

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González Martínez

Año LXXVII • Septiembre-Octubre 2001 • Núm. 667

CONSEJO DE REDACCION

PRESIDENTE:

D. Luis Díez-Picazo y Ponce de León.

CONSEJEROS:

D. Antonio Pau Pedrón.
D. José Poveda Díaz.
D. Juan Vallet de Goytisolo.
D. Aurelio Menéndez Menéndez.
D. Eugenio Fernández Cabaleiro.
D. Manuel Amorós Guardiola.
D. José Antonio Nortes Triviño.
D. Fernando Muñoz Cariñanos.
D. José Manuel García García.
D. Juan Pablo Ruano Borrella.
D. José Luis Laso Martínez.
D. Joaquín Rams Albesa.
D. Francisco Corral Dueñas.
D. Juan Sarmiento Ramos.
D. Luis María Cabello de los Cobos y Mancha.
D. Carlos Lasarte Alvarez.
D. Antonio Manuel Morales Moreno.
D. Angel Rojo Fernández-Río.
D. Juan Luis Iglesias Prada.
D. Fernando Curiel Lorente.
D. Francisco Javier Gómez Gállico.
D. Juan María Díaz Fraile.

COMISIÓN EJECUTIVA:

D. Antonio Pau Pedrón.
D. Fernando Curiel Lorente.
D. Manuel Amorós Guardiola.

CONSEJERO-SECRETARIO DE LA REVISTA:

D. Francisco Corral Dueñas.

Dirección: Príncipe de Vergara, 72.—28006 Madrid.—Tel. 91 411 26 28

La Revista no se identifica con las opiniones
sostenidas por sus colaboradores.

I.S.S.N.: 0210-0444

I.S.B.N.: 84-500-5636-5

Depósito legal: M. 968-1958

J. SAN JOSE, S. A.—Leganitos, 24.—28013 Madrid

S U M A R I O

Págs.

ESTUDIOS

«A vueltas con el derecho de superficie, el derecho de elevación, el Reglamento Hipotecario y la sentencia de 31 de enero de 2001, de la Sala Contencioso-Administrativa del Tribunal Supremo», por ISABEL DE LA IGLESIA MONJE	1835
«Registros públicos, clasificación de los bienes y transferencia de la propiedad (del Código Civil de 1952 a la reforma del Código Civil del Perú de 1984)», por CARLOS CÁRDENAS QUIRÓS	1903
«El control registral de las condiciones generales de los contratos», por JOSÉ MANUEL BUSTO LAGO	1939
«Eficacia de la firma electrónica en los Registros de la Propiedad y Mercantil», por JAVIER PLAZA PENADÉS	2005
«La publicidad registral en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», por ANTONIO MANZANO SOLANO	2047

DICTAMENES Y NOTAS

«El derecho de reversión legal del artículo 812 del Código Civil: cuestiones suscitadas en la jurisprudencia más reciente», por EDUARDO CORRAL GARCÍA	2129
---	------

ACTUALIDAD JURIDICA

Información legislativa y de actividades, por LA REDACCIÓN	2145
--	------

JURISPRUDENCIA

I. Sentencias del Tribunal Constitucional, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	2155
--	------

II. Resoluciones de la Dirección General:

A) Resoluciones publicadas en el <i>BOE</i> , por FERNANDO CURIEL LORENTE	2161
B) Resoluciones comentadas, por JESÚS GONZÁLEZ GARCÍA y FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	2173

III. Sentencias del Tribunal Supremo:

1. Derecho Civil:

b) Obligaciones y contratos, por ISABEL DE LA IGLESIA MONJE e ISABEL MORATILLA GALÁN	2201
c) Arrendamientos, por CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ	2212

INFORMACION BIBLIOGRAFICA

«L'avenir du droit comparé. Un défi pour les juristes de nouveau millénaire», de AA.VV., por GABRIEL GARCÍA CANTERO	2227
«Garantías del constructor: El crédito refaccionario», de MARÍA DOLORES MEZQUITA GARCÍA-GRANERO, por FLORENCIO OZCÁRIZ MARCO	2229
«Cuestiones procesales y registrales en la ejecución hipotecaria», de AA.VV., por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	2234
«Presente y futuro del aprovechamiento por turno de bienes inmuebles», de RAFAEL CEPAS y otros, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS ..	2237
«Reversión expropiatoria. Una reflexión en la perspectiva civilista», de GERMÁN DE CASTRO VÍTORES, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS ...	2239
«El asiento de cancelación negocial del crédito hipotecario», de MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	2241

REVISTA DE REVISTAS

Por LA REDACCIÓN, comentarios de ISABEL DE LA IGLESIA MONJE	2245
---	------

ESTUDIOS

A vueltas con el derecho de superficie, el derecho de elevación, el Reglamento Hipotecario y la sentencia de 31 de enero de 2001, de la Sala Contencioso-Administrativa del Tribunal Supremo

SUMARIO: I. INTRODUCCION. LA SENTENCIA DE 31 DE ENERO DE 2001, DE LA SALA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA DEL TRIBUNAL SUPREMO Y EL ARTICULO 16.1.º DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO: A) POSICIONES DE LAS PARTES. ASOCIACIONES RECURRENTES. ABOGADO DEL ESTADO. COLEGIO DE REGISTRADORES DE LA PROPIEDAD. B) POSICIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO. FUNDAMENTO JURÍDICO. FALLO. C) DIFERENTES PERSPECTIVAS DE LAS CONSECUENCIAS DE LA SENTENCIA SOBRE EL DERECHO DE SUPERFICIE (1) Y EFECTOS DE LAS MISMAS.—II. EL DERECHO DE SUPERFICIE (ART. 16.1 RH): 1.º LA STC 61/97, DE 20 DE MARZO DE 1997, Y LA CONSTITUCIONALIDAD O NO DE LOS PRECEPTOS URBANÍSTICOS RELATIVOS AL DERECHO DE SUPERFICIE. IMPORTANCIA DE LA SENTENCIA CONSTITUCIONAL EN TORNO A LA CONCEPCIÓN DUALISTA O UNITARIA DE LA INSTITUCIÓN SUPERFICIARIA. 2.º ANÁLISIS PORMENORIZADO DEL APARTADO PRIMERO DEL PRECEPTO REGLAMENTARIO.

(1) El problema que se dibuja en las siguientes líneas en torno a la discusión de las diferentes perspectivas sobre la consecuencia de la nulidad de la reforma reglamentaria de 1998 y sus efectos, sólo afecta al derecho de superficie por cuanto en relación con el derecho de vuelo (o sobreedificación y subedificación), concretado en el artículo 16.2.º RH, la nulidad de la reforma de 1998 y la desaparición del requisito de la inscripción de la determinación concreta del número de plantas a construir, vuelve a dejar el artículo como se hallaba anteriormente, habiéndose pronunciado el TS únicamente en relación con dicho requisito y no con otras cuestiones esenciales de la institución, como veremos que va a ocurrir con el derecho de superficie.

SUS VICISITUDES Y SU ACTUALIDAD: A) *Apuntes y cuestiones en relación con el carácter constitutivo de la inscripción del derecho de superficie*. B) *Argumentos relativos a la necesidad de establecer legalmente el carácter constitutivo de la inscripción del derecho de superficie*. C) *Examen detallado de cada uno de los requisitos anteriormente exigidos por el artículo 16.1.º del RH. La ilegalidad y nulidad del precepto reglamentario y su situación actual*: a) Plazo de duración del derecho; b) Prórroga del plazo de duración del derecho; c) Reversión de la propiedad superficiaria a manos del *dominus soli*; d) Determinación del canon o precio a abonar por el superficiario al *dominus soli*; e) Plazo para la realización de la edificación. Cuestiones relativas a las características generales, al destino y al costo de la construcción superficiaria; f) Pactos relativos a la realización de actos de disposición por el superficiario; g) Garantías de trascendencia real con que se asegure el cumplimiento de los pactos del contrato; h) Ausencia de inscripción de las estipulaciones que sujeten el derecho de superficie a comiso.—III. EL DERECHO DE ELEVACION (ART. 16.2 RH): 1.º INTRODUCCIÓN. LA SENTENCIA DE 31 DE ENERO DE 2001, DE LA SALA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA DEL TRIBUNAL SUPREMO Y EL ARTÍCULO 16.2.º DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO: A) *Planteamiento de la cuestión*. B) *Posiciones de las partes. Asociaciones notariales. Abogado del Estado. Colegio de Registradores de la Propiedad*. C) *El Tribunal Supremo. Fundamento Jurídico. Fallo*. 2.º ANÁLISIS PORMENORIZADO DEL APARTADO SEGUNDO DEL PRECEPTO REGLAMENTARIO. SUS VICISITUDES Y SU ACTUALIDAD: A) *Regulación, reformas y nulidad de los requisitos de la inscripción del derecho de elevación*. B) *Requisito de la inscripción de la determinación de plantas a construir*.—IV. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCION. LA SENTENCIA DE 31 DE ENERO DE 2001, DE LA SALA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA DEL TRIBUNAL SUPREMO Y EL ARTICULO 16.1.º DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO

La sentencia de la Sala Contencioso-Administrativa (sección sexta) del Tribunal Supremo, objeto de análisis, de 31 de enero de 2001, declara la nulidad radical del artículo primero del Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, en cuanto modifica y da nueva redacción, entre otros, al artículo 16.1.º y 2.º-b) del Reglamento Hipotecario de 1959. Como veremos a lo largo de estas breves páginas, la sentencia entiende, como hemos anticipado anteriormente en todos nuestros trabajos (2), que tales preceptos son contrarios a la Ley.

(2) *El derecho de superficie. Aspectos civiles y registrales*. Centro de Estudios Hipotecarios del Ilustre Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, abril de 1996. *El derecho de superficie. Aspectos civiles y registrales (2.ª edición, revisada y actualizada)*. Centro de Estudios Hipotecarios del Ilustre Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, julio de 2001. «Duración del

Nuestro estudio se va a centrar en el análisis pormenorizado del Fundamento de Derecho decimotercero de la sentencia en cuanto que es el que se dedica básicamente a exponer las cuestiones que afectan a nuestro estudio. Para ello, a continuación, voy a transcribir íntegramente su contenido a fin de desarrollar y proceder a un riguroso examen de los efectos que la sentencia produce en nuestro ordenamiento vigente. Aunque previamente vamos a hacer constancia de los planteamientos de las dos partes siguiendo el tenor literal de la sentencia objeto de estudio.

A) POSICIONES DE LAS PARTES. ASOCIACIONES RECURRENTES.

ABOGADO DEL ESTADO. COLEGIO DE REGISTRADORES DE LA PROPIEDAD

Como es sabido, la demanda que ha dado origen a esta sentencia, fue en su día planteada por dos asociaciones, la Asociación Foro Notarial y la Libre Asociación de Notarios «Joaquín Costa». En general se solicitaba en el escrito de demanda la nulidad de la disposición general impugnada (esto es, el artículo primero del Real Decreto 1867/98, de 4 de septiembre) aunque, como ya hemos señalado, nosotros únicamente vamos a centrarnos en el precepto 16 del RH, en sus apartados 1.º y 2.º, del cual se considera su ilegalidad y se solicita igualmente su nulidad.

Tal y como se recoge en el Séptimo Antecedente de Hecho, se alega en la demanda que debe ser considerado *«ilegal el artículo 16 reformado del Reglamento Hipotecario por cuanto por exigir para la eficaz constitución del derecho de superficie su inscripción en el Registro de la Propiedad, con lo que contradice el sistema de adquisición de tal derecho real establecido en el Código Civil, pues, según el Texto Refundido de la Ley del Suelo, la inscripción en el Registro de la Propiedad es requisito para la eficacia del derecho de superficie pero no para su validez, imponiendo, además, que los títulos públicos en que se establezca dicho derecho contengan una serie de circunstancias, lo que excede de las posibilidades de un Reglamento, exigiendo también este precepto reglamentario, con evidente exceso, que se precise el número de plantas, al mismo tiempo que establece un plazo máximo y la prohibición de comiso, lo que excede de las posibilidades de una norma reglamentaria adjetiva y debería establecerse en norma sustantiva con rango de ley formal, pues afecta a la esencia misma del derecho»*.

derecho de superficie urbano», en AC, núm. 21, 1996, págs. 445 a 4801. «El derecho de superficie en la actualidad tras la publicación de la Ley de Régimen del Suelo y valoraciones y la reforma del Reglamento Hipotecario», en RCDI, 1999, núm. 649, enero-febrero, págs. 27 a 601. «Breves consideraciones en torno al derecho de elevación y a las modificaciones introducidas por el Reglamento Hipotecario de 1998. Análisis de la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 2000 (Estudio jurisprudencial del Derecho de elevación)», en RCDI, 2000, núm. 659, mayo-junio.

El Abogado del Estado contestó a la demanda concretando, en relación con el artículo 16, que no puede ser considerado ilegal «...*porque la inscripción del derecho de superficie puede o no ser constitutiva, según sea la fuente del mencionado derecho, pues si la tiene en el Derecho urbanístico la inscripción es constitutiva ex lege puesto que la Ley 6/1998, de 13 de abril, ha entendido la vigencia de los artículos 288 y 289 de la Ley del Suelo de 1992, mientras que, en los demás supuestos, cabe estipular que la inscripción no sea constitutiva, mientras que la alusión a las demás circunstancias necesarias para la inscripción no significa una extralimitación del precepto sino una revisión a las circunstancias comunes a la inscripción que no se repiten con la finalidad de adicionar a dichas circunstancias otras impuestas por la especificidad del derecho y que también son circunstancias para la inscripción del derecho de superficie, dudando las recurrentes de la interpretación que deba darse al precepto, siendo el párrafo segundo del artículo 16 reformado sustancialmente análogo al anterior, circunscribiéndose la reforma a la necesidad de que se determine el número máximo de plantas a construir y el plazo máximo del ejercicio del derecho que no podrá exceder de diez años, habiéndose censurado por la doctrina que no se fijasen las cuotas o las bases para su determinación o las características y el plazo de la edificación, de modo que el Reglamento Hipotecario no pretende regular los derechos de suelo y subsuelo sino en el ámbito tabular, siendo el principio de especialidad registral el que anima y justifica la reforma del artículo 16.2.º del Reglamento Hipotecario, pues dicho principio, también llamado de determinación, no tolera la existencia de gravámenes indefinidos, y lo que requiere rango de ley es el principio de especialidad o determinación...*» (Antecedente de Hecho Octavo).

B) POSICIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO. FUNDAMENTO JURÍDICO. FALLO

Comienza el Fundamento Jurídico Decimotercero de la sentencia del Tribunal Supremo, manteniendo su postura y señalando que «*postulan también los demandantes la declaración de ilegalidad de los apartados primero y segundo del artículo 16 del Reglamento Hipotecario porque el primero establece, en contra del principio de libertad contractual, el carácter constitutivo de la inscripción del derecho de superficie al mismo tiempo que invade su regulación sustantiva reservada a la ley, mientras que el segundo opera en esta misma forma respecto del contenido del derecho de vuelo con manifiesto exceso de la potestad reglamentaria, a lo que los demandados contestan que en el ordenamiento urbanístico vigente la inscripción del derecho de superficie es constitutiva y que el precepto reglamentario combatido se refiere a la eficacia de la inscripción frente a terceros pero no exige la*

inscripción como requisito de validez del derecho de superficie ni impone condiciones al nacimiento de tal derecho sino que establece las circunstancias para el acceso de ese derecho al Registro de la Propiedad.

Efectivamente, el artículo 288.2 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992, vigente según Ley 6/1998, de 13 de abril, requiere para la constitución del derecho de superficie su formalización en escritura pública y como requisito constitutivo de eficacia, su inscripción en el Registro de la Propiedad, pero de este precepto no se deriva que para la válida constitución de dicho derecho sea preceptiva su inscripción sino que para que tenga eficacia frente a terceros debe inscribirse en el Registro de la Propiedad, a pesar de lo cual el precepto del Reglamento Hipotecario, que examinamos, va más lejos, incluso con la interpretación que para preservar su legalidad hacen los demandados, pues requiere la inscripción para la eficaz constitución del derecho de superficie, sin que, en contra del parecer de estos, tengan idéntico significado el citado precepto legal y el apartado 1.º del artículo 16 del Reglamento Hipotecario, ya que, mientras el citado artículo de la Ley del Suelo requiere, como requisito constitutivo de su eficacia frente a terceros, su inscripción, el artículo 16.1.º del Reglamento recurrido impone la inscripción como requisito de su eficaz constitución, de modo que el cambio del adjetivo válida por el de eficaz, propuesto por el Consejo de Estado en su dictamen, realmente no ha corregido el exceso reglamentario.

El desbordamiento de los límites del Reglamento se aprecia también al establecer en sus apartados a), b), c), d) y e) las circunstancias que deben reunir los títulos públicos en que se establezca el derecho de superficie, además de las necesarias para la inscripción, declarando, finalmente, que no serán inscribibles las estipulaciones que sujeten el derecho de superficie a comiso.

Con la exigencia de que en el título concurren tales circunstancias, el Reglamento fija condiciones no exigibles para la inscripción, al establecer que, además de las circunstancias necesarias para la inscripción, deberá aquél contener el plazo de duración, que no excederá de setenta y cinco o noventa y nueve años, según los sujetos, la determinación del canon o precio si fuese a título oneroso, el plazo para realizar la edificación, que no podrá exceder de cinco años, los pactos relativos a la realización de actos de disposición por el superficiario y las garantías de trascendencia real con la que se asegure el cumplimiento de los pactos del contrato, cuestiones todas que afectan a la definición del derecho de propiedad, que al Reglamento no le es dado regular debido a la tradicional reserva de Ley en materia de propiedad y otros derechos civiles, mantenida en la vigente Constitución al exigir que su contenido se delimite de acuerdo con las leyes (art. 33 CE) e incluir entre las competencias del Estado la legislación civil (con las salvedades forales) al igual que la mercantil o la procesal (art. 149.6.ª y 8.ª).

Esta Sala, en su sentencia de 24 de febrero de 2000 (recurso 526/98); ya anuló el apartado c) del artículo 16.2.º del Reglamento Hipotecario, en el que señala el plazo máximo para el ejercicio del derecho de vuelo, pero la razón, entonces dada para anularlo por considerar contraria la fijación de un plazo de diez años para el ejercicio del derecho de vuelo a lo establecido en el artículo 1.º de la Ley Hipotecaria, no es la única para decidir si dicho artículo 16.2.º del Reglamento Hipotecario es o no ilegal, pues, si bien trata de fijar las condiciones para inscribir el derecho de elevar una o más plantas sobre un edificio o de realizar construcciones bajo su suelo haciendo suyas las edificaciones resultantes, lo cierto es que aquéllas exceden abiertamente de la función propia del Reglamento (desarrollo y colaboración) al exigir que conste la determinación concreta del número máximo de plantas a construir, con lo que éstas han de quedar precisadas desde un principio a pesar de lo que pueda autorizar el ordenamiento urbanístico en cada momento, viniéndose así, en definitiva, a prohibir por el Reglamento que el referido derecho pueda extenderse a cuantas plantas permitan las determinaciones urbanísticas.

Es indudable que, como se alega por el Colegio Profesional demandado, el principio de especialidad o de determinación del derecho real a inscribir requiere, conforme al artículo 9.2.º de la Ley Hipotecaria, que se exprese la naturaleza, extensión y condiciones del derecho que se inscriba, pero éstas no pueden venir impuestas por el Reglamento, a pesar de lo cual los apartados b) y c) del artículo 16.2.º las establecen al margen de lo dispuesto por la legislación urbanística aplicable, razón por la que el apartado b), al igual que ya lo fue antes el c), debe ser declarado nulo de pleno derecho por exigir un requisito para la inscripción del derecho de vuelo y subsuelo, cual es el número de plantas a construir, que sólo el ordenamiento urbanístico en vigor puede establecer».

En cuanto al Fallo con el que se finaliza la sentencia, textualmente afirma que «...debemos declarar y declaramos nulo de pleno derecho el artículo primero del Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, en cuanto modifica y redacta los artículos... 16.1 y 2.b)... preceptos todos estos radicalmente nulos por ser contrarios a la Ley» (3).

(3) En este momento queremos recoger alguno de los Fundamentos Jurídicos de la sentencia que son interesantes y que se conectan directamente con el tema que estamos tratando.

Así, por ejemplo, el sexto mantiene que «...al no ser atendible el planteamiento de las demandas en orden a la irrecurribilidad de aquellos preceptos que ahora reiteran lo ya dispuesto con anterioridad a la reforma, serán objeto de nuestro enjuiciamiento sólo los preceptos tachados de ilegales en la demanda que no fueron declarados radicalmente de ilegales en nuestras sentencias (anteriores)...»

En cuanto al séptimo, el Tribunal mantiene que «...esta jurisdicción carece de competencia para determinar la forma en que han de quedar redactados los preceptos de una disposición general en sustitución de los que se anulen, de manera que por más que la

C) DIFERENTES PERSPECTIVAS DE LAS CONSECUENCIAS DE LA SENTENCIA SOBRE EL DERECHO DE SUPERFICIE (4) Y EFFECTOS DE LAS MISMAS

Las *consecuencias* que la doctrina (5) observa y deduce de la sentencia objeto de comentario, se centra, y *cito textualmente* por su enorme importancia para el estudio que vamos a realizar en los siguientes puntos:

1. «...el fallo que declara la nulidad del Real Decreto en cuanto modifica determinados artículos del Reglamento Hipotecario determina la nulidad de la propia modificación, por lo que los artículos afectados quedarán redactados de la misma forma que antes de la publicación del Real Decreto».
2. «La mayor o menor coincidencia de la redacción anterior con la resultante de la modificación, no es obstáculo para la reviviscencia de aquélla,

simple alteración o supresión de una mínima parte de su contenido permitiera salvar la norma del reproche de ilegalidad, el mandato contenido en el artículo 71.2 de la vigente Ley Jurisdiccional 29/1998, aplicable *ratione temporis* a esta sentencia, nos impide acometer dicha tarea...». Fundamento que se basa en el principio general contenido en el ordenamiento jurídico de un Estado de Derecho de división de poderes: una cosa es el poder legislativo y otra el poder judicial.

En el *octavo* se precisa acertadamente que «...aún cuando la reforma del Reglamento Hipotecario pretenda dar respuesta a las necesidades del tráfico inmobiliario actual y a otras realidades extrarregistrales, lo cierto es que no puede efectuarse en contra o al margen de la Ley Hipotecaria, el Código Civil o cualquier otra disposición con rango de ley, pues el contenido de desarrollo y colaboración propio del Reglamento no puede alcanzarse a costa de aquellos principios, a pesar de que la Ley pueda contener elementos alógicos insalvables mediante la interpretación, lo que, en tal caso, justificaría su sustitución por vía parlamentaria y no reglamentaria.

Por último, queremos resaltar algunas líneas del Fundamento Jurídico *noveno* por su importancia, y sobre la que repetidas veces volveremos en el texto. «...la regla de la congruencia nos impide pronunciarnos acerca de la legalidad de los preceptos del Reglamento Hipotecario en su redacción anterior, pero su contenido merecerá idénticos reproches u objeciones si incidiera en los vicios o deficiencias observados en los nuevos, y sin que la preconstitucionalidad del Reglamento modificado justifique la conculcación del principio de reserva de Ley, pues no cabe perpetuar indefinidamente normas reglamentarias preconstitucionales que infrinjan este principio con el pretexto de que no producen innovaciones en el sistema».

(4) El problema que se dibuja en las siguientes líneas en torno a la discusión de las diferentes perspectivas sobre la consecuencia de la nulidad de la reforma reglamentaria de 1998 y sus efectos sólo afecta al derecho de superficie por cuanto en relación con el derecho de vuelo (o sobreedificación y subedificación), concretado en el artículo 16.2.º RH, la nulidad de la reforma de 1998 y la desaparición del requisito de la inscripción de la determinación concreta del número de plantas a construir, vuelve a dejar el artículo como se hallaba anteriormente, habiéndose pronunciado el TS únicamente en relación con dicho requisito y no con otras cuestiones esenciales de la institución, como veremos que va a ocurrir con el derecho de superficie.

(5) CURIEL LORENTE, «Doctrina y consecuencias de las sentencias», en el número especial dedicado al Reglamento Hipotecario del *Boletín del Colegio de Registradores de España*. Centro de Estudios Registrales, abril, núm. 70 bis, 2001, págs. 1121 y 1122.

como tampoco lo ha sido para revisar la legalidad al formar parte de la nueva redacción».

3. «La sentencia no ha valorado la legalidad de la redacción anterior, más bien, presupone su renovada vigencia al anticipar que, si se enjuiciara su legalidad y se apreciaran similares vicios que en la nueva, merecería idéntica sanción de ilegalidad».

4. «Como el Real Decreto no contenía una disposición derogatoria expresa de precepto alguno del Reglamento Hipotecario, no cabe plantearse la posibilidad de que se mantuviera una eficacia derogatoria pese a la declaración de nulidad parcial».

5. «El diverso alcance de la modificación y de la declaración de nulidad hace también distinta la forma y alcance de la recomposición:

- a) Algunos artículos se sustituyen íntegramente.
- b) En otros, se sustituyen íntegramente determinados párrafos.
- c) En otros, se sustituyen párrafos equivalentes a los anulados.
- d) En algún caso, no cabe reactivación por no existir equivalencia».

Y, ¿cómo afectan realmente estas consecuencias al artículo, objeto de análisis, es decir, qué efectos producen esta perspectiva en la figura del derecho de superficie —art. 16.1.º RH (puesto que en relación con el derecho de sobreedificación y subeficación, la nulidad de la reforma devuelve al párrafo 2.º del art. 16 RH a su estado original)?

1. Pues, en principio, siguiendo los puntos anteriores, cabrá señalar que el artículo 16, en su apartado 1.º, quedará regulado —según la postura mantenida por la doctrina registral— de idéntica forma a la existente con anterioridad a la modificación de 1998 por cuanto que la nulidad sólo afecta a dicha modificación. De esta manera el artículo 16.1.º pasaría a tener el mismo tenor literal que en 1959.

2. Todo ello con independencia de la mayor o menor coincidencia de la modificación anulada con la redacción anterior, hoy existente. En nuestro caso la coincidencia es casi abrumadora, por cuanto al ser un precepto largo con diferentes párrafos, sólo fueron objeto de modificación en 1998, y de forma parcial —aunque en algunos puntos sobre aspectos configuradores de la institución—, el a), el b) y el c).

3. Se entiende, desde esta perspectiva registral, que la sentencia de 31 de enero de 2001, *no ha valorado la legalidad de la redacción anterior*, utilizando como argumento el principio de congruencia procesal (como veremos en el FJ 9.º). A fin de no entrar en realidad a solucionar el problema de forma tajante y de una vez, pero dando paso a que se pueda acudir de nuevo a los tribunales proponiendo incluso los mismos argumentos para iniciar una nulidad (se anticipa que, «si se enjuiciara su legalidad y se apreciaran simi-

lares vicios que en la nueva, merecería idéntica sanción de ilegalidad»), o, incluso una posible inconstitucionalidad del precepto en cuestión (ir en contra del art. 33 CE).

Y, en base a ello, se propone y se parte de que la STS presupone la renovada vigencia del artículo 16.1.º RH.

Evidentemente la dicción del artículo 16 en la modificación de 1998 recogía similares vicios que la renovada dicción del artículo 16.1.º del RH de 1959. Con ello, el TS está dando paso a que se vuelva a incidir sobre el mismo o casi idéntico texto del artículo 16.1.º RH en una nueva decisión judicial.

4. Todo esto da pie a mantener lo que hemos propuesto desde siempre, que sea la propia Ley Hipotecaria quien incorpore en su texto cuestiones tan importantes de la propia institución superficiaria como son el del carácter constitutivo de su inscripción, y la necesidad de incorporar en ella determinados requisitos, esto es, el contenido del párrafo 1 del artículo 16 del Reglamento en cuestión.

Todos estos puntos indican la existencia de una postura que podríamos denominar «demasiado parcial» y que entendemos, aunque no estamos de acuerdo con ella desde una visión que podríamos calificar de «sustantiva» al hilo de los argumentos expuestos por nuestro más Alto Juzgador en sus Fundamentos Jurídicos.

Es cierto que literalmente podría entenderse que la postura mantenida por las Asociaciones recurrentes se centra en impugnar la reforma del Reglamento Hipotecario de 1998. Pero sus argumentos son evidentemente mucho más amplios, pues inciden directamente en cuestiones de suma importancia de la institución superficiaria que no han surgido de la nueva modificación sino que nacieron de la publicación de la Reforma del Reglamento Hipotecario de 1959, que fue quien introdujo la institución superficiaria en el «ámbito registral». Pues como hemos visto, entre sus argumentos se arremete contra el carácter constitutivo de la inscripción y contra la exigencia de las circunstancias que deben aparecer en la misma, en base a la extralimitación reglamentaria con relación a la Ley Hipotecaria que nada dice en relación con la Institución, y mucho menos determina el carácter constitutivo de la inscripción del derecho. Sin olvidarnos de la extralimitación reglamentaria que se produce al exigir la prohibición de la inscripción del comiso.

En el mismo sentido, el fallo del Tribunal, a fin de no poder ser tachado de incongruente [en base a otorgar más de lo solicitado (6)] declara *simple-*

(6) Téngase en cuenta los planteamientos del TS en los FJ expuestos en la nota número 2 de pie de página.

mente la nulidad radical del artículo primero del Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, *en cuanto modifica y da nueva redacción...* al artículo 16.1.º Aunque previamente en el Fundamento de Derecho decimotercero se haya expuesto con total claridad su postura al hacer referencia a cuestiones que no son nuevas, que no resultan de la modificación de 1998, sino que, al contrario, constituyen la esencia del problema y surgieron con la regulación de la figura por el Reglamento de 1959, que se entiende «rehabilitado y en vigor tras la nulidad actual de la reforma de 1998».

Nos estamos refiriendo a cuestiones tan importantes y de tanto peso como es el del mantenimiento del carácter constitutivo de la inscripción del derecho de superficie, y el de los requisitos que deben contenerse en base a tal criterio de forma esencial en el asiento de inscripción del derecho, precisamente consecuencia de dicho carácter, los cuales se han regulado específicamente desde 1959 en el Reglamento de 1959 y la reforma de 1998, ha variado única y mínimamente en cuatro puntos esenciales (que como más adelante analizaremos detenidamente —pues este no es el momento apropiado—) relativos a: la corrección del desfase en relación con el plazo de constitución del derecho y su diferenciación según quien fuera el sujeto creador, el cual se había propiciado por las diversas modificaciones y ampliaciones de la institución superficiaria en las leyes urbanísticas; la reversión parcial a favor del superficiario por pacto expreso de las partes con la determinación de las cuotas y las normas relativas a una futura e hipotética propiedad horizontal de la construcción, la prórroga definida del plazo de duración del derecho de superficie; y, la inclusión de que el transcurso del plazo de cinco años para realizar la edificación, no impedirá la declaración de obra nueva.

La consideración de que la STS, objeto de comentario, sólo y únicamente considera «ilegal» y «nula» la reforma reglamentaria de 1998 en relación con la institución superficiaria renovando el planteamiento de 1959 que incide sobre los planteamientos analizados por el propio juzgador a efectos sustantivos podría, cuanto menos, llegar a ser tachada de *absurda*.

Como hemos expuesto al citar textualmente el FJ 13.º, nuestro más Alto Tribunal ha enjuiciado realmente y ha observado detenidamente cuestiones existentes desde 1956, y no precisamente las modificaciones introducidas en 1998, a las que precisamente *ni siquiera alude ni directa ni indirectamente*.

Pero es que, además, mantener la existencia actual del Reglamento anterior, esto es, la dicción antigua del artículo 16.1.º RH iría en contra de sus planteamientos y a sus propios argumentos mantenidos en el citado FJ 13.º ya que, cito con sus mismas palabras, continuaría produciéndose el hecho de que: «al Reglamento no le es dado regular debido a la tradicional reserva de Ley en materia de propiedad y otros derechos civiles, mantenida en la vigente Constitución al exigir que su contenido se delimite de acuerdo con las

leyes (art. 33 CE) e incluir entre las competencias del Estado la legislación civil (con las salvedades forales)».

Por otro lado, el sostenimiento de la nulidad del artículo 16.1.º RH existente y de su desaparición, provocaría problemas, sobre todo a los Registradores, quienes deberían hacer frente a los mismos a la hora de proceder a la calificación de los títulos públicos donde se pactase el derecho y sobre todo en el caso presente, donde se mantiene aún, tras la nulidad de la reforma, el carácter constitutivo de la inscripción (7). Es normal que la «postura oficial» se centre también en mantener un criterio unitario a fin de que todas las calificaciones registrales sigan un mismo rumbo.

¿Cuál va a ser, en definitiva, y en la práctica, la nulidad de la reforma de 1998 en relación con el derecho de superficie? Pues en realidad, me atrevería a decir que ninguna. Téngase en cuenta que el legislador de la reforma llevó a texto reglamentario, cuestiones que ya se estaban llevando a la práctica, como era, y cito únicamente como ejemplo, la de proceder a la inscripción de la constitución del derecho de superficie por setenta y cinco años cuando lo creaba la Corporación Municipal, y de noventa y nueve cuando era un particular, frente al criterio de cincuenta años mantenido por el RH de 1959 que, sin duda, había quedado desfasado por las posteriores leyes urbanísticas.

En definitiva, los problemas que la institución superficiaria tenía y que habían sido señalados, mantenidos y expuestos por la doctrina, van a continuar existiendo, creándose además cierto clima de inseguridad por los propios planteamientos y argumentos señalados por el Juzgador Supremo y la posibilidad de acudir a solicitar la nulidad, e incluso la posible incostitucionalidad del artículo 16.1.º del RH de 1959 en base al FJ Noveno (8) en relación con lo mantenido en el FJ Decimotercero (9).

(7) En las líneas siguientes, y a pie de página, propondremos lo que ocurriría de haberse procedido a establecer la nulidad total del artículo 16.1.º RH, es decir, lo que ocurriría si se quedase vacío de contenido el actual párrafo 1.º referido al derecho de superficie.

(8) FJ 9.º: «...la regla de la congruencia nos impide pronunciarnos acerca de la legalidad de los preceptos del Reglamento Hipotecario en su redacción anterior, pero su contenido merecerá idénticos reproches u objeciones si incidiera en los vicios o deficiencias observados en los nuevos, y sin que la preconstitucionalidad del Reglamento modificado justifique la conculcación del principio de reserva de Ley, pues no cabe perpetuar indefinidamente normas reglamentarias preconstitucionales que infrinjan este principio con el pretexto de que no producen innovaciones en el sistema».

(9) FJ 13.º: «...cuestiones todas que afectan a la definición del derecho de propiedad que al Reglamento no le es dado regular debido a la tradicional reserva de Ley en materia de propiedad y otros derechos civiles, mantenida en la vigente Constitución al exigir que su contenido se delimite de acuerdo con las leyes (art. 33 CE) e incluir entre las competencias del Estado la legislación civil (con las salvedades forales)».

II. EL DERECHO DE SUPERFICIE (ART. 16.1 RH)

- 1.º LA STC 61/97, DE 20 DE MARZO DE 1997, Y LA CONSTITUCIONALIDAD O NO DE LOS PRECEPTOS URBANÍSTICOS RELATIVOS AL DERECHO DE SUPERFICIE. IMPORTANCIA DE LA SENTENCIA CONSTITUCIONAL EN TORNO A LA CONCEPCIÓN DUALISTA O UNITARIA DE LA INSTITUCIÓN SUPERFICIARIA

El Antecedente de Hecho número 31 de la sentencia del Tribunal Constitucional recoge el contenido esencial del escrito del recurso de inconstitucionalidad promovido por el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña en relación con algunos puntos del TRLS de 1992, entre otros los referidos al derecho de superficie. La argumentación que sustenta el impugnante se centra en que *«vulneran las competencias autonómicas los artículos 287.2 y 3, 288.3 y 289, que contemplan regulaciones relativas al derecho de superficie, cuyo contenido ha sido confiado siempre desde la normativa urbanística»* (10).

Por su parte, el Abogado del Estado en su escrito señala únicamente en relación con los artículos impugnados que *«los artículos 287.2, 288.2 y 3, y 289 se amparan en el artículo 149.1.8 CE»* (Antecedente de Hecho núm. 35).

Así, el Fundamento Jurídico 38 de la señalada sentencia reconoce como, y cito textualmente, *«la Generalidad de Cataluña impugna los artículos 287.2, 288.2 y 3 y 289 TRLS por entender que la regulación del derecho de superficie ha sido configurada siempre desde la normativa urbanística...»*

«La primera cuestión consiste en determinar si los preceptos impugnados encuentran cobijo en el artículo 149.1.8.o CE. Importa comenzar por el motivo de impugnación aducido por el Letrado de la Generalidad de Cataluña acerca de la tradicional regulación en el marco del urbanismo del derecho de superficie, porque pone de manifiesto de forma explícita un argumento recurrente que ha estado presente en muchas de las impugnaciones deducidas contra el TRLS y que consiste en sostener que el contenido tradicional —de los últimos decenios— del Derecho Urbanístico constituya una suerte de título atributivo de competencias, de modo que al corresponderle a las Comunidades Autónomas el urbanismo, según el bloque de la constitucionalidad, se le habrían atribuido también todos los contenidos que esa legislación venía regulando».

«Una tal concepción, además de petrificar o congelar el contenido, por definición cambiante en cada tiempo y lugar, del Derecho Urbanístico, des-

(10) Para un mejor estudio de la sentencia en relación con la figura superficiaria, vid. mi artículo «Breves consideraciones en torno al derecho de elevación y a las modificaciones introducidas por el Reglamento Hipotecario de 1998. Análisis de la sentencia del Tribunal Supremo, de 24 de febrero de 2000 (Estudio jurisprudencial del Derecho de elevación)», en *RCDI*, 2000, núm. 659, mayo-junio.

conocería el entero orden constitucional de competencias al otorgarle a la regla del artículo 148.1.3.º CE, en relación con la legislación urbanística entonces vigente, un valor absoluto susceptible de desplazar y anular los restantes criterios y títulos competenciales que integran el sistema».

«Desde una perspectiva sistemática, sin embargo, es evidente que la regulación del derecho de superficie, al margen de que, en efecto, se haya convertido en una institución típicamente urbanística, se enmarca en la legislación civil que, en virtud del artículo 149.1.8.º CE, corresponde al Estado establecer. Por ello, los artículos 287.2 y 3, 288.3 y 289 TRLS (reconocimiento del derecho de superficie, su tráfico jurídico privado y su extinción) son conformes al orden constitucional de competencias, sin que quepa apreciar en su regulación extralimitación alguna».

El fallo de la STC considera inconstitucional la Disposición Final única, considerándose nulos una serie de preceptos aprobados por el Estado con eficacia supletoria, entre ellos los artículos 287.1.º y 288.1.º y 290 del TRLS.

Por ello precisamente la Disposición Derogatoria única de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones, declara *expresamente en vigor los artículos 287.2, 287.3, 288.2, 288.3 y 289 del Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana*, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio.

Lo que definitivamente dio lugar a la creación (en los sitios donde no hubiese ya) la existencia de un amplio ordenamiento urbanístico propio, dictado por los Parlamentos autonómicos.

¿Existencia o no de dos modalidades del derecho de superficie?

Tras la publicación de la citada sentencia constitucional, se ha puesto de manifiesto, por cierto sector de la doctrina (11), la existencia del unitarismo de la Institución, lo cual me ha hecho volver sobre el tema, pues de mantener un criterio unitario o dualista, como a mi juicio es más certero, depende el diferente entendimiento de los requisitos exigidos por el Reglamento Hipotecario, sobre los que posteriormente volveremos con cierto detenimiento.

Tal y como he señalado más arriba, la cuestión por la que me planteé la existencia de las dos modalidades del derecho de superficie, se debió a su consideración unitaria por la doctrina mayoritaria (incluso por alguno de los catedráticos presentes en el Tribunal de la lectura y defensa de mi tesis), de otorgar fundamental o únicamente validez y/o superioridad a la modalidad urbanística por su expresa y concreta regulación.

(11) Fundamentalmente vid. CÁMARA AGUILA («El derecho de superficie urbano: una aproximación a su configuración unitaria o dual», en *RCDI*, septiembre-octubre de 1998, pág. 1623), y, MEZQUITA DEL CACHO («El régimen jurídico del derecho de superficie y su actual diversidad aplicativa», en *RDP*, junio de 2000, págs. 443 a 488).

En mis estudios he reconocido como también es posible la modalidad urbana, nacida al amparo de la legislación civil y de los principios sustantivos, no sólo en base a su única mención en el artículo 1.611 del Código Civil sino, sobre todo, por la posible y expresa derogación del principio de acceso, sin olvidar su posible existencia al amparo del artículo 1.255 del Código Civil, principio que ampara la libertad contractual de los particulares, y del *numerus apertus* de derechos reales.

De manera que la legislación civil, no sólo ha sido la que a través de los tiempos ha posibilitado su existencia, sino que una vez concretada la configuración actual de la Institución, además pervive la modalidad urbana común gracias a los principios generales señalados presentes en el ordenamiento jurídico, a falta de una regulación expresa que la mencione (y como veremos posteriormente, a las posibilidades ofrecidas hasta ahora por la reforma del Reglamento Hipotecario de 1998, que se desvía intencionadamente de la legislación urbanística, precisamente en base al conocimiento práctico del legislador reglamentario de las distinciones que se dan en esta modalidad al amparo de la libertad de pacto). Inexistencia, o vacío normativo que se debe a su escasa importancia y utilización práctica. Frente a la corriente urbanística que, sin duda, ha propulsado a la Institución, al igual que ha ocurrido en los ordenamientos vecinos. De manera que por una serie de circunstancias la figura que se incluyó en la normativa urbanística de 1956, ha encontrado una consolidación urbanística indudable, sin desconocerse su existencia entre los particulares.

Precisamente por ello, y por las posteriores modificaciones de la Ley del Suelo, y concretamente la del TRLS de 1992, se planteó el recurso de inconstitucionalidad que dio origen a la STC 61/97, de 20 de marzo. Como es sabido, dicha sentencia fue el resultado de la acumulación de varios recursos de inconstitucionalidad, pero sobre el derecho objeto de estudio, la solicitud de inconstitucionalidad de ciertos preceptos que le regulaban se inició desde la Generalidad de Cataluña.

La Generalidad parte de la existencia única de regulación del derecho de superficie desde el plano urbanístico, en este aspecto de mantenimiento del recurso de inconstitucionalidad a fin de argumentar la vulneración que la normativa estatal (TRLs) realiza sobre la autonómica (o sobre la competencia autonómica de regulación de esta materia), en relación con el derecho de superficie. Y ello porque precisamente existía, y existe, un verdadero Código de Urbanismo en Cataluña concretado en el Decreto Legislativo 1/90, de 12 de julio, por el que se aprobó el texto refundido de los textos legales vigente en Cataluña en materia urbanística. (Sin desconocerse, por otro lado, la modalidad de Derecho foral en este momento en proceso de creación normativa.)

El Tribunal Constitucional, a mi juicio, intenta señalar que la utilización urbanística del derecho de superficie y su actual regulación en este ámbito no va a desplazar a la legislación civil. Entiendo que los razonamientos de dicha decisión judicial no desvirtúan la existencia de las dos modalidades. Decir lo contrario, es decir, seguir un criterio unitario, daría paso a las siguientes afirmaciones:

- Que las tendencias más modernas que conlleva la utilización de figuras existentes desde antiguo en nuestro ordenamiento —como la institución que nos ocupa— aunque otorgándole una concepción distinta típicamente urbanística de acuerdo a los parámetros de tiempo y lugar. Esto implicaría desconocer el origen de la institución y su pervivencia entre particulares en la actualidad.
- En conexión con lo anterior, el criterio unitario conllevaría que se le atribuirían competencias a todas las normativas autonómicas (con particularidades propias) por considerarse la institución únicamente materia urbanística (pudiendo los particulares, dependiendo de la geografía y derecho autonómico, crear distintos derechos de superficie).

La existencia de las dos modalidades se centra en los propios términos utilizados por el Tribunal Constitucional, cuando afirma que *«...la regulación del derecho de superficie, al margen de que, en efecto, se haya convertido en una institución típicamente urbanística, se enmarca en la legislación civil que, en virtud del artículo 149.1.8.º CE, corresponde al Estado establecer...»*. Términos que afirman lo que ya proponíamos en otros trabajos anteriores:

- La realidad urbanística de la institución, mayoritaria en la actualidad, al igual que ocurre en otros sistemas de nuestro entorno, como el ordenamiento portugués, el francés y el italiano (12).
- Realidad que no oculta la existencia de otra realidad, la modalidad civil, que corresponde a la legislación civil del Estado regular en base al artículo 149.1.8.º CE, aunque todavía no lo haya hecho.
- Como en la actualidad se parte de la inexistencia de compartimentos estancos dentro del propio ordenamiento, el TC entiende que la legislación

(12) Por ejemplo, en el sistema portugués, la modalidad urbana común se halla desarrollada en el Libro III, del Derecho de Cosas, en los artículos 1.524 a 1.542, mientras que la urbanística se encuentra enclavada en la Lei dos Solos, de 5 de noviembre de 1976.

En el caso italiano, el Codice civile define la institución en el artículo 952 y sigs., mientras que la modalidad urbanística se halla regulada en una ley específica, la número 685, de 22 de octubre de 1971, relativa a la construcción de viviendas, y la Ley 122, de 24 de marzo de 1989 (Legge Tognoli), que regula la cesión de aparcamientos a través del derecho de superficie.

urbanística ha partido del contenido del Derecho Civil del derecho de superficie, siendo en base al artículo 149.1.8.º CE, su contenido estatal.

- Sin embargo, entiendo que una norma urbanística —la Ley del Suelo— con contenido imperativo, no puede imponer ciertos caracteres a los particulares, pues primarán los principios de la Ley sustantiva frente a la adjetiva en la regulación de sus relaciones.

- Independientemente de que, en base precisamente a dicho precepto, haya Comunidades Autónomas —como en su día la navarra y en estos momentos la catalana— con derecho especial en pleno desarrollo que en el ámbito civil decidan regular la Institución, al margen de la ya existente en su propio derecho urbanístico.

- Mantener el unitarismo sería beneficiar a los particulares de ciertas CCAA que mantienen el dualismo, puesto que han regulado, o están regulando, en base a su singularidad, el derecho de superficie en el ámbito civil, además del existente en el ámbito urbanístico estatal y sus especificidades urbanísticas.

- Unitarismo que no existe en general (ni tampoco en los sistemas de nuestro entorno) puesto que la figura originariamente no ha tenido los caracteres específicos propuestos por el urbanismo actual, entre otras cosas por la concepción distinta de las instituciones (piénsese en el derecho de superficie en los fueros, o más cercanamente en el siglo XIX...).

- Un ejemplo concreto de la importancia de mantener el criterio dualista del derecho de superficie se centra en la posibilidad de recaer sobre fundo ajeno (esto es, suelo pero también construcción) con la finalidad de mantener y/o reconstruir la propiedad superficiaria ya existente. Frente a la normativa urbanística que exige como elemento configurador del derecho de superficie la construcción de edificaciones (art. 287.1.º TRLS, hoy en día derogado, pero mantenido intacto por la mayoría de las legislaciones autonómicas urbanísticas) (13).

(13) Por ejemplo, en el caso de la Ley 1/1997, de 24 de marzo, del Suelo de Galicia, el artículo 158.1.º señala que «*Las Entidades locales y las demás personas públicas* podrán constituir el derecho de superficie en su propiedad o integrantes del patrimonio municipal del suelo, con destino a la construcción de viviendas sujetas a algún régimen de protección pública o a otros usos de interés social, cuyo derecho corresponderá al superficiario».

En el caso de la Ley 2/1998, de 24 de julio, de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística de Castilla-La Mancha, el artículo 80 dispone que «*la Administración de la Junta de Comunidades y los Municipios* podrán constituir el derecho de superficie en terrenos de su propiedad o integrantes del patrimonio público del suelo con destino a la construcción de viviendas sujetas a algún régimen de protección pública o con precio tasado, así como a otros usos de interés social, cuyo derecho corresponderá al superficiario».

· Si la sentencia del Tribunal Constitucional sólo mantuviera un criterio unitario, debería haberse considerado en ciertos aspectos chirriante el Reglamento Hipotecario, en su reforma de 1998, pues no es coincidente con la legislación urbanística.

La consideración dualista del derecho de superficie no se centra, o por lo menos nosotros no lo hemos basado, en un rancio argumento de hacer frente a la «presumible invasión del Derecho público en el arca del privado», sino precisamente en que la nueva concepción del derecho de superficie, válida también para el derecho privado (pues continúa sin regulación específica), la cual no ha desaparecido, sino que continúa vigente. El argumento es el contrario. El dualismo se centra no tanto en destacar la importancia del derecho privado frente al público, como en la defensa, mantenimiento y, porqué no, protección de la modalidad urbana de derecho privado con sus caracteres específicos y particulares frente al urbanístico (14).

Incluso la moderna concepción del derecho de superficie como derecho real originador de una propiedad temporal tiene cabida en la esfera civil (15).

En cuanto a la Ley 10/1998, de 2 de julio, de Ordenación del Territorio y Urbanismo de La Rioja, el artículo 172.1.º, afirma que «Los *Ayuntamientos* podrán constituir derechos de superficie en terrenos del patrimonio municipal del suelo con destino a la construcción de viviendas sujetas a algún régimen de protección pública o a otros usos de interés social».

(14) Pero es que a igual criterio que hemos mantenido, y aún mantenemos, llega MEZQUITA DEL CACHO en su último artículo sobre la institución («El régimen jurídico del derecho de superficie y su actual diversidad aplicativa», *cit.*, en la pág. 455) desde su perspectiva unitaria, pues textualmente señala que «por descontado, esa regulación (la urbanística) no impide que desde la esfera civil se requiera completarla; y aun rectificarla, por vía legal, pues aunque hasta hoy haya servido para cubrir en parte la imprevisión y abstención total del Código Civil, es de toda evidencia que el diseño institucional de la figura en la Ley del Suelo no es tampoco completo ni por tanto suficiente; y nadie ha negado nunca que el legislador civil esté reducido en sus competencias para regularla por el hecho de que desde el área administrativa haya sido abordada esa regulación, cualquiera que hubiera sido (parcial o total) la amplitud de la misma».

Y, más adelante, cuando analiza el tema de la exclusión urbanística de la indemnización tras la reversión al concedente de la construcción superficiaria, en las páginas 465 y 466 sigue mi tesis dualista para señalar lo que mantuve desde 1996 con el siguiente tenor literal: «Veo clara la imperatividad de este texto para los derechos de superficie concedidos por entidades públicas dentro de planificaciones urbanísticas con objetivos sociales de promoción de viviendas pero, por el contrario, rechazo que tal imperatividad se extienda a los contratos entre particulares. Y lo estimo así porque a diferencia del supuesto de concesión pública, en el de superficies contratadas entre particulares no juega factor alguno de interés público o general; sino que nos hallamos en un plano de puros intereses económicos privados en los que ninguna ley debe ni puede interferir la libertad contractual».

(15) Considero que las dos fases del derecho de superficie (primera fase: derecho real de goce sobre cosa ajena, y segunda fase: propiedad temporal del superficiario sobre la construcción) se mantiene en un plano de igualdad y de importancia, aunque evidentemente es más visible la segunda que la primera.

En modo alguno es posible mantener en la actualidad la existencia de compartimentos estancos dentro del ordenamiento, ni el mantenimiento de esferas distintas, aunque es posible y necesario mantener la existencia de las particularidades propias de cada esfera que hacen al Derecho, sin duda, más rico, más flexible, más actual y adaptado a los deseos de los particulares en el caso que nos ocupa.

Pero, ¿realmente el dualismo o la existencia de las dos modalidades —que no de la configuración del derecho de superficie— se debe a *diferentes esferas de competencias por razón de los contenidos de las leyes*? Aunque en un principio, tras la promulgación de la LS de 1956, pudiera haberlo parecido, o la doctrina así lo entendiera, mi tesis no se basó en ello, sino en la defensa de la libertad contractual de los particulares que pueden otorgar un derecho de superficie con unos caracteres específicos y no tan rígidos como los señalados por la ley urbanística, en base a principios generales existentes en el ordenamiento.

Incluso tras el TRLS de 1992, cuando el artículo 287 (16) marcó el campo de acción del derecho de superficie señalando su constitución pública con la finalidad de construir viviendas sujetas al régimen de protección pública o a otros usos de interés social y la posibilidad de constitución por los particulares sin la limitación de destino anterior, no se estaba procediendo al mantenimiento del unitarismo del derecho de superficie, sino a constatar una realidad: que los particulares pueden pactarlo, y que además que la finalidad de la institución no estará encorsetada como ocurre con la constitución pública. Lo cual no significa, por otro lado, la imposibilidad de que tales particulares no puedan pactar a su arbitrio el derecho de superficie, y ello porque la exclusión de destino realizada por el propio legislador era obvia, pues en el ánimo de ningún particular normalmente se encontrará la finalidad social.

Con todos estos argumentos entiendo que la STC mantiene la posible existencia del mantenimiento de mi tesis dualista del derecho de superficie.

¿Qué implica continuar manteniendo el dualismo de la institución superficiaria tras la sentencia del TC? Pues que existe un derecho de superficie en nuestro ordenamiento jurídico, de tipo moderno, configurado como un derecho real, autónomo, típico y originador de una propiedad superficiaria separada, dentro de la cual las dos modalidades que mantenemos son posibles.

Y, ahora, tras la declaración de nulidad del artículo 16 del Reglamento Hipotecario, cabe cuestionarse acerca de la supervivencia de las dos modalidades de derecho de superficie, y también cómo afectará a cada una de ellas

(16) Precepto declarado inconstitucional en su apartado primero (constitución pública) por ser competencia de regulación de las Comunidades Autónomas que, por otro lado, han pasado a regularlo de idéntica forma, aunque no su apartado 2.º (constitución por los particulares).

la supresión judicial del artículo reglamentario que la desarrollaba, pero sobre todo si es posible la supervivencia de la institución sin la regulación hipotecaria. Entiendo que no cabe la menor duda sobre la continuación no sólo de la Institución en sí, sino también de sus dos modalidades. En cuanto a cómo se verán afectadas por la supresión, es lo que nos proponemos analizar seguidamente.

2.º ANÁLISIS PORMENORIZADO DEL APARTADO PRIMERO DEL PRECEPTO
REGLEMENTARIO. SUS VICISITUDES Y SU ACTUALIDAD

En el presente epígrafe no sólo vamos a recordar nuestra postura anterior en relación con lo que se mantenía en las regulaciones anteriores, en las modificaciones, o en la introducción de nuevas leyes, sino que vamos a poner de manifiesto cuál es la postura actual que debe mantenerse tras la consideración de *ilegalidad* del precepto 16 del Reglamento Hipotecario en cuestión.

A) *Apuntes y cuestiones en relación con el carácter constitutivo de la inscripción del derecho de superficie*

El punto primordial e iniciador de la solicitada ilegalidad del artículo 16.1.º del Reglamento Hipotecario de las asociaciones demandantes se centra en el carácter constitutivo de la inscripción del derecho de superficie, en base a dos cuestiones determinantes: que dicho carácter va en contra del principio general existente en nuestro ordenamiento jurídico de libertad contractual, y, sobre todo, que afirmar tal carácter es materia reservada a la Ley, que no puede incluirse en un Reglamento (17).

Los demandados, por su parte, mantienen, como es lógico, su postura contraria. Entiende el Abogado del Estado que no es ilegal el artículo 16 del Reglamento «*porque la inscripción del derecho de superficie puede o no ser*

(17) El séptimo Antecedente de Hecho de la sentencia concreta que los demandantes consideran la ilegalidad del «*artículo 16 reformado del Reglamento Hipotecario por cuanto por exigir para la eficaz constitución del derecho de superficie su inscripción en el Registro de la Propiedad, con lo que contradice el sistema de adquisición de tal derecho real establecido en el Código Civil pues, según el Texto Refundido de la Ley del Suelo, la inscripción en el Registro de la Propiedad es requisito para la eficacia del derecho de superficie pero no para su validez...*»

Posteriormente en su escrito de conclusiones (Antecedente de Hecho Décimo) insisten en la ilegalidad del artículo 16.1.º reformado, objeto de nueva redacción, «*porque de su texto se desprende que la inscripción es requisito de "eficaz constitución", esto es, de existencia, afirmación que no resiste su cotejo con los principios del Derecho sustantivo...*»

constitutiva, según sea la fuente del mencionado Derecho, pues si la tiene en el Derecho urbanístico la inscripción es constitutiva ex lege, puesto que la Ley 6/1998, de 13 de abril, ha mantenido la vigencia de los artículos 288 y 289 de la Ley del Suelo de 1992, mientras que en los demás supuestos, cabe estipular que la inscripción no sea constitutiva...» (Antecedente de Hecho Octavo) (18).

Todas estas cuestiones no son nuevas, pues ya existían y habían sido señaladas y criticadas por la doctrina desde que se publicó la reforma del Reglamento Hipotecario de 1959.

El artículo 16.1.º del señalado Reglamento Hipotecario de 1959, concretamente afirmaba, y recordemos, ahora vuelve a estar en vigor que *«para su eficaz constitución deberá inscribirse a favor del superficiario el derecho de construir edificios en suelo ajeno y el de levantar nuevas construcciones sobre el suelo o efectuarlas bajo el suelo de fundos ajenos»*.

Expresión que no hacía más que recoger, a su vez, los términos dudosos que aparecían en el artículo 158 de la Ley del Suelo de 1956, que proponía que el derecho de superficie *«deberá, como requisito constitutivo de su eficacia, inscribirse en el Registro de la Propiedad»*. Como ya hemos expuesto en trabajos anteriores, este artículo fue óbice para que el Reglamento Hipotecario determinase la afirmación del carácter constitutivo de la inscripción.

La inscripción pasaba de ser únicamente *«un requisito constitutivo de la eficacia del derecho»* en la Ley del Suelo de 1956, a ser un *«requisito constitutivo de existencia»* en el Reglamento Hipotecario de 1959 (tal y como actualmente mantiene el Tribunal Supremo en su Fundamento Jurídico 13.º).

Posteriormente la modificación del Reglamento Hipotecario en 1998 no afectó a la existencia de esta primera afirmación del artículo 16.1.º, del cual no varió ni una coma.

En la propia sentencia del Tribunal Supremo, objeto de comentario, los demandados —esto es, el Abogado del Estado y el Colegio de Registradores— afirman que *«en el ordenamiento urbanístico vigente, la inscripción del derecho de superficie es constitutiva y que el precepto reglamentario combatido se refiere a la eficacia de la inscripción frente a terceros, pero no exige la inscripción como requisito de validez del derecho de superficie ni impone condiciones al nacimiento de tal derecho sino que establece las circunstancias para el acceso de ese derecho al Registro de la Propiedad»*. Pero, ¿realmente dicha afirmación es cierta?, o mejor dicho, ¿cuáles son los límites exactos de tal afirmación?

(18) Argumento, el del Abogado del Estado, que aún tras la sentencia del Tribunal Constitucional mantiene la vigencia del criterio dualista de la institución superficiaria.

Antes de contestar a estas afirmaciones debemos tener presente algunas apreciaciones históricas y también sustantivas.

Volviendo nuestra mirada hacia el pasado, debemos tener presente que la primitiva Ley Hipotecaria de 1861 no establecía el carácter constitutivo de la inscripción de ningún derecho real. Posteriormente, 1888-89, el Código Civil, al incluir la regulación de la hipoteca, como es sabido si incluyó su inscripción constitutiva. Y lo hizo con carácter excepcional, pues el artículo 609 establece que los derechos reales nacen siguiendo la teoría del título y el modo. Obviamente, el Código Civil, que no se fijó en el derecho de superficie y únicamente lo mencionó en el artículo 1.611, no se refirió a su inscripción ni mucho menos al carácter constitutivo de la misma. Como ejemplo del Derecho Foral, la Compilación de Navarra tampoco estableció el carácter constitutivo de la inscripción del derecho de superficie (19).

Sin embargo, la Ley Hipotecaria de 1861, en su magistral Exposición de Motivos, analizó el tema del edificio construido en suelo ajeno bajo el apartado de las hipotecas cuyos efectos están restringidos, y, concretamente, mantiene que «la primera restricción que el proyecto establece se refiere al que *hipoteca el edificio que ha construido en suelo ajeno*. El principio de que el edificio como accesorio cede al suelo, que es lo principal, se aplica de diferente modo, atendida la buena o mala fe del edificante o los convenios que pueda haber entre el que es dueño de la superficie y el que lo es del alzado»... más adelante señala cómo «el proyecto contiene otras restricciones... en la hipoteca de los *derechos reales de superficie*, pastos, leñas y otros semejantes...».

A la Ley Hipotecaria le preocupaba la necesidad de que se delimitase con exactitud la hipoteca realizada por el dueño del edificio a éste, sin afectar en absoluto al suelo, y así lo concreta en la Exposición de Motivos («...que la hipoteca del edificio construido en suelo ajeno no modifica en nada al derecho común, ni hace de peor condición al dueño del solar, sino que se entiende limitado siempre por la voluntad del hipotecante y del acreedor hipotecario frente al derecho que aquél tiene...») y también en la parte articulada del

(19) La Ley 428 de la Compilación de Navarra señala que el derecho de superficie es inscribible en el Registro de la Propiedad, aunque no se determinen los elementos accidentales, como plazo de iniciación o terminación, características, presupuestos, mejoras, usos, explotación, destino o conservación de la obra a realizar. En ningún momento, por consiguiente, se propone la inscripción de este derecho como constitutiva, y lo que es más, que los requisitos señalados por el Reglamento, y hoy declarados ilegales, en su día cuando el precepto en cuestión era vigente, podían incluso no recogerse en el asiento de inscripción, denominándoles además de accidentales, mientras que en el caso de la modalidad urbanística, al considerarse constitutiva su inscripción si tienen el carácter de fundamentales, al ser requisito de validez del derecho la inscripción registral, teniéndose por inexistente lo no inscrito. Hoy veremos qué ocurre, en las líneas siguientes del texto.

texto cuando declaraba en su artículo 107.1.º que «el edificio construido en suelo ajeno, el cual si se hipotecare por el que lo construyó, será sin perjuicio del derecho del propietario del terreno y entendiéndose sujeto a tal gravamen solamente el derecho que el mismo que edificó tuviere sobre lo edificado». Y, en el apartado 5.º del precepto que afirmaba que «...podrán hipotecarse, pero con las restricciones que a continuación se expresan, los derechos de superficie, pastos, aguas, leñas y otros semejantes de naturaleza real, siempre que quede a salvo el de los demás partícipes en la propiedad» (20).

Nótese la constante inquietud de la Ley en garantizar la propiedad y en dar mayor certeza a las hipotecas y gravámenes recayentes sobre bienes inmuebles, para así poder ser conocidos por todos, de manera que sea conocida la hipoteca del derecho de superficie como un derecho distinto del derecho de propiedad del suelo sobre el que recae aquél. Se está pensando constantemente en la separación de propiedades aunque en un plano de igualdad.

Recordemos que uno de los principios fundamentales del Registro de la Propiedad es dar a conocer el contenido del estado civil de las fincas, como entidades jurídicas independientes, y, por tanto, debe hacerse constar todas las modificaciones que puedan sufrir tanto en su condición física como en su condición jurídica.

Es reconocido por todos cómo la Ley Hipotecaria de 1861 supuso un hito decisivo en materia de derechos reales inmobiliarios. Su misión principal se centró en la regulación de la inscripción de los derechos reales. Sin embargo, en ningún momento mencionó la inscripción del derecho de superficie, ni por tanto se refirió a la naturaleza de la misma.

Fue el Reglamento Hipotecario de 1863, seguido por el de 1870, el que mencionaba a la inscripción del derecho de superficie. El artículo 27 del Reglamento aludía a la inscripción únicamente para referirse a la necesidad de que se exprese con claridad la circunstancia de que el suelo pertenece a una persona y el edificio o plantación a otra. Precepto que desapareció con la reforma del Reglamento de 6 de agosto de 1915.

Así pues nos encontramos con que el Código Civil no contempla ni mucho menos define realmente la Institución, la Ley Hipotecaria reconoce la existencia de propiedades separadas cuando se refiere al derecho de superficie y

(20) La instrucción sobre la manera de redactar los Instrumentos públicos sujetos a Registro, de 12 de junio de 1861, que no entró en vigor hasta el 1 de enero de 1862, junto con la Ley Hipotecaria, disponía en desarrollo de los apartados 107, que «las escrituras públicas que hipotequen edificios construidos en suelo ajeno, expresarán necesariamente esta circunstancia y además la de entenderse la hipoteca reducida al derecho que tuviere el dueño de lo edificado, y sin perjuicio del propietario del terreno.

Si lo que hipotecare fueren derechos de superficie, pastos, aguas, leñas u otros semejantes, se declarará que quedan a salvo los derechos de los demás partícipes en el dominio».

únicamente contempla en su articulado la necesidad de concreción de la hipoteca de los diferentes dominios existentes, y el Reglamento Hipotecario transitoriamente —desde 1863 a 1915— se refiere a la expresión clara de la separación de dominios en el asiento de inscripción. Tradición la del Reglamento que va a originar que en su sede, aunque como se ha afirmado ahora por nuestro más alto tribunal, no es la más adecuada, se proceda a la calificación de constitutiva de la inscripción y de los requisitos que en ella deben contenerse.

Situación que se mantuvo hasta que se publicó una *Ley urbanística*: la Ley del Suelo de 1956. Ley avanzada, que siguiendo la corriente de los ordenamientos de nuestro entorno (21), puso su mirada en esta institución superficiaria para su regulación y su utilización con un propósito concreto.

Así nos encontramos con que una institución que en épocas anteriores (sobre todo en la época medieval y en los siglos XVIII y XIX) (22) se había utilizado entre los particulares, en el siglo XX continuaba viva y, sobre todo, se le impulsa dentro de la esfera pública. Y ahora, en el siglo XXI, está dando y pensamos que aún va a dar mucho juego.

De esta manera, en el momento de publicación de la normativa urbanística, la institución se va a configurar como un *proceso* para llegar a la *propiedad superficiaria separada*, pues nace como resultado de la derogación del principio de accesión, se configura como un derecho real, con un carácter perpetuo o indefinido, o temporal, siendo el propio concedente, que es el dueño del fundo, quien se impone a sí mismo el gravamen: renunciando a su *ius aedificandi* o concediendo el derecho de mantener una construcción sobre su fundo —ya sea suelo o construcción— de manera que el superficiario adquiere una propiedad sobre la construcción que él ha realizado de forma *separada* de la propiedad del fundo. El resultado es que la propiedad del

(21) La inscripción constitutiva no era una cuestión desconocida, pues a través de las resoluciones se recogía cómo era abordado el problema en algunas legislaciones europeas. Así la Resolución de 27 de octubre de 1947 (J.C. Parte. II, 1947, págs. 161 y sigs.), ante la falta de reglamentación de la institución expone las características del derecho de superficie en la ley austríaca de 1912 y en la Ordenanza Alemana de 1919, señalando concretamente *la necesidad de inscripción del derecho en el Registro de la Propiedad*, que deberá ser practicada, no en las hojas destinadas al inmueble sobre el que recaiga, sino también en folios propios e independientes. En relación con la regulación de los ordenamientos de nuestro entorno, vid. el Capítulo Segundo de mi trabajo: *El derecho de superficie. Aspectos civiles y registrales* (2.^a edición, revisada y actualizada). Centro de Estudios Hipotecarios del Ilustre Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, julio de 2000.

(22) Vid. mi trabajo, *El derecho de superficie. Aspectos civiles y registrales* (2.^a edición, revisada y actualizada). Centro de Estudios Hipotecarios del Ilustre Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, julio de 2000, especialmente el capítulo primero, dedicado al proceso histórico de la Institución.

superficiario tiene un carácter limitado únicamente a su construcción de manera separada de la propiedad del fondo ajeno.

La clave de la institución, que la caracteriza y la dota de una especificidad marcada, se centra en que es un derecho dinámico y que consta de dos fases muy diferenciadas: la primera que se compone de la concesión —ya sea por un particular o por un órgano administrativo (generalmente el municipio)— (23) de un derecho real limitado por el propietario del fondo al superficiario. Y la segunda fase que engloba el ejercicio del derecho en sí mismo, y consiste en la actuación del superficiario desarrollada en el tiempo y compuesta por el derecho a construir o mantener la construcción ya existente, dando lugar a la construcción, y, por supuesto, a la obtención del derecho de propiedad sobre la propiedad superficiaria separada del fondo.

Precisamente por esta especificidad: el nacimiento de una propiedad superficiaria separada del suelo sobre el que se asienta, el legislador urbanista en su momento pensó en la conveniencia de que dicho hecho constase en el Registro (órgano público que posibilita la cognoscibilidad de la existencia de los derechos reales, de su desarrollo, y también de todas las cuestiones relativas a los mismos). Como el suelo es público, generalmente patrimonio municipal, se cree conveniente indicar que la constitución del derecho de superficie deberá realizarse a través de documento notarial escritura pública y, además, como requisito constitutivo de su eficacia, inscribirse en el Registro. A fin de garantizar el posible conocimiento por todos los interesados se pretende la inscripción para que constituya eficacia. Sin más.

Siempre hemos mantenido que estas palabras dieron pie, al legislador hipotecario, para que apenas tres años más tarde, en 1959, cuando se procedió a la reforma del Reglamento Hipotecario, se utilizase para referirse a la inscripción del derecho de superficie y «aprovechar la ocasión» para fijar su carácter constitutivo. Hecho que, como hemos indicado más arriba, no era extraño al Reglamento, pues ya había tenido lugar en Reglamentos anteriores (1863 y 1870), aunque con un contenido muy diferente.

Pero, ¿cuáles fueron los términos utilizados por el legislador reglamentario que ha dado lugar a tanta literatura jurídica?

En el precepto 16.1.º introducido en 1959, mantenido tras la reforma de 1998, y ahora con la sentencia de 2001 mantenido en vigor (aunque sin olvidar que puede ser tachado de ilegal en cualquier sentencia posterior), señalaba y señala que *«para su eficaz constitución deberá inscribirse a favor del superficiario el derecho de construir edificios en suelo ajeno y el de levantar nuevas construcciones sobre el suelo o efectuarlas bajo el suelo de fundos ajenos...»*

(23) Depende de la normativa autonómica. Vid. la legislación del suelo de Castilla-La Mancha, pues se refiere a la Junta de Comunidades... (nota a pie de pág. 6).

Así pues, la expresión dudosa contenida en el artículo 158 de la Ley del Suelo de 1956, que señalaba que el derecho de superficie «deberá, como requisito constitutivo de su eficacia, inscribirse en el Registro de la Propiedad», fue aprovechada por el RH de 1959, que afirmó el carácter constitutivo de la inscripción. La inscripción pasa de ser únicamente un *requisito constitutivo de su eficacia* en la Ley del Suelo, a ser un *requisito constitutivo de existencia*, y, consiguientemente, de validez, en el Reglamento Hipotecario. Este juego de palabras entraña la clave definitiva de todos los problemas existentes en torno a la figura. El Reglamento no se limitó a determinar los requisitos que deberán contener los títulos en que se constituya la figura a efectos de su inscripción, sino que introdujo una precisión sustantiva que incluso va en contra de un principio general de derecho como es la de la constitución de los derechos reales en nuestro ordenamiento, recogido en el artículo 609 del Código Civil.

Sin ánimo de realizar ninguna justificación, y tras la exposición histórica de las diferentes normativas que tuvieron lugar, considero necesario exponer cómo tras la publicación de la Ley del Suelo de 1956, se creó un clima de cierta inseguridad por los términos que utilizó el legislador urbanista, pues podía creerse que, o bien estaba pensando en la constitución de la figura como todos los derechos reales, a través del título y de la tradición y para su eficacia frente a terceros la obligación (deberá) de proceder a realizar la inscripción registral, o bien puede pensarse que el legislador urbanista realmente quería destacar el carácter constitutivo de la figura aunque, obviamente, referida sólo a la modalidad urbana, esto es, cuando la constituía el ente público, o el suelo era de patrimonio municipal, donde se exigía que como requisito de su existencia debía inscribirse.

Inseguridad o incertidumbre que fue zanjada, independientemente de que fuera o no acertada (como en esta sentencia se ha puesto de manifiesto), con la publicación del Reglamento Hipotecario que de forma contundente determinó el carácter constitutivo de la inscripción para la institución superficiaria en su modalidad urbanística (que según la corriente unitaria existente en la doctrina es la única posible).

Con ello el Reglamento Hipotecario se convirtió en un reglamento *contra legem*, puesto que claramente conculcó y destruyó uno de los fundamentos de nuestro Ordenamiento Jurídico, en relación con el derecho de superficie, al exigir para su constitución no sólo el título y la *traditio* como todo derecho real, sino también la inscripción registral. Cuestión que ha venido a certificar la sentencia del Tribunal Supremo más de cuarenta años después.

Pero es que la sentencia, en base al principio de congruencia procesal y la separación de poderes existente en todo Estado de Derecho, hace únicamente referencia a la posible ilegalidad del carácter constitutivo de la inscripción del derecho de superficie señalada por el Reglamento Hipotecario

(FJ 13.º, aunque no lo declara en su fallo) lo cual convierte la situación actual igual a la existente en el año 1997, antes de la publicación de la reforma reglamentaria. De modo que puede pensarse que el legislador urbanista está pensando en la obligatoriedad de la inscripción para la modalidad urbanística de la institución, mientras que la modalidad urbana, pactada entre particulares, puede inscribirse o no, únicamente se constituirá como todo derecho real siguiendo lo estipulado en el artículo 609 del Código Civil. *Pero sin duda, en ambos casos la inscripción tiene*, desde el momento de la publicación de la sentencia, idéntico régimen que el mantenido hasta este momento: es decir, carácter constitutivo si se pacta por la Ley urbanística, o carácter declarativo si se pacta en su modalidad urbana, *aunque de hecho se han dado argumentos para mantener la supuesta exigencia del carácter declarativo de la inscripción de la institución.*

Llegados a este punto de la exposición, conviene desarrollar la afirmación contenida en el Fundamento de Derecho Decimotercero de la sentencia, objeto de examen, que señala que los demandados alegan que *«en el ordenamiento urbanístico vigente la inscripción del derecho de superficie es constitutiva»*.

Hemos visto cómo la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, de 12 de mayo de 1956, en su artículo 158, utilizó una expresión dudosa que podría hacernos pensar en el carácter constitutivo del derecho de superficie, al menos para la modalidad que regula. Precepto que no fue modificado ni por el Texto Refundido de 9 de abril de 1976 (art. 172), ni posteriormente en el Texto Refundido de la Ley del Suelo, de 26 de junio de 1992 (art. 288.2), continuando vigente tras la Ley de Régimen del Suelo y Valoraciones, de 13 de abril de 1998, lo que supone que la legislación autonómica urbanística, en cuanto a este aspecto concreto, sigue las indicaciones estatales, es decir, otorga el posible carácter constitutivo de la institución.

Expresión dudosa que nunca ha variado, tras las sucesivas reformas de la ley, incluso en relación con esta Institución, lo que también puede hacernos pensar que el legislador urbanista, a fin de no entrar en el tema del carácter constitutivo que se planteaba en torno a la expresión por él utilizada, le convenía que se pensase en que la inscripción tenía realmente tal carácter, y ello por la propia configuración de la institución (argumento a tener en cuenta a la hora de mantener nuestro criterio a favor de regular el carácter constitutivo de la institución en general, para las dos modalidades que creemos existen todavía, aún tras la STC 61/1997).

Pero es que, aunque tal afirmación no fuera realmente exacta, en la práctica, a fin de curarse en salud, además de la garantía que implica la inscripción registral, todos los derechos de superficie urbanísticos continuarán accediendo al Registro, si no con carácter constitutivo, sí con la obligatoriedad que impondrá el *dominus soli*, Corporación Municipal en sus contratos de adhesión.

Como la expresión utilizada por la legislación urbanística es más que equívoca, cabe también la interpretación señalada por la propia sentencia, objeto de comentario, que también hemos recogido anteriormente, *la de mantener que para que tenga eficacia frente a terceros debe inscribirse en el Registro de la Propiedad*.

En definitiva, en la actualidad, tras la sentencia que declara nula la reforma operada en el artículo 16.1.º RH, nos encontramos con que *realmente la inscripción del derecho de superficie vuelve a ser como hasta ahora se ha mantenido: declarativa para la modalidad urbana y constitutiva para la modalidad urbanística*; pero, y esto es tal vez lo más importante, se dan argumentos de peso para mantener que *puede no ser constitutiva*, ni en su modalidad urbana (porque no lo ha sido nunca, a nuestro juicio), ni en la modalidad urbanística donde, como ya hemos visto, el legislador no lo ha aclarado en ningún momento [aunque tal vez en este caso, en la práctica tendrá un carácter si no constitutivo si obligatorio por la imposición con que una de las partes lo mantendrá motivado por la necesidad de otorgar cognoscibilidad a terceros de la propiedad real de cada parte (*dominus soli-superficiario*) en cada momento de la configuración de la institución, ya sea en el momento de la constitución (concesión), o, posteriormente, en el momento de desarrollo de la institución (construcción)] (24).

(24) Queremos proponer desde este momento, qué pasaría si se considerase ilegal la totalidad del artículo 16.1 del RH en cuestión, esto es, no sólo la reforma operada en 1998, sino el precepto de 1959.

La cuestión es importante por si se acude a un nuevo procedimiento en base a todos los argumentos expuesto por el TS en esta sentencia. Así pues, imaginemos que se considera desaparecido el artículo 16.1.º RH y sobre todo el carácter constitutivo de la inscripción, ¿qué pasaría? Pues que una vez considerado nulo el artículo 16.1.º RH, la modalidad urbanística ya no continuaría necesitando la inscripción para la existencia del derecho, puesto que la inscripción sólo es requisito de eficacia frente a terceros, como ha puntualizado en esta STS el Tribunal Supremo, esto es, la inscripción de esta modalidad no sería constitutiva.

No obstante, no se produciría ningún cambio en torno a la modalidad urbana común, cuyo carácter siempre habría sido declarativo, pues entre particulares, siguiendo los principios generales del Código Civil, los derechos reales nacen en virtud de título y modo, pudiendo o no, a voluntad de los particulares, acceder al Registro de la Propiedad o no. El contenido del Reglamento Hipotecario no puede afectar al contenido del Código Civil en virtud del principio constitucional de jerarquía normativa.

En ambos casos, modalidad urbana común y urbanística, el Registrador procedería únicamente a practicar el asiento de inscripción, cuando las partes así lo desearan, con el contenido de los aspectos existentes en el título constitutivo, sin tener en cuenta los requisitos exigidos por el artículo 16.1.º RH, pues al ser declarados nulos no serían exigibles por el Registrador en su calificación con carácter obligatorio.

Pero es que, además de ocurrir esto, la declaración de nulidad del artículo 16 del RH, donde se mantenía el carácter constitutivo de la modalidad urbanística, conllevaría la necesidad de hacer constar que el hecho de ser la inscripción meramente declarativa, los

Situación que esperamos y deseamos sea resuelta próximamente a través de la modificación de la Ley Hipotecaria y la inclusión en ella de la institución, objeto de estudio, por la importancia del tema, pero sobre todo ahora tras la inseguridad que entendemos ha introducido la STS y consideración de ilegalidad de la reforma registral de la Institución de 1998.

Ley Hipotecaria que debería concretar la existencia necesaria, a nuestro juicio, del carácter constitutivo de la inscripción del derecho de superficie para ambas modalidades. Y ello porque, como es sabido, para la perfecta constitución de un derecho real se requiere el título pero también la *traditio*, es decir, el traspaso posesorio, sobre todo para la producción de los efectos jurídico-reales. En el derecho de superficie se produce esta posesión, pero su apariencia puede no ser muy nítida a efectos de terceros, pues la posesión puede no aparecer claramente diferenciada del derecho de propiedad del suelo sobre el que recae el derecho, y, al ser necesario el requisito de inmediatividad implícito en la tradición posesoria, sería conveniente obtener la publicidad derivada de la inscripción registral (25).

pactos existentes en el título constitutivo que no se inscribiesen tendrían únicamente efectos obligatorios entre las partes, pues realmente no existirían frente a terceros al no acceder al Registro. Así pues, la eficacia de los pactos contenidos en la escritura pública frente a terceros sólo tendría lugar cuando se inscriban. En la modalidad urbana, al ser declarativo (antes y después de la declaración de nulidad del RH) y, además, al no haber requisitos específicos que sean exigibles por el Registrador, los pactos contenidos en el título tendrían eficacia *inter partes* y serían oponibles a terceros si los mismos accediesen al Registro.

(25) El titular de un derecho real de superficie tiene la potestad directa e inmediata sobre el suelo y además sobre el suelo ajeno —del *dominus soli*—, pudiendo ejercitar la posesión, y así satisfacer su interés principal que es el edificar y mantener la edificación superficiaria. De manera que, aún sin contacto directo con el suelo ajeno, existe su posesión (no es necesaria una aprehensión inmediata posesoria de la superficie, pues existe una posesión del derecho), a través del título, aunque el problema radica en este caso que puede que incluso éste no exista. La situación del superficiario es semejante a la de un poseedor mediato del suelo ajeno, del cual el propietario del mismo es poseedor inmediato. Pero es que el superficiario puede demostrar la posesión del suelo ajeno no materialmente, pues no ha edificado aún, pero sí en base al artículo 438 del *Código Civil*, es decir, a través de la *traditio ficta* (posