedor actúa en interés propio y, consiguientemente, su legitimación para el ejercicio de las acciones, que en otro caso corresponderían a su deudor, se funda en lo que la pérdida de la cosa debida ha supuesto para la insatisfacción de su interés. Así, cabe pensar que su reclamación se circunscribe a la satisfacción de ese interés. Si puede exigir de la compañía asegu-

radadora el pago de la indemnización es porque se ha extinguido su crédito y sólo en la medida del daño que le ha producido la extinción. En lo que respecta al supuesto del *commodum ex negotiatione*, esto es, del que recae sobre la contraprestación convenida con un tercero, trata el autor más adelante.

Se afronta también la cuestión, muy discutida, de si el artículo 1.186 del Código Civil incluye las acciones frente a los terceros responsables de la destrucción culposa de la cosa debida cuando se excluye la aplicación a tales supuestos del artículo 1.902 del Código Civil. A juicio del autor es problemática la inclusión en el *commodum representationis* del daño causado por un tercero aceptando la premisa de que las acciones a que se refiere el artículo 1.186 del Código Civil son las que nacen para el deudor y en las que se subroga el acreedor en virtud del citado precepto. Porque si el riesgo lo corre el acreedor, es él quien sufre el daño y, consecuentemente, no puede el deudor reclamar indemnización por un daño que no sufre. Si se parte de que lo que se opera no es una subrogación real sino una sustitución del crédito por la acción para reclamar la indemnización, o la indemnización recibida por el deudor, no hay inconveniente para incluir en el *commodum representationis* el resarcimiento del daño a cargo de quien lo causa o del asegurador como elemento representativo del crédito. No obstante, en el supuesto de que el riesgo lo sufra el deudor, habrá que considerar incluido en el ámbito de aplicación del artículo 1.186 del Código Civil el resarcimiento del daño culposamente causado por tercero si el acreedor opta por reclamar el *commodum representationis*.

Concluye este capítulo III con el análisis de las prestaciones cuya imposibilidad da derecho al *commodum representationis*. Es pacífico en la doctrina que el artículo 1.186 del Código Civil es aplicable a la prestación consistente en un *daré* traslativo, pero es discutida su aplicación a los demás tipos de prestación.

Respecto a la obligación de entrega con función restitutoria, parece evidente que si el acreedor es el propietario del bien perdido, absorbe como tal propietario el daño que pueda sufrir como acreedor y no tiene sentido entonces recurrir al *commodum representationis*. Si, diversamente, el acreedor no es propietario del bien cuya pérdida hace imposible la restitución, parece lógico admitir la aplicación del artículo 1.186 del Código Civil.

En el supuesto de obligación de entrega con finalidad de hacer efectivo un derecho personal, como la del arrendador respecto al arrendatario para entrar en el goce del bien, cabe entender que las acciones que correspondan al deudor de la entrega sean elementos representativos del crédito. Si el arrendatario ha asumido el riesgo de pérdida de la cosa, tiene sentido que también se beneficie del *commodum* para compensar su obligación de pago de la renta.

Por último, en relación con las obligaciones de hacer y no hacer, también cabe pensar en que el acreedor ejercite las acciones del deudor frente a terceros por razón de la imposibilidad de la prestación. Lo que el autor considera posible si se puede apreciar identidad de razón.

El capítulo IV tiene singular interés. Trata de la posición del acreedor de dominio en los casos de doble venta o doble disposición. A este respecto plantea el autor varias cuestiones. La primera de ellas es si el acreedor de dominio puede ser preferido frente a quien ha llegado a adquirir el bien del que se ha dispuesto, analizándose los varios supuestos contemplados en el artículo 1.473 del Código Civil. De la solución que se nos ofrece en cada uno

de estos supuestos —en mi opinión, correcta en todo caso— se desprende que el autor acoge implícitamente el planteamiento que el legislador ha seguido, a mi juicio, en el régimen de la doble venta, al resolver los conflictos de adquisición con independencia de la teoría del título y el modo. En otros términos: si la unión de título y modo es el esquema válido, en principio, para explicar el sistema de transmisión de la propiedad en nuestro Código Civil, no lo es cuando se trata de explicar el régimen de la doble venta. Lo que no significa que el artículo 1.473 del Código Civil esté en contradicción con la teoría del título y el modo. Significa, simplemente, que introduce un límite a su aplicación. La atribución de la propiedad en caso de doble venta se resuelve en nuestro Código mediante la conjunción del título y de un determinado criterio de preferencia adquisitiva. El régimen de preferencia adquisitiva del artículo 1.473 del Código Civil, aplicable a la doble venta, responde a criterios distintos de los que informan la teoría del título y el modo, aplicable a un contrato singular de compraventa. En un sistema de transmisión de la propiedad por el mero consentimiento, como el seguido en el Proyecto de 1851, se aplica el mismo criterio de preferencia adquisitiva del artículo 1.473-2 del Código Civil (cfr. art. 1.859 del Proyecto isabelino). Al tener en cuenta esta fundamental diferencia se evita la posible confusión entre el criterio de atribución de la propiedad que rige en la doble venta y el mecanismo de la adquisición *a non domino*. El comprador preferido adquiere siempre *a domino*, como pone de relieve MARIO CLEMENTE al tratar cada uno de los supuestos del artículo 1.473 del Código Civil. Por lo demás, poco importa que al comentar este artículo hablen algunos autores de *tradición o modo*, por inadvertencia o por licencia del lenguaje.

El primer supuesto de conflicto, a que se refiere el autor, es el que puede plantearse entre dos simples acreedores de dominio cuando ninguno de ellos ha podido llegar a adquirir el dominio conforme a la teoría del título y el modo, en cuyo caso el artículo 1.473-3 del Código Civil resuelve el conflicto a favor de quien presente título de fecha más antigua.

Cuando, tratándose de *bienes muebles*, el conflicto se plantea entre el acreedor de dominio de la cosa y «el que primero haya tomado posesión de ella con buena fe» pertenecerá a éste la propiedad. Advierte el autor que en este caso el acreedor de dominio puede ser protegido, pero no frente a quien por la toma de posesión ha llegado a adquirir la propiedad *a domino*. El autor procura deslindar esta solución de la que resultaría en caso de que el vendedor no fuera *verus dominus*, supuesto en el que también sería preferido el que de buena fe fuera *poseedor* en concepto de dueño, en virtud del artículo 464 del Código Civil. Pero entonces sería una adquisición *a non domino* lo que daría preferencia al titular de un derecho real frente a quien sólo tiene un derecho de crédito.

Cuando el conflicto se plantea respecto a *bienes inmuebles*, «la propiedad pertenecerá al adquirente que antes la haya inscrito en el Registro» (art. 1.473-2 del Código Civil) o, en defecto de inscripción, «a quien de buena fe sea primero en la posesión» (art. 1.473-3 del Código Civil). También aquí subraya el autor que el comprador protegido en el artículo 1.473-2 del Código Civil es un adquirente *a domino*. Y en este punto recuerda que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha dicho con reiteración que el artículo 1.473 del Código Civil juega en el supuesto de que el propietario lleve a cabo dos ventas sucesivas del mismo bien sin que al celebrar la segunda se haya consumado la primera, porque si se ha consumado ya no estamos ante un supuesto de doble

venta, sino de venta de cosa ajena. Por tanto, como concluye el autor, la propiedad se transmite a favor del comprador que inscriba antes en la medida en que el acto dispositivo lo haya realizado el *verus dominus*. Si no lo ha realizado el *verus dominus*, porque la primera venta ya se consumó, la adquisición, en su caso, sería *a non domino* y exigiría los requisitos del artículo 34 LH. En definitiva, si el segundo comprador adquiere cuando aún no se ha consumado la primera compraventa, o el primero cuando todavía no se ha consumado la segunda, adquiere el propietario. Se trata de una adquisición *a domino*, porque resulta de un acto dispositivo del *verus dominus*, al contrario de lo que sucede en los supuestos de usucapión y del artículo 34 LH. Y lo mismo que con el artículo 1.473 sucede en aplicación de los artículos 606 del Código Civil y 32 LH.

Atribuida la propiedad a uno de los dos compradores, conforme a las reglas del artículo 1.473 del Código Civil, se plantea como segunda cuestión determinar las acciones de que dispone el acreedor de dominio frente al vendedor y frente al comprador preferido. Causahabiente del vendedor puede ser no sólo el comprador preferido sino también un adquirente a título gratuito de la cosa vendida que determine el incumplimiento de la obligación de dar del vendedor. Este supuesto queda fuera del ámbito de aplicación del artículo 1.473 del Código Civil.

Es obvio que el acreedor de dominio no puede dirigirse frente al comprador preferido, cuya buena fe, en todo caso necesaria para adquirir la propiedad (art. 1.473, párrafos 1.º y 3.º, y jurisprudencia del Tribunal Supremo para el supuesto del párrafo segundo) excluye su responsabilidad frente al comprador preterido, a quien, por otra parte, como indica el autor, se le ha de imputar su negligencia en la toma de posesión de la cosa o en la inscripción del título.

Sin duda, podrá el comprador preterido dirigirse contra el vendedor para ser indemnizado por el incumplimiento del contrato. Añade el autor que si el comprador preterido es el de la segunda venta, podrá reclamar el saneamiento por evicción, al ser privado de todo o parte de la cosa comprada por sentencia firme en virtud de un derecho *anterior* a la compra (art. 1.475 del Código Civil). Y cabría entender, a mi modo de ver, que será preferible la acción de saneamiento cuando el precio que tuviere la cosa vendida al tiempo de la evicción sea mayor que el de la venta (art. 1.478-1.º del Código Civil). Al parecer, la acción de saneamiento se podrá ejercitar cuando el comprador preterido haya adquirido la posesión de la cosa antes de ser privado de ella por la evicción.

Puesto que la responsabilidad del vendedor proviene del incumplimiento del contrato, se plantea el autor si el comprador preterido puede exigir al vendedor el *commodum ex negotiatione*: «si el deudor enajena a un tercero la cosa debida, el acreedor podrá exigir de aquél la cesión de la pretensión a la contraprestación debida por el tercero, o la entrega de lo ya satisfecho por éste; alternativa que interesará especialmente al acreedor, cuando, con ella pueda obtener una suma mayor que la que conseguiría como indemnización de daños y perjuicios por la vía de la responsabilidad extracontractual».

Frente a quien se ha pronunciado contra la aplicación del artículo 1.186 del Código Civil al *commodum ex negotiatione*, mantiene MARIO CLEMENTE una opinión favorable a esa aplicación, fundada en una coherente interpretación sistemática que, por su extensión, sólo puede ser aquí apuntada. Entre otros

argumentos aducidos por el autor cabe resaltar los siguientes: a) que con la atribución del *commodum ex negotiatione* se pretende determinar «a quien han de corresponder las ganancias que, merced al incumplimiento, ha obtenido el deudor»; b) que la imposibilidad de la prestación, que es imputable al deudor, no extingue la obligación, por lo que podrá el acreedor optar por el precio de enajenación que ha pagado un tercero como modo de determinar el perjuicio que el acreedor ha sufrido por el incumplimiento; c) que si se genera un enriquecimiento con lo que viene a sustituir la cosa debida, siendo la sustitución una consecuencia del incumplimiento de la prestación imputable al deudor, sería injusto que sea éste y no el acreedor quien adquiera los beneficios resultantes de la situación de incumplimiento.

La cuarta y última cuestión que se trata en este capítulo IV se refiere a las acciones del comprador frente al donatario de su deudor.

La doble disposición de una misma cosa que genera un conflicto entre un adquirente a título oneroso y un adquirente a título gratuito no se contempla en el artículo 1.473 del Código Civil. La cuestión que se suscita entonces es determinar si el acreedor de dominio a título oneroso puede impugnar el acto de su deudor a favor de un tercero a título gratuito, como es el caso de la donación.

Parece, en mi opinión, que el conflicto de intereses no se puede solventar en base exclusivamente a la desigual naturaleza de dos contratos de finalidad traslativa, uno de los cuales, como la compraventa, requiere tradición para adquirir el dominio, y el otro, como la donación, atribuye el dominio sin necesidad de tradición por virtud del efecto traslativo inmediato que se produce en la donación en base a la observancia de la forma requerida como elemento esencial (arts. 632 y 633 del Código Civil). En el mismo sentido en que he explicado en otro lugar este valor de la forma en la donación, se pronuncia la STS de 22 de diciembre de 1986, que el autor expone con amplitud.

No cabe, a mi juicio, tomar la adquisición del dominio como premisa inalterable para eliminar la ejecución *in natura* del crédito de dominio del comprador. Una indemnización en este caso al comprador puede no satisfacer el interés de su pretensión en obtener la prestación específica de dar cosa determinada, como advierte FERNÁNDEZ CAMPOS en el pasaje de la monografía que cita MARIO CLEMENTE (pág. 189, nota 88). La norma de que «se presumirá siempre hecha la donación en fraude de los acreedores, cuando al hacerla no se haya reservado el donante bienes bastantes para pagar las *deudas anteriores a ella*» (art. 643 del Código Civil) permite considerar que entre las «deudas anteriores» se ha de incluir la consistente en entregar cosa determinada, de la que el vendedor no puede disponer sin incurrir en perjuicio del acreedor de dominio a título oneroso. Y aunque se puede decir que el vendedor sigue siendo propietario porque no se ha realizado la tradición, es dudoso que se pueda reconocer como causa lícita de la donación la liberalidad de un bien debido a otro.

No cabe duda, según el autor, de que el comprador, como acreedor de dominio, puede reclamar del vendedor el resarcimiento del daño que su incumplimiento le ha irrogado (cfr. arts. 1.101 y 1.124 del Código Civil), pero se plantea entonces, como indica el autor, si el acreedor tiene alguna acción frente al donatario para que la donación quede sin efecto, a lo que cabría responder afirmativamente: el comprador podrá ejercitar la acción pauliana para revocar la donación por fraude de acreedores. Sin embargo, más adelante advierte el autor que aún cuando se presuma —*iuris et de iure*, según la

opinión dominante— que toda enajenación de bienes a título gratuito es fraudulenta (art. 1.297, párrafo primero del Código Civil), es presupuesto de ejercicio de la acción rescisoria el *eventus damni* y «entonces debemos preguntarnos si es perjuicio a los efectos de la acción pauliana, la imposibilidad de exigir el cumplimiento en forma específica. Dicho de otra manera, se trata de determinar si cabe calificar como perjuicio que legitime para el ejercicio de la acción pauliana la salida del patrimonio del deudor del bien a cuya entrega se encuentra obligado» (pág. 188). La pregunta suscita cierta reflexión. Considero que la respuesta debe ser afirmativa, debiendo dirigirse la acción no ya sólo contra el deudor, sino también contra el donatario, ya que el perjuicio es consecuencia del acto fraudulento que le beneficia. Pero a diferencia de otros acreedores, la acción no se podrá paralizar ofreciendo el acreedor de dominio una indemnización si la cosa debida se encuentra en el patrimonio del donatario, puesto que la ley atribuye a los acreedores la posibilidad de impugnar «los actos que el deudor haya realizado en fraude de su derecho» (art. 1.111 del Código Civil), que en este caso recae sobre *cosa determinada*. Así, habría que entender, conforme al artículo 1.294 del Código Civil que cuando el perjudicado «carezca de otro recurso legal para obtener la reparación del perjuicio», consistente en nuestro caso en la lesión de un crédito de dominio, la reparación se podrá hacer efectiva sobre otros bienes del deudor.

Por último, plantea el autor la posibilidad de que el acreedor de dominio pueda ejercitar frente al donatario una acción por enriquecimiento injusto, lo que parece dudoso en nuestro Derecho, aunque el autor no descarta esta posibilidad, habida cuenta de que el acreedor de dominio goza de las utilidades de la cosa desde que nace la obligación de entregarla (arts. 1.095 y 1.468).

El capítulo V versa sobre las varias situaciones en las que se puede encontrar el acreedor de dominio cuando la posesión de la cosa debida la ostenta sin título un tercero.

Las situaciones que el autor distingue son: a) que el vendedor haya transmitido la posesión al comprador, y éste, que sólo es acreedor de dominio, la pierde antes de adquirir la propiedad; b) que el vendedor sea poseedor en el momento de contraer la obligación de entrega y pierda la cosa antes de adquirirla el acreedor de dominio; c) que el vendedor no sea poseedor en el momento de contraer la obligación, esto es, en el momento de celebrar la compraventa.

Ninguna de las situaciones anteriores se debe confundir, como advierte el autor, con la cuestión de la venta por tradición instrumental cuando el vendedor no es poseedor, planteándose entonces si el comprador puede ejercitar la acción reivindicatoria frente al poseedor sin título. Si la respuesta es negativa, estaremos ante un acreedor de dominio y no ante un propietario. Lo que lleva a tratar, previamente, dos temas fundamentales: a) si el otorgamiento de la escritura conlleva la transmisión de la posesión; b) si la escritura pública sirve de *modo* para transmitir la propiedad.

El primero de estos temas ha recibido en la jurisprudencia distinto tratamiento a la vista de la diversidad de circunstancias que concurren en las situaciones enjuiciadas. Haber advertido la razón de estas diferencias es resultado de un estudio detenido de los casos a que se da solución con la doctrina que sirve de fundamento al fallo. Tarea que responde al método que en su día propuso PUIG BRUTAU sobre el modo de tratar y entender la jurisprudencia.

El artículo 1.462-2 del Código Civil, al disponer que «cuando se haga la venta mediante escritura pública, el otorgamiento de ésta *equivaldrá* a la

entrega de la cosa objeto del contrato, si de la misma escritura no resultare o se dedujere lo contrario», suscita principalmente dos cuestiones: a) si esa *equivalencia* es una *presunción «iuris tantum»*; b) si el vendedor que carece de la posesión de la cosa vendida puede transmitir el dominio.

La primera cuestión que se plantea y analiza el autor es si la escritura pública transmite la posesión al comprador, lo que lleva a tener en cuenta la doctrina jurisprudencial que sostiene que el artículo 1.462-2 del Código Civil contiene una *presunción iuris tantum*, que, por tanto, admite prueba en contrario, lo que conduce a mantener que la escritura pública sólo presume la entrega de la cosa si el vendedor la posee.

La amplia serie de sentencias en las que se acoge esta doctrina recae sobre pleitos de desahucio, en que sólo está legitimado activamente ex artículo 1.565 LEC, quien tiene la «posesión real».

Pero el autor pone de relieve que el Tribunal Supremo, en otras sentencias, expuestas con extensión, ha declarado que la *presunción* del artículo 1.462-2 del Código Civil no se desvirtúa si el vendedor o sus causahabientes continúan en la posesión de la cosa vendida. Hay, por tanto, tradición al comprador cuando el vendedor es poseedor aunque sea de manera mediata (nudo propietario, posesión civilísima del llamado que acepta, etc.).

Hay, además, una línea jurisprudencial más precisa, según la cual el artículo 1.462-2 del Código Civil establece una *presunción* atacable no por cualquier medio sino sólo por lo que resulta de la misma escritura cuando de ella se deduce claramente lo contrario. También, en este sentido, son varias las sentencias seleccionadas que contribuyen a la formación de esta doctrina.

La opinión científica hoy dominante considera que el artículo 1.462-2 del Código Civil contiene no una *presunción* sino una auténtica tradición, salvo el caso indicado en la propia norma. Y con la precisión, que hace el autor, de que sólo cuando el vendedor no es poseedor no puede transmitir la propiedad. Queda menguado el valor de aquella jurisprudencia según la cual el artículo 1.462-2 del Código Civil contiene una *presunción iuris tantum* combatible por cualquier medio de prueba en contrario. En definitiva, según el autor, lo que ha venido a negar el Tribunal Supremo es que el comprador pueda ser poseedor por tradición instrumental si el vendedor no lo era. Así la tradición instrumental *equivale* a la entrega en la medida en que el vendedor es poseedor. Queda fuera de esta proposición, como dejé apuntado, el caso de doble venta: entre dos compradores sucesivos, ambos en escritura pública, será preferido el que primero inscriba o el que primero tome posesión.

A una conclusión distinta se llega si se entiende que el artículo 1.462-2 del Código Civil establece no una mera *presunción iuris tantum* de entrega, sino una auténtica *equivalencia* entre escritura pública y tradición, si se tienen en cuenta estos otros argumentos: a) el hecho de que el propietario haya perdido la posesión no le impide transmitir el dominio. Aunque desposeído, no por ello deja de ser propietario y, por consiguiente, puede transmitir la propiedad tal como la tiene; b) es posible ceder la acción reivindicatoria, lo que viene a ser el medio adecuado para transmitir el dominio reivindicable por el propietario que no es poseedor; c) la propiedad sin posesión se podría incluir entre los «bienes incorpóreos» a que se refiere el artículo 1.464 del Código Civil, lo que, en opinión de algunos no parece correcto, principalmente, a mi modo de ver, porque el título o derecho de dominio no se puede concebir desvinculado de su objeto; d) el «solo acuerdo o conformidad de los contratantes» a que se refiere el artículo 1.463, invocado como argumento, con independencia de

que atañe sólo a bienes muebles, no se puede interpretar, a mi parecer, en el sentido de que por autonomía de los contratantes se venga a introducir una excepción a la teoría del título y el modo, como si para este caso fuera válida la transmisión por el solo consentimiento. El valor del «solo acuerdo» del artículo 1.463 del Código Civil se debe referir probablemente a supuestos objetivos, como la falta de manualidad, la ausencia de un medio de transporte adecuado, etc.; e) la presunción del artículo 1.462-2 deja a salvo la voluntad de los contratantes, por lo que no se trata de que el otorgamiento de la escritura presume la tradición sino que, como dice el autor, «es tradición en sí misma». Y, sin necesidad de más argumentos, se puede concluir con el autor que «parece mejor fundada la opinión de que el propietario no poseedor puede transmitir su dominio mediante contrato seguido de tradición instrumental», como acreditan las varias sentencias del Tribunal Supremo que en tal sentido expone el autor.

En conclusión, se puede convenir con el autor en que «el comprador en escritura pública será propietario, no meramente acreedor del dominio, en la medida en que también lo fuera el vendedor; y si éste no fuera poseedor podrá ejercitar acción reivindicatoria para obtener la posesión del bien».

La solución propuesta a las dos cuestiones anteriores es presupuesto para determinar las acciones que proceden en caso de pérdida de la cosa por el comprador, como acreedor de dominio, o por el vendedor, distinguiendo en este caso si la pérdida se produjo por el deudor después de contraer la obligación o en un momento anterior.

La pérdida de la posesión por el comprador, en caso de realizarse la compraventa con pacto de reserva de dominio o aplazamiento de la transmisión de la propiedad, le permitirá al comprador, acreedor de dominio, ejercitar las acciones de retener o recobrar frente al perturbador o despojante (arts. 446 del Código Civil y 1.658-3 LEC), salvo que el detentador se haya convertido en poseedor por el transcurso de un año desde el despojo (arts. 460-4.º y 1.968-1.º del Código Civil), y si el comprador con reserva de dominio carece de la condición de propietario tampoco podrá ejercitar la reivindicatoria, aunque sí la acción publiciana, en base a su mejor derecho a poseer.

La pérdida de la posesión por el vendedor, después de contraída la obligación y antes de la tradición, le permitirá, puesto que sigue siendo propietario y poseedor, ejercitar la acción reivindicatoria así como también valerse de la tutela interdictal. Pero se plantea entonces la cuestión de si, ante la pasividad del vendedor, puede el acreedor de dominio ejercitar alguna acción recuperatoria de la posesión, a lo que hay que dar una respuesta negativa. Cabe en tal caso preguntarse si tiene alguna otra vía para recobrar la posesión. Se excluye la posibilidad de ejercitar la acción publiciana, puesto que el acreedor de dominio no ha sido poseedor, que es requisito de legitimación necesario para la interposición del interdicto, como se mantiene con reiteración por la jurisprudencia. En cuanto a posibilidad de ejercitar la acción subrogatoria ex artículo 1.111 del Código Civil, habría de salvar el escollo de que, por el carácter subsidiario de esta acción tendría que perseguir antes los bienes de que esté en posesión el deudor para realizar su crédito, y sólo en el caso de un resultado negativo podría ejercitar los derechos y acciones del deudor, aunque en este caso si el bien del que ha sido despojado el deudor sigue en su patrimonio, será sumamente inseguro que prospere la reivindicatoria sobre la cosa debida, que, probablemente, estará sujeta al embargo seguido por la acción de otros acreedores. Varias sentencias que cita el autor a este respecto

muestran que la insolvencia del deudor aleja la posibilidad de la vía subrogatoria del fin que se propone el acreedor de dominio. Y se apunta por el autor una última posibilidad: el acreedor de dominio podría ejercitar las acciones de su acreedor frente al despojante de la cosa debida en base al artículo 1.186 del Código Civil. No es un supuesto de perecimiento (destrucción o pérdida) la desposesión por un tercero de la cosa debida, y si es posible la protección interdictal o la acción reivindicatoria no existe imposibilidad de la prestación que excluya el ejercicio por el acreedor de las «acciones que el deudor tuviere contra terceros» por razón de la cosa debida (art. 1.186 del Código Civil).

La pérdida de la posesión por el vendedor antes de contraer la obligación no permite al acreedor de dominio ni la tutela interdictal ni la reivindicación, puesto que no ha poseído ni es propietario. Se excluye también, en este caso, la aplicación del artículo 1.186 del Código Civil, porque no se da una imposibilidad sobrevenida, al ser la desposesión anterior al nacimiento de la obligación de entrega. De modo que sólo cabe al acreedor de dominio reclamar a su deudor el cumplimiento o la resolución, con indemnización de daños y perjuicios (arts. 1.101 y 1.124 del Código Civil).

Concluye el capítulo V con el estudio del derecho a los frutos respecto del poseedor sin título. La atribución de frutos al comprador desde que nace la obligación de entrega (art. 1.095 del Código Civil) o desde que se perfeccionó el contrato (art. 1.468-2 del Código Civil) no tiene, según la opinión común, carácter real. No puede haber, lógicamente, derecho real a los frutos porque, como dice el autor, «falta el modo». Estamos ante un derecho personal que, en tanto se deriva del contrato, sólo se podrá reclamar al deudor de la entrega. Sin embargo, no se puede eliminar la hipótesis de que el acreedor de dominio reclame los frutos al tercero que posee sin título la cosa debida. El autor distingue varios supuestos en aplicación de los artículos 451 y 455 del Código Civil, y nos propone, con una argumentación convincente, la legitimación del acreedor de dominio para reclamar los frutos percibidos o debidos percibir antes de la adquisición del dominio, teniendo en cuenta: a) que el acreedor de dominio, como sucesor a título particular del vendedor, se subroga en su posición frente a terceros; b) la lesión del derecho de crédito que implica el despojo de los frutos de la cosa debida, a los que tiene derecho el acreedor de dominio; c) la reparación del derecho de goce, de carácter personal, atribuido al acreedor.

En el último capítulo (VI) se compendian las conclusiones de la obra. Antes de proceder a la recapitulación del trabajo de investigación realizado se hace un análisis de las figuras intermedias entre los derechos de crédito y los derechos reales para determinar si la posición del acreedor de dominio se puede encuadrar en alguna de esas categorías. Sin excluir ciertas afinidades con alguna de ellas, no cabe establecer una clara simetría con ninguna de ellas. Se subraya la diferencia entre el acreedor de dominio y los demás acreedores personales, «porque quien tiene derecho a recibir de su deudor una cosa determinada y está dispuesto a pagar o ya ha pagado la prestación que le incumbe, no puede quedar relegado a la categoría de acreedor puramente personal». El derecho del acreedor de dominio, por otra parte, carece de las notas de absolutividad e immediatividad que se predicen de los derechos reales. No es inmediato porque exige la colaboración del deudor, y no es absoluto porque no se puede hacer valer ni frente a los demás acreedores de su deudor, ni frente a los deudores de su deudor por razón de la cosa debida, ni frente

a los causahabientes de su deudor, ni, finalmente, frente al poseedor sin título de la cosa debida.

Al final de la obra se contiene la referencia de la muy amplia bibliografía utilizada, el índice de la jurisprudencia consultada y el sumario pormenorizado de la obra.

La lectura de esta obra, sólidamente documentada, proporcionará seguramente, por su gran riqueza de matices, además de una estimable enseñanza, una perspectiva de soluciones sobre las cuestiones estudiadas, abierta a la reflexión del lector en esa zona de confluencias entre el Derecho de obligaciones y el Derecho de cosas a que me refería al principio de estas notas.

ENRIQUE LALAGUNA DOMÍNGUEZ

GONZÁLEZ SALINAS, JESÚS: *Régimen jurídico actual de la propiedad en las costas*. Editorial Civitas. Madrid, 2000. Un tomo de 741 págs.

Dije en ocasión previa, refiriéndome al tema de las costas, que el mismo constituye un lugar de encrucijada entre el Derecho Público y el Derecho Privado, un terreno de fricción entre principios jurídicos contrapuestos, ámbito de desencuentro de iuspublicistas y privatistas, de abiertas disensiones doctrinales, de contradicciones jurisprudenciales, y cancha de pugilato dialéctico entre administrativistas e hipotecaristas. Y en este campo minado de dificultades se adentra, con solvencia y autoridad notorias, el autor de este libro.

Ciertamente la confusión existente en torno al tratamiento jurídico de nuestras costas, y el fuerte proceso edificatorio y urbanístico que las mismas sufrieron fundamentalmente como consecuencia del desarrollo turístico a partir de los años sesenta, con los inevitables efectos de degradación física y medioambiental que ello comporta, llegó a preocupar incluso a los redactores de nuestra Constitución, al punto de consagrar un artículo de nuestra Carta Magna al tema, sancionando el carácter de dominio público de las playas y costas y su régimen de inalienabilidad, en lo que constituyó una novedad en nuestra historia constitucional y en el Derecho constitucional comparado. Aún con todo, la cuestión sobre la demanialidad de nuestro litoral sin excepciones («en todo caso», dice la Constitución) no quedó del todo zanjada, ya que durante la elaboración del texto se solicitó la inclusión de una cláusula de salvaguardia expresa de los derechos adquiridos, solicitud de la que desistieron sus promotores en aras del consenso constitucional y sobre la base de entender que la interdicción de la confiscación que se contiene en la propia Constitución representa una garantía suficiente respecto de los citados derechos adquiridos. Este sobreentendido ha sido el germen de la polémica posterior, sobre la que ha venido a interferir la Ley de Costas de 1988, la cual es objeto de un análisis metódico, riguroso y exhaustivo a lo largo de las páginas del presente libro, que sin duda es el fruto maduro y brillante de una larga dedicación al estudio de la materia por parte de su autor, y que cuenta, además, con una amplia perspectiva de doce años ya de vigencia de aquella Ley.

Pocos estudiosos del Derecho podían ofrecer mayores garantías de éxito en la empresa de presentar una visión completa y coherente del régimen jurídico actual de la propiedad en las costas que el autor de este libro. Y es que tratándose de una materia de encrucijada, como antes se dijo, entre el Dere-

cho Público y el Derecho Privado, la unidad y la lógica interna de dicho régimen sólo puede ser desvelada con claridad y profundidad por alguien que domine con solvencia y autoridad propias ambas ramas del Derecho, circunstancias que convergen en GONZÁLEZ SALINAS al presentar conjuntamente nada menos que la doble credencial de Catedrático de Derecho Administrativo y de Registrador de la Propiedad y Mercantil. Y si a ello añadimos que su dedicación al estudio del régimen jurídico de las costas se remonta a un período incluso anterior al de la obtención de su Grado de Doctor en Derecho allá por 1987, fácilmente se comprende que estamos ante una de las obras cumbre de la literatura jurídica contemporánea en materia de dominio público.

La lectura del libro se encuentra facilitada por su autor al presentarnos el tema que le sirve de objeto en su introducción, que leída de nuevo después de la lectura completa del libro, se aprecia como una síntesis magistral de su contenido. Allí nos dice GONZÁLEZ SALINAS que son objeto del mismo las especialidades que el régimen de la propiedad privada ofrece por razón de su ubicación en las costas, por su proximidad o confrontación con el dominio público marítimo-terrestre. Destaca el autor el impacto que sobre esta materia supuso la actual legislación de costas de 1988 a través de un efecto que no duda en calificar de «nacionalizador», por medio de dos vías: de un lado, la de la inclusión de suelo que antes no lo era en la definición de la zona marítimo-terrestre y de las playas e incluyendo en el dominio público los acantilados; por otro, mediante la supresión de los enclaves privados, a cuyos propietarios convierte en simples concesionarios, en virtud de unas complejas y discutidas disposiciones de Derecho transitorio.

Además, la «vis expansiva» que experimenta el dominio público litoral se proyecta sobre las propiedades privadas colindantes en forma de servidumbres y limitaciones legales, que amplían en extensión e intensidad las históricamente existentes, algunas de las cuales son activas y otras latentes, como la consistente en la declaración de utilidad pública de todas las fincas que se encuentren en la llamada zona de servidumbre de protección a efectos de su eventual expropiación. Precisamente de esta expansión deriva el interés que presenta el estudio de las Disposiciones Transitorias de la Ley de Costas, que el autor aborda impecablemente con un profundo estudio de toda la casuística que las mismas presentan, pudiéndose afirmar sin riesgo de error que el libro agota la materia en este terreno, en el que no deja cabo suelto.

Amplio es también el desarrollo del libro en lo tocante al estudio de los distintos instrumentos que la Ley de Costas arbitra para garantizar la defensa e integridad del dominio público litoral, en cuyo terreno diferencia tres ámbitos institucionales diferentes: la estricta regulación a que se somete su desafectación, su caracterización como bienes indisponibles y, en último lugar, la que el autor denomina «amplia panoplia de instrumentos defensivos frente a posibles usurpaciones», entre los cuales destaca la figura del deslinde y la Institución del Registro de la Propiedad, como garante de la legalidad, tanto de los actos administrativos que tengan por objeto el espacio físico del litoral, como del tráfico jurídico privado que se desenvuelva en el mismo.

A través de los ejes que se acaban de apuntar, GONZÁLEZ SALINAS articula un cuerpo de doctrina que contiene y sistematiza todo el régimen jurídico actual de la propiedad de las costas, para lo que divide su exposición en un total de ocho capítulos.

En el capítulo I, el autor expone una sistematización o clasificación de los distintos bienes que conforman el dominio público litoral, distinguiendo tres

categorías: el dominio público artificial, el dominio público natural y el dominio público por actos de incorporación, en cuyo estudio resulta de especial valor su análisis de Derecho transitorio, así como las numerosas referencias que se hacen a la evolución de la legislación histórica en la materia, sobre la que GONZÁLEZ SALINAS nos anuncia la preparación de otro libro ya en curso.

El capítulo II se consagra al estudio del dominio público natural, y en él se acredita concluyentemente la expansión experimentada por el mismo respecto de la situación legal anterior definida por la Ley de Costas de 1969. Destaca en este capítulo la idea central de que las nuevas definiciones contenidas sobre las distintas pertenencias del dominio público litoral de carácter natural, que amplían su concepto y extensión como se ha dicho, constituye una declaración de demanialidad con eficacia translativa, en el sentido de que convierte en públicas, y más en concreto en demaniales, propiedades que hasta entonces pertenecían al dominio privado, fenómeno al que el autor no duda en calificar de «nacionalización». No niega ni discute el autor la viabilidad jurídica de esta nacionalización, pero hace de ella una interpretación contextual de tipo constitucional y llega a la conclusión de que la proscripción constitucional de la confiscación hace que derive de la combinación de ambos datos de forma ineludible la consecuencia de la necesidad de indemnizar al propietario afectado por la pérdida patrimonial que para él representa dicha demanialización. Dentro de este fenómeno, el autor diferencia entre las propiedades anteriormente no enclavadas pero afectadas por la ampliación conceptual del dominio público litoral que realiza la Ley de Costas de 1988, en cuyo caso la nacionalización es fruto de una opción del legislador, y las propiedades, ya antes enclavadas en ese dominio público, en cuyo caso lo que hay es un reconocimiento de los mismos como tales enclaves históricos y su desaparición por imposición constitucional (cfr. art. 132 de la Constitución).

Ahora bien, dicha consecuencia nacionalizadora está sujeta a ciertos requisitos y presupuestos para su eficaz materialización. En este punto la única sistemática posible para abordar el estudio es la que deriva de la perspectiva de Derecho transitorio, desde la cual GONZÁLEZ SALINAS diferencia tres tratamientos ofrecidos por la Ley de Costas a los propietarios afectados: la legalización de las obras existentes, la concesión legalizadora de usos preexistentes y la correlativa preferencia respecto de los que se otorguen en el resto de la antigua propiedad y la concesión compensatoria de usos y aprovechamientos preexistentes y correlativo derecho de preferencia, planteando la espinosa cuestión de la suficiencia o no de la concesión para compensar la pérdida de la propiedad afectada, es decir, si aquella es equivalente al justo precio debido por la expropiación legislativa que la demanialización supone. El autor ensambla dichos derechos con los distintos supuestos de hecho de que se derivan: bien sean enclaves históricos reconocidos en sentencia firme anterior a la Ley o sobrevenidos con ocasión de la misma, respecto de los que afirma el posible control judicial de los términos en que se concrete la concesión e incluso el reconocimiento del derecho a una indemnización complementaria, bien enclaves amparados por el Registro de la Propiedad reconocidos en deslindes anteriores a la Ley, bien propiedades existentes en tramos de costa no deslindados al entrar en vigor la Ley, supuesto en cuyo tratamiento legal el autor observa una absurda discriminación respecto de los anteriores.

El capítulo III aborda el tema de la delimitación y régimen de las zonas de propiedad privada afectadas por servidumbres (a las que se califica de *ius in re aliena* demaniales) y limitaciones en razón a su proximidad al mar, en el

que se realiza una pormenorizada descripción de las zonas y servidumbres de tránsito, salvamento, de acceso (antes llamada de paso) y la nueva zona llamada de influencia. Atención especial y diferenciada se dedica a la servidumbre de protección, que afecta a una zona de 100 metros, sin duda la de mayor importancia, de la que distingue, por un lado, su influencia sobre las facultades de disposición que se limitan al propietario, en especial por la atribución de derechos de adquisición preferente en favor del Estado, y, por otro lado, su proyección sobre las facultades de goce y disfrute que se ven afectadas por la imposición de ciertas prohibiciones de algunos usos y por el sometimiento a autorización de otros. Interesante es su conclusión sobre la necesidad de indemnizar en ciertos casos la imposición de la servidumbre de tránsito. Y nuevamente en esta materia vuelve a ser relevante el detenido estudio que hace GONZÁLEZ SALINAS de las situaciones afectadas por las Disposiciones Transitorias de la Ley que, de hecho, y en función de la situación fáctica preexisten a aquélla, determina una reducción de la extensión de las respectivas zonas afectadas, especialmente en el caso de que la propiedad afectada esté calificada como suelo urbano, en cuyo supuesto la zona de protección se reduce a 20 metros. Particular importancia presenta la exégesis que en el desarrollo de estas cuestiones realiza el autor de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en particular de la importante sentencia 149/1991, sobre la que el autor vierte atinadas críticas y matizaciones.

El capítulo IV se dedica por su autor al análisis del fenómeno de las alteraciones físicas en la costa y al régimen de dominio público o de propiedad privada resultante. Los supuestos de que parte el autor se reducen a dos: uno, el de la pérdida por los terrenos de las circunstancias que los definían como dominio público natural. Otro el inverso de adquirir, terrenos que antes no las tenían, las circunstancias que las definirían como demanio natural, es decir, los supuestos respectivos de retirada o subida de las aguas del mar. A partir de estos simples ejemplos, GONZÁLEZ SALINAS procede con rigor a su análisis jurídico, distinguiendo: por un lado, las normas en virtud de las cuales puedan verse las consecuencias jurídicas de la alteración física; en segundo lugar, el análisis de las normas específicas conforme a las cuales resulten tales consecuencias (por ejemplo, la consiguiente inclusión de los terrenos en el dominio público), nuevamente con amplio tratamiento de su régimen transitorio y, en tercer lugar, además del régimen sustantivo, repara el autor en las exigencias formales y actuaciones administrativas que se deben articular como cauces preceptivos para hacer derivar aquellas consecuencias jurídicas. Correlativamente se estudian los efectos que las alteraciones físicas producen en las zonas de servidumbre sobre la propiedad privada colindante. Detenido y singular es el estudio en esta materia del caso de las islas e islotes.

En el capítulo V, GONZÁLEZ SALINAS analiza el régimen jurídico de garantías de la función y titularidad pública del dominio público marítimo-terrestre, que están basadas en dos pilares fundamentales: la regulación de la afectación en atención a los fines de interés público que con dicho dominio se persiguen y la correlativa regulación rigurosa de los supuestos limitados en que se admite su desafectación, de un lado, y el sometimiento de dicho dominio público a un régimen de extracomercialidad, del que se deriva la consecuente nulidad absoluta de todo acto que signifique un cambio de titularidad, sin previa desafectación, de otro lado. En cuanto a la afectación, el autor hace un planteamiento muy sugerente del tema, hablando de una cierta predestinación de los bienes a la afectación en un doble sentido: bienes predestinados a ser

afectados al dominio público y bienes predestinados al dominio público una vez desafectados del marítimo-terrestre. Así, respecto de lo primero, es el caso de los terrenos de propiedad particular ubicados dentro de la zona de protección cuya incorporación al demanio se facilita declarándolos de utilidad pública a efectos expropiatorios y atribuyendo al Estado derechos de tanteo y retracto sobre los mismos. En el caso de los bienes patrimoniales del Estado, tal predestinación resulta aún más patente, pues basta que se ubiquen en la zona de influencia de los 500 metros para que su régimen de disposición resulte interino y condicionado a una declaración de innecesariedad para su incorporación al mismo demanio. En cuanto a la desafectación, su regulación es tan estricta que da pie para que el autor hable de la «inamovilidad o permanencia de los bienes afectados dentro del dominio público marítimo-terrestre».

Respecto del conocido régimen de la extracomercialidad del demanio costero, el autor reconduce su estudio a través de los clásicos principios de la inalienabilidad, inembargabilidad (que GONZÁLEZ SALINAS considera embebido en el anterior al responder a su mismo fundamento) y el de imprescriptibilidad, con el corolario afirmado por la Ley de Costas de la carencia de efectos obstativos frente al dominio público de las situaciones posesorias, aunque aparezcan amparadas por asientos del Registro de la Propiedad, respecto de cuyo extremo hace una exposición coordinada de la legislación de costas y la hipotecaria, con amable cita de su aquí recensionista, en particular por el juego combinado de los artículos 33 y 34 de la Ley Hipotecaria, y con el efecto subordinado al anterior de la imposibilidad futura de los enclaves privados y desaparición de los existentes a la fecha de la aprobación de la Ley de Costas.

Por su parte, en el capítulo VI, y tras la exposición anterior, GONZÁLEZ SALINAS complementa el estudio del régimen defensivo del dominio público litoral con el análisis de las prerrogativas de la Administración para la defensa de sus bienes, es decir, el régimen de auto tutela que, de forma exorbitante respecto del Derecho común, se atribuye a la Administración en orden a la protección e integridad del dominio público, a través de sus distintas manifestaciones que integran otras tantas potestades, de ejercicio obligatorio, de la Administración, éstas son, las de investigación, recuperación posesoria y deslinde. Se trata de actuaciones administrativas o extraprocesales que complementan el régimen de protección derivado de las particularidades de tipo procesal que las acciones judiciales tendentes al mismo objeto defensivo presentan, como son las relacionadas con la cualidad de indispensable de las mismas, traducida en el carácter obligatorio del ejercicio de las acciones y en la prohibición del allanamiento.

Para explicar de forma claramente comprensible el conjunto de estas potestades administrativas de autotutela, GONZÁLEZ SALINAS las sistematiza en dos niveles diferentes, que se corresponden con la autotutela declarativa y con la ejecutiva, respectivamente. En virtud de la primera, la Administración se halla dispensada de acudir a los Tribunales para obtener decisiones ejecutivas o el reconocimiento de situaciones jurídicas que se han de imponer a los particulares (la Administración, en frase de Hauriou, puede hacerse justicia a sí misma). En cuanto a la autotutela ejecutiva, dispensa igualmente a la Administración de incoar un proceso de ejecución para hacer cumplir sus decisiones, pues cuenta con la posibilidad de acudir a la vía de la ejecución coactiva del acto administrativo a través de sus propios órganos. Y todo ello basado en

el fundamento de la presunción de la validez de los actos administrativos, sin perjuicio de su posterior control judicial. No obstante, nos recuerda el autor que dichas potestades de autotutela deberán ser ejercidas a través del procedimiento reglado en cada caso establecido, en ausencia del cual o de su correlativa fundamentación sustantiva la Administración incurre en «vía de hecho», en cuyo caso no actúa la inmunidad interdictal de aquélla, por lo que podrán interponerse contra la misma por parte del perjudicado los correspondientes interdictos posesorios (de retener y recobrar), así como los de obra nueva y de ruina. Pero junto a ellos, GONZÁLEZ SALINAS destaca el interdicto registral del artículo 41 de la Ley Hipotecaria (configurado como modalidad del juicio verbal por la nueva Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil) al que podrán acudir los interesados en defensa de sus titularidades registrales, amparadas en el principio de legitimación registral, cuando hayan sido perturbadas por la Administración. Es más, el interdicto registral no sólo resulta procedente, según demuestra el autor en una de las aportaciones más brillantes y preclaras de su obra, contra la vía de hecho puramente material, sino incluso contra actuaciones materiales de la Administración que resulten amparadas por un acto expreso cuando el resultado posesorio de dichas actuaciones resulte ser contradictorio con el Registro y aquella actuación no tenga el respaldo del previo deslinde. La falta de deslinde provocará en tales casos vía de hecho, pudiendo los titulares registrales buscar la «salvaguardia judicial de los Tribunales», incluso por medio del interdicto registral del artículo 41 de la Ley Hipotecaria. Más tarde (en el capítulo VIII), GONZÁLEZ SALINAS dará un paso más al afirmar de forma argumentativamente convincente, que la situación posesoria de la finca deslindada como de dominio público pero inscrita en el Registro de la Propiedad a favor de un particular no podrá variar hasta tanto el deslinde practicado no haya alcanzado a producir el efecto de la rectificación del Registro para su adecuación al mismo y a través del procedimiento diseñado al efecto por la propia Ley de Costas de 1988 y su Reglamento de 1989 en coordinación con la propia legislación hipotecaria.

El capítulo VII del libro se consagra al estudio detenido y minucioso del deslinde administrativo en las costas, como una, sin duda la más importante al ser presupuesto de las demás, de aquellas potestades de autotutela estudiadas en el capítulo anterior. El autor, fiel a la sistemática y metodología que ha asumido para la elaboración de su obra, huye de planteamientos dogmáticos sobre temas abstractos (naturaleza jurídica, justificación, etc.) y realiza un análisis eminentemente práctico de la figura, estudiando fundamentalmente sus efectos. Previamente parte del concepto del deslinde del dominio público natural como acto de concreción sobre el terreno y planos de las abstractas definiciones contenidas en la Ley, lo que obliga a asumir una caracterización del deslinde desde la nota de su reiterabilidad en paralelo a la característica que presenta la linde del dominio público de mutabilidad o movilidad, tanto en función de las alteraciones físicas que aquél presente de forma natural, como por las modificaciones legislativas históricas en la definición de los bienes o pertenencias que lo componen.

El planteamiento práctico que hace GONZÁLEZ SALINAS le lleva a vincular la eficacia del deslinde con la propia de aquellas otras actuaciones administrativas que operan sobre el presupuesto previo de la demanialidad de los bienes sobre los que se proyecta, como es el caso de la recuperación de oficio o interdicto propio, a fin de desalojar a quienes ocupen el dominio público. Sin embargo, en el sistema anterior a la Ley de Costas de 1988, la recuperación

posesoria tenía el límite de ciertas situaciones jurídicas que impedían su ejercicio, como eran los supuestos de existencia de obras, de títulos administrativos (concesiones, autorizaciones) y de inscripciones registrales. Ahora, la nueva eficacia atribuida por la Ley de Costas de 1988 al deslinde hace que éste termine afectando a tales situaciones. De entre los nuevos efectos atribuidos al deslinde, el autor destaca como el más llamativo el consistente en «rectificar las situaciones jurídicas registrales contrarias al mismo» (art. 13.2 LC), además de permitir la inmatriculación del dominio público (mismo artículo), y en todo caso aprecia una finalidad común en tales innovaciones consistente en evitar a la Administración tener que asumir la carga de acudir a los Tribunales para conseguir desalojar a los titulares inscritos. El deseo de coordinación con el Registro de la Propiedad lleva a la Ley a obligar a la Administración, iniciado el procedimiento de deslinde, a solicitar la medida cautelar de la anotación preventiva de su incoación en el mismo Registro (art. 12.4 LC). Además de ello otros dos efectos del deslinde se adelantan al momento de su tramitación: la suspensión del otorgamiento tanto de concesiones y de autorizaciones sectoriales (art. 12.5 LC) como de las licencias municipales de obra (art. 22.2 RC).

Pero, además de ello el deslinde despliega efectos incluso antes de la iniciación del procedimiento, como con acierto nos advierte GONZÁLEZ SALINAS. En este sentido habla de la eficacia negativa del deslinde derivada de su inexistencia, que impide determinadas actuaciones. Es el caso de que se pretendan obtener concesiones o autorizaciones de dominio público o, incluso, para actuaciones en suelo propio, pero incluido en la zona de protección de 100 metros, impidiendo actos que requieran el amparo de un título administrativo, y es el caso también de que se pretendan obtener inscripciones en el Registro de la Propiedad respecto de fincas ubicadas en esa misma zona. En todos estos casos, tales actuaciones quedarán paralizadas hasta que se practique el deslinde. Con ocasión de este efecto, la Ley de Costas impone uno de sus imperativos más onerosos y desproporcionados, al sustituir el «deber» de la propia Administración de deslindar las costas (para lo que la anterior Ley de Costas de 1969 le concedió un plazo de cinco años, que incumplió ampliamente) por la imposición a los administrados de la «carga» de solicitar y costear el deslinde de concretos tramos de costas, carga que deberán asumir si quieren ver desbloqueadas las actuaciones a que antes se aludió (entre las que figura la inscripción de sus respectivos títulos adquisitivos en el Registro de la Propiedad, en un auténtico ejercicio de exageración perpetrado por el Reglamento de 1989). Ahora bien, el autor contribuye a restaurar por vía interpretativa la correcta conmutatividad de las respectivas posiciones jurídicas, cuando subraya la idea de que tal carga también la deberá asumir la Administración cuando sea ella la que pretenda una determinada actuación que requiera el presupuesto previo del deslinde, como la de la recuperación posesoria. Por otra parte, aquella eficacia taumatúrgica atribuida al deslinde por la nueva Ley consistente en la rectificación del Registro de la Propiedad y el posterior desalojo de sus antiguos titulares, no impide, a juicio del autor, y a pesar del silencio de la Ley, que respecto del suelo incluido en el deslinde como de dominio público pueda alegarse y probarse en juicio, dentro del plazo de los cinco años que concede el artículo 14 de la Ley, que dicho terreno tenía carácter de propiedad privada con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley de Costas de 1988 y que, por tanto, debe ser compensada su privación. Y entre tanto se resuelve este procedimiento, la situación posesoria

deberá ser una u otra en función de cuál sea la cobertura que las inscripciones registrales ofrezcan a su titular, según lo que antes se indicó.

Finalmente, el libro se cierra con un importante capítulo VIII, relativo al estudio del régimen hipotecario especial de la propiedad en las costas, en el que GONZÁLEZ SALINAS hace una amable y abundante cita de la obra de su aquí recensionista sobre dicha materia, que agradezco. El capítulo constituye un magnífico broche para este enjundioso libro y en él despliega el autor toda su ciencia, en la que se aunan, como se indicó, las aportaciones que corresponden a su doble condición de Registrador de la Propiedad y de Catedrático de Derecho Administrativo. Este último capítulo es, sin duda, uno de los de mayor importancia de la obra, pues como ya se ha adelantado, fue deseo del legislador de 1988 que gran parte de la eficacia de la nueva Ley discurriera por la vía de propugnar una estrecha coordinación de las actuaciones administrativas con la Institución del Registro de la Propiedad, destacando el autor cómo la Ley de Costas de 1988 constituyó un auténtico banco de pruebas de una serie de novedades legislativas incorporadas por esta Ley, que posteriormente fueron generalizadas en la legislación urbanística.

La sistemática que utiliza en este caso el autor consiste en diferenciar dos supuestos claramente distintos, según que hablemos de terrenos ubicados dentro del dominio público o de fincas ajenas pero próximas al mismo. En cuanto a los primeros, si bien se parte del incuestionable principio del carácter indisponible de tales terrenos y, por tanto, de la imposibilidad de que sean objeto de actos de tráfico jurídico-privado, sin embargo, no por ello tales pertenencias demaniales permanecen ajenas al Registro de la Propiedad, pues, por un lado, se regula la inscribibilidad de las concesiones administrativas que recaigan sobre el dominio público y, por otro, se admite, con diez años de adelanto respecto de la reforma del Reglamento Hipotecario de 1998 en la misma línea, la inscripción de la propia titularidad pública sobre el dominio público marítimo-terrestre en el Registro de la Propiedad, en lo que constituye un instrumento más, y de gran eficacia, en la protección de este patrimonio público, impidiendo que se lleguen a producir inscripciones sobre el mismo a favor de particulares. El título inmatriculador será el propio deslinde aprobado.

En cuanto a las fincas ubicadas fuera del dominio público, ahí los distintos aspectos de la colaboración del Registro de la Propiedad son múltiples. Entre las más innovadoras medidas de coordinación entre Registro y la Administración sectorial está el conjunto de comunicaciones que deben tener lugar entre las mismas. Así, la comunicación del Registro al Servicio Periférico de Costas de las condiciones en que se hayan realizado las enajenaciones y los nombres de los adquirentes, a fin de facilitar el ejercicio del derecho de retracto a favor de la Administración del Estado. También está llamado el Registro a proporcionar datos fundamentales para el desarrollo del procedimiento de deslinde y, a su vez, una vez tomada la anotación preventiva de deslinde, debe notificar su práctica a los titulares registrales afectados por la misma. Por otra parte, se regulan una serie de asientos entonces novedosos para reflejar en el Registro determinadas situaciones. Así, respecto de las instalaciones y obras ilegales permitiendo su constancia mediante nota marginal de la resolución del procedimiento sancionador, que una vez firme permitirá incluso la cancelación de los asientos contradictorios (art. 181 RC). Si en lugar de obras o vuelo, se trata de suelo, se contempla la posibilidad de hacer constar en el Registro que determinada finca se halla sujeta a la servidumbre de protección

por encontrarse incluida en la zona afectada por ésta, si bien el autor postula una constancia más amplia de las limitaciones derivadas de estas servidumbres en el Registro.

Por otra parte, cuando se trata de fincas incluidas por el deslinde en el dominio público, su reflejo en el Registro es complejo y completo: primero, a través de la anotación preventiva de la incoación del procedimiento de deslinde (art. 12.4 LC), posteriormente mediante la anotación preventiva de dominio público o de deslinde válidamente aprobado (art. 29.2 RC), y finalmente mediante la cancelación de las inscripciones de la propiedad privada y otras titularidades incompatibles con el carácter, demanial del suelo, así como la posible inmatriculación de dicho suelo como tal dominio público.

Finalmente destaca GONZÁLEZ SALINAS la colaboración que presta el Registro al respeto y protección de la legalidad costera por medio de la calificación independiente, objetiva y responsable del Registrador, como instrumento de control de legalidad y al servicio de la seguridad jurídica. En este sentido el sistema hipotecario y la calificación actúan en una doble vertiente: por un lado, se garantiza a los propietarios inscritos que el Registro no ampara la ilegalidad administrativa y, por otro lado, el Registro aparecerá como baluarte igualmente defensivo frente a las agresiones al dominio público marítimo-terrestre, y ello tanto respecto de posibles actuaciones usurpadoras por parte de los particulares, como frente a actuaciones privatizadoras por parte de la misma Administración del Estado. De todo lo cual da cuenta con singular maestría el autor del libro.

En definitiva, nos encontramos sin duda ante una obra cumbre no sólo en la bibliografía de su autor, sino también en el panorama del estudio del tema de la propiedad en las costas. No me cabe sino concluir felicitando vivamente a GONZÁLEZ SALINAS por la importante aportación doctrinal que acaba de hacer con este libro, y recomendar con igual viveza su lectura a todos los estudiosos del Derecho administrativo y del Derecho hipotecario, de la que sacarán enseñanzas y provechos que incluso van más allá del propio objeto de la obra. En suma, hay que dar la enhorabuena al autor y felicitar a toda la comunidad jurídica por la aparición de este magnífico libro.

JUAN MARÍA DÍAZ FRAILE  
Letrado de la Dirección General  
de los Registros y del Notariado  
Registrador de la Propiedad y Mercantil  
Doctor en Derecho

ILLESCAS ORTIZ, RAFAEL: *Derecho de la contratación electrónica*. Ed. Civitas. Madrid, 2001. 371 págs.

Comentamos en esta ocasión la reciente aparición de una obra del profesor doctor don RAFAEL ILLESCAS, Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad Carlos III de Madrid, obra que —como veremos a lo largo de la presente nota bibliográfica— va mucho más allá de la monografía para constituir un auténtico tratado sobre la materia de la contratación electrónica, y que es el fruto de las labores del autor como delegado de España en la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (en las cuales es destacable el que el profesor ILLESCAS fuera relator de la Ley Modelo sobre

Comercio Electrónico), del curso de doctorado sobre el régimen jurídico del comercio electrónico que viene impartiendo y, finalmente, de su participación en la línea de investigación sobre Derecho del comercio electrónico que la Carlos III desarrolla desde hace años (fruto de la cual es, por ejemplo, la *Revista de la Contratación Electrónica*). Como vemos, si el autor es ya de toda solvencia en general, su relación y profundo conocimiento del tema nos reafirma en la consideración de que ello es aún más destacado respecto de esta materia, y de que la obra será de gran relevancia.

En este año tan *clarkiano* (¿o habría que decir *kubrihiano*?) de 2001, y aun cuando (tal vez habría que decir que afortunadamente) no contemos todavía con ordenadores similares al *Hal de 2001: una odisea en el espacio* —pese a la ya plena instauración de la informática en nuestras vidas—, sí podemos decir que la contratación por vía electrónica está en plena expansión, hasta el punto de que si el año 2000 y los inmediatamente anteriores fueron los de la definitiva implantación de Internet, este año inicial del siglo xxi será probablemente el del gran despegue del comercio electrónico (aun cuando su inicio en España en los sectores bursátil y bancario podemos remontarlo a hace más de doce años), máxime tras la recientísima aprobación de la Directiva comunitaria sobre la materia y la inminente iniciativa parlamentaria nacional de desarrollo de la misma, que viene a unirse a otras normas españolas sobre la materia (sin ir más lejos, el Real Decreto-ley sobre firma electrónica de 1999, prácticamente paralelo a una Directiva comunitaria sobre la misma materia). Por ello, esta obra es especialmente oportuna, y destaca de entre las abundantes obras ya aparecidas sobre esta materia por su tratamiento profundo y riguroso de las cuestiones que plantea la contratación electrónica. De esta forma, si bien el profesor ILLESCAS señala que con esta obra «se pretende ofrecer un trabajo elemental y sencillo», la realidad va mucho más allá de la modestia de su autor y la convierte en una obra de gran importancia en esta materia, que ineludiblemente ha de ser tenida en cuenta para abordar la misma.

Se compone la obra de una extensa introducción, cuatro capítulos de gran detalle y un completo apartado bibliográfico final.

En la *Introducción* inicial, el profesor ILLESCAS comienza por exponer cuál es el objeto del trabajo: no un aspecto específico del régimen jurídico del comercio electrónico, sino el régimen general del Derecho del comercio electrónico, de modo que se hacen reflexiones básicas que permitan una explicación jurídica del fenómeno y la determinación de las reglas aplicables a las transacciones en soporte electrónico.

Tras destacar el carácter de Derecho privado de obligaciones y contratos del Derecho del comercio electrónico, también pone de relieve que junto a ese núcleo contractual esencial hay aspectos no estrictamente jurídico-negociales, que serían meramente accesorios del mismo, y que por ello no aborda pormenorizadamente en esta obra, que se mantiene en los límites estrictos del Derecho privado, fundamentalmente de obligaciones contractuales: aspectos fiscales, jurídico-internacionales, de propiedad industrial e intelectual, de protección de la intimidad personal de los contratantes, de seguridad pública y de competencia empresarial.

Constata el autor la existencia de diversas clases de comercio electrónico: por la cualidad de sus intervinientes, entre empresarios y entre empresarios y consumidores (centrándose esta obra principalmente en el primero); por su ámbito geográfico de ejercicio, interno e internacional o transfronterizo (y, dentro de éste, comercio electrónico intra o extracomunitario); según su entor-

no tecnológico, cerrado o abierto; y un comercio electrónico disciplinado con contratos previos y otro fundamentado en la regulación de la ley aplicable.

Concluye la introducción con unas indicaciones metodológicas sobre el trabajo que se desarrolla, basado en el Derecho positivo o prepositivo, y un apartado de agradecimientos.

En el primer capítulo (*Los principios generales del Derecho del comercio electrónico*) se inicia el abordamiento de la materia, poniendo de manifiesto el concepto, caracterización general y trascendencia actuales del comercio electrónico —que el profesor ILESCAS compara acertadamente con lo que en su momento supusieron la sustitución de la tablilla de piedra o barro por el papiro y la del pergamino por el papel— y desarrollando finalmente las reglas básicas del régimen jurídico del comercio electrónico (de aplicación general para todas las clases de comercio electrónico, a las que antes hicimos referencia), que se concretan en la equivalencia funcional de los actos electrónicos con los autógrafos, la neutralidad tecnológica de las disposiciones reguladoras del comercio electrónico, la inalteración del Derecho de obligaciones preexistente, la exigencia de buena fe y el mantenimiento de la libertad de pacto en el nuevo contexto; junto con dos específicamente europeas, basadas en la integración normativa y mutuo reconocimiento de normas.

En el segundo capítulo (*Los elementos conceptuales de Derecho del comercio electrónico*), como su propia titulación pone de manifiesto, se aborda el estudio de los distintos elementos que intervienen en el régimen jurídico del comercio electrónico: sujetos y objetos, si bien se invierte el orden lógico —advierte el autor— para facilitar la inteligencia de los mismos.

Como elementos objetivos, estudia el profesor ILESCAS los conceptos de mensaje de datos o archivo electrónico, norma técnica de estructuración del mismo, firma electrónica (con especial detenimiento en el antes citado Real Decreto-ley 14/1999, de 17 de septiembre, sobre firma electrónica, que analiza en detalle), sistemas de información y redes e interconexión de redes (Internet).

Como elementos subjetivos del comercio electrónico distingue el iniciador o signatario del mensaje de datos, el destinatario y los intermediarios, en los cuales se detiene para analizar su régimen de responsabilidades y la figura de los prestadores de servicios de certificación de firma electrónica avanzada (en especial, en relación con el referido Real Decreto-ley sobre firma electrónica).

En el tercer capítulo (denominado *Las manifestaciones específicas de la equivalencia funcional*) se aborda la equiparabilidad del mensaje de datos con el documento escrito, con el documento original y con otros medios de prueba (principalmente la prueba documental escrita), y del mensaje de datos archivado respecto de los archivos en soporte de papel, como manifestaciones todas ellas de la ya referida regla de equivalencia funcional y no discriminación del Derecho de la contratación electrónica.

En la equivalencia funcional entre mensaje de datos y documento escrito, comienza el autor con el estudio de los elementos precursores a la misma en el ordenamiento español: vigencia del principio espiritualista y precedentes existentes en leyes especiales (así, el reconocimiento de las anotaciones en cuenta por parte de la Ley del Mercado de Valores y de la Ley de Sociedades Anónimas, y la discutida posibilidad de letras de cambio, cheques y pagarés electrónicos, que se encontrarían con la principal dificultad de su circulación —en la que los derechos del tercero contra el librador y el aceptante estaban tradicionalmente basados en la posesión del documento de papel, que aquí sería inexistente—).

A continuación entra en cuáles son los *aspectos sustantivos* de la referida equivalencia. En este punto, analiza la definitiva consagración, con carácter expreso, de las reglas de equivalencia y no discriminación por parte del ordenamiento español, principalmente por los artículos 2.a) y b), 3.1.1 y 3.2 del Real Decreto-ley sobre firma electrónica, junto a reglas aisladas contenidas en instrumentos internacionales ratificados por España. Además, para esa equivalencia son precisas unas condiciones mínimas de operatividad, unas características que permitan la fungibilidad física entre el mensaje de datos y el papel, aspecto cuyas características técnicas prudentemente no vienen establecidas por las normas legales o contractuales (en la línea de la deseable neutralidad tecnológica del Derecho de la contratación electrónica), salvo el mínimo de la necesidad de que exista una recuperabilidad de los mensajes de datos; ese requisito de recuperabilidad, que parece haber sido *olvidado* por las normas españolas, es objeto de un particular estudio por el profesor ILLESCAS. No obstante, existen excepciones expresas, formuladas por los distintos ordenamientos, a ese principio de equivalencia entre el mensaje de datos y el papel, de modo que respecto de determinados documentos actualmente en soporte de papel no se admite su sustitución por mensajes de datos: principalmente, los datados de fe pública y los títulos-valores que circulan en entornos abiertos, lista de la cual la reciente Directiva comunitaria sobre comercio electrónico permite a los Estados miembros una generosa ampliación. Finalmente, se centra el autor en la problemática que puede suscitar la incorporación de condiciones generales de la contratación a mensajes de datos y la sustitución por éstos de soportes de papel, sobre todo en relación con la Ley de Condiciones Generales de la Contratación.

Yendo un paso más allá en su análisis de la equivalencia funcional entre mensaje de datos y documento escrito, el profesor ILLESCAS se plantea la problemática existente cuando el documento es original, dada la ilimitada reproducibilidad de los mensajes de datos en los más variados soportes. Por ello, la originalidad no debería hacer referencia a una singularidad o unicidad del documento, sino a la seguridad de que entre el documento original y los datos que reproduce existe una plena concordancia, concepto que existe ya respecto a documentos en papel (la letra de cambio, por ejemplo, puede expedirse en varios originales). De esta forma, nada debe obstar a reconocer con carácter general la equivalencia funcional entre el mensaje de datos original y el documento escrito original, salvo —claro está— las correspondientes condiciones y excepciones; por ello, llega a afirmar el autor que en esta materia no existen copias, sino sólo originales. Sin embargo, en este punto la normativa española es claramente insuficiente, pues el Real Decreto-ley sobre firma electrónica a lo sumo daría cobertura plena a los mensajes de datos originales siempre que vayan acompañados de firmas electrónicas avanzadas. No obstante, como decíamos, será precisa la concurrencia de ciertos requisitos para la equivalencia con documentos escritos originales: existencia de seguridad suficiente de que la información electrónica ha sido conservada íntegra y sin alteraciones desde su establecimiento definitivo por el generador hasta su utilización, aptitud del mensaje de datos para ser reproducido y exhibido ante terceros, y recuperabilidad del mismo.

Una vez determinada la equiparabilidad, la siguiente cuestión que surge —y que el profesor ILLESCAS aborda— es la de la aptitud de los mensajes de datos para ser medios de prueba —concretamente en relación con las obligaciones mercantiles—, sobre todo en los procedimientos judiciales o arbitrales.

En este punto, frente a la vigencia de normas al respecto en los procedimientos penal y administrativo, en el ámbito procedimental civil y mercantil sólo con la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 se ha reconocido expresamente una función probatoria a los mensajes de datos.

Fuera del ámbito procesal deben tenerse en cuenta las disposiciones probatorias contenidas en el Real Decreto-ley sobre firma electrónica y en el Real Decreto 1906/1999, que regula la contratación telefónica o electrónica con condiciones generales. Respecto del primero, aun cuando el mismo se centre en los aspectos probatorios de la firma electrónica, su enfoque repercute, siquiera incidentalmente, sobre los mensajes de datos: en tal sentido, la eficacia probatoria es distinta según se trate de un mensaje de datos con firma electrónica avanzada (con el mismo valor jurídico que la firma manuscrita en relación con los datos consignados en papel y admisible como prueba en juicio) o con firma electrónica simple (que también producirá efectos jurídicos y será admisible como prueba en juicio, pero con restricción de sus efectos a la identificación formal del autor del documento que la recoge, mientras que la avanzada permite además la detección de cualquier modificación ulterior de los datos), siguiendo el legislador español una posición dualista —si bien la tendencia creciente hacia las primeras en la práctica conducirá a un monismo en un futuro no muy lejano—.

En cuanto al Real Decreto 1906/1999, sus normas probatorias se concretan en atribuir la carga de la prueba sobre las condiciones generales en un contrato electrónico al predisponente, y admitir como medio de prueba cualquier documento electrónico que garantice su autenticidad, identificación fiable de los manifestantes, integridad, no alteración del contenido y momentos de emisión y recepción.

Continuando con los aspectos probatorios, estudia el profesor ILLESCAS lo que denomina «una prueba electrónica particularmente regulada (y obsoleta): la factura electrónica», prevista en la Ley del Impuesto sobre el Valor Añadido de 1992, desarrollada por el Real Decreto 2402/1985, de 18 de diciembre, y concretada por la Orden Ministerial de 22 de marzo de 1996, que la regula con un prolijo detalle. Pese a haber despertado cierto interés en la doctrina, no se ha generalizado su uso empresarial por las restricciones y autorizaciones fiscales previas que su empleo conlleva, y en la actualidad puede entenderse incluso superada tras el Real Decreto-ley sobre firma electrónica.

Finaliza el ámbito probatorio con una referencia a la situación en Derecho comparado y uniforme (principalmente, la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional), de la cual desde luego no se aparta significativamente el caso español.

El extenso capítulo tercero concluye con el tratamiento de los problemas que plantea el archivo y conservación de los mensajes de datos, habiéndose pasado de la transcripción electrónica de documentos originalmente en papel a efectos de su archivo, al archivo directo de los propios mensajes de datos. Ello es especialmente importante en relación con el cumplimiento de las disposiciones que imponen a los empresarios la llevanza de una contabilidad y la conservación de los libros contables y de la correspondencia, documentación y justificantes concernientes a su negocio durante seis años (art. 30.1 del Código de Comercio), siendo clara la legalidad del cumplimiento de esa obligación mediante medios electrónicos. Otras normas que admiten el registro y conservación electrónicos son el Real Decreto-ley sobre firma electrónica y el

referido Real Decreto 1906/1999. Sin embargo, para la equiparabilidad del archivo electrónico con el de papel serán requisitos necesarios la recuperabilidad de los mensajes de datos archivados (o sea, su reproducibilidad) y la integridad de los mismos durante todo su período de conservación.

El cuarto y último capítulo, intitulado *La contratación mercantil en el entorno electrónico*, es con mucho el de mayor extensión de la obra, con un total de 152 páginas, como no podía ser menos por cuanto en él se aborda el *cogollo* de la materia tratada, una vez estudiados los elementos fundamentales en los capítulos que lo anteceden.

Principia el profesor ILLESCAS enfocando con carácter introductorio la dinámica y cumplimiento de la dimensión electrónica del contrato mercantil. Así, entra en el estudio de la declaración de voluntad emitida electrónicamente —que no es en realidad sino un mensaje de datos que contiene la voluntad de comprometerse de su iniciador y signatario—, y sobre todo de la problemática sobre sus efectos jurídicos (iguales a los de una declaración de voluntad verbal o por escrito, como ponen de manifiesto el Real Decreto-ley sobre firma electrónica; su homologa, la Directiva 1999/93, y la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico) y la atribución de los mensajes de datos y de su contenido a su signatario e iniciador (cosa sencilla en caso de venir acompañados de firma electrónica, pero no tanto cuando no aparecen firmados —cosa relativamente frecuente en entornos cerrados—), para pasar al de la problemática de la representación comercial en un entorno electrónico (en tres facetas: actuación del iniciador a través de un representante, intervención de un agente electrónico o inteligente en los procesos de formación y ejecución contractuales, e intermediación en operaciones electrónicas).

A continuación, analiza el autor la problemática del acuse de recibo y la confirmación, piezas clave en el comercio electrónico para dar certidumbre respecto de la llegada de los mensajes de datos a sus destinatarios, por lo que la Directiva sobre comercio electrónico impone la expedición de acuse de recibo salvo pacto en contrario en unas limitadas excepciones. No obstante, ha de tenerse en cuenta que sólo da certeza de la recepción del mensaje, y no de su inalterabilidad (que se consigue a través de la firma electrónica). En relación con el acuse de recibo, son puntos importantes que estudia el profesor ILLESCAS el plazo para su expedición y el momento de su eficacia.

El siguiente apartado de estudio del profesor ILLESCAS se centra en el momento de la perfección del contrato electrónico, que en principio será el de la aceptación de la oferta, cuestión que hace surgir la duda de si la contratación electrónica ha de ser tratada como entre presentes o entre ausentes, en donde el autor considera que la rapidez de la comunicación electrónica no elimina la distancia física entre los contratantes, lo que hace que sea una contratación no instantánea entre ausentes, de modo similar al fax (respecto de este último, disentió el autor —al igual que hacen otros civilistas que el propio profesor ILLESCAS cita—, ya que, como pusimos de manifiesto en su momento —cfr. «La contratación por medio del fax», *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, segunda época, núm. 13, 1998, págs. 75-106, concretamente 86-90—, entendemos que deberá ser tratado con carácter general como entre presentes en cuanto al momento de perfección, salvo precisamente en relación con los contratos que específicamente sean de formación sucesiva). Derivadas de la determinación del momento de la perfección del contrato electrónico, se plantean tres grandes cuestiones, como son la de la pertinencia y efectos de un previo acuerdo entre las partes dirigido a regir las sucesivas

transacciones electrónicas entre ellas; la determinación del derecho sustantivo aplicable al referido momento de perfección, por su condición de contrato entre ausentes (sobre este punto y respecto de la posición que mantenemos, volvemos a remitirnos a nuestro artículo citado anteriormente); y las especialidades en la aplicación del Derecho sustantivo aplicable derivadas de que las voluntades contractuales se transmitan mediante mensajes de datos emitidos y recibidos por medio de los sistemas de información de los contratantes, frente al correo postal, referidas a los momentos de expedición y recepción de los mensajes.

En íntima conexión con esta cuestión del momento de perfección está la del lugar, que el profesor ILLESCAS aborda a continuación, inclinándose por la aplicabilidad de la solución del artículo 1.261 del Código Civil: el lugar donde se hizo la oferta, y acto seguido analiza el autor los problemas relativos a la capacidad de obrar de las partes y el error electrónico.

Sobre la problemática del contenido del contrato y su incorporación directa o por referencia en el mensaje de datos, el profesor ILLESCAS estudia la creciente estandarización de los contratos electrónicos y la incorporación a los mismos de condiciones generales de la contratación; para pasar después al tratamiento de determinados aspectos de la dinámica contractual electrónica —vicisitudes por las que puede pasar un contrato desde su perfección hasta su extinción—, concretamente la administración electrónica del contrato de tracto sucesivo (ejemplificando con el tratamiento del seguro en el Derecho español y del contrato de transporte en el Derecho uniforme), las relaciones entre los terceros y los derechos contractuales generados electrónicamente (estipulación a favor de tercero, cesión de derechos contractuales y electrificación de los títulos-valores, principalmente las acciones de las sociedades anónimas y los documentos de transporte) y, a la inversa, los (incipientes) instrumentos de producción por el contrato electrónico de efectos frente a terceros (los nuevos registros electrónicos y los terceros *confiables*, y los archivos electrónicos transferibles).

Finalmente, el último apartado del capítulo se dedica al cumplimiento electrónico de las obligaciones contractuales, sobre todo con relación a la transferencia electrónica de fondos y la compensación electrónica de fondos como medio de pago, deteniéndose en esta última respecto a su oponibilidad a terceros y su inmunidad frente a la retroacción de la quiebra.

Un apartado bibliográfico culmina esta obra, que —volvemos a repetir— da una completa y exhaustiva visión de la compleja materia del Derecho de la contratación electrónica, que la hace muy recomendable para todo aquél que desee un estudio profundo y riguroso del mismo, viniendo a ocupar un lugar destacado y de referencia entre la bibliografía sobre la materia.

FRANCISCO JAVIER JIMÉNEZ MUÑOZ  
Profesor Ayudante de Derecho Civil  
Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED)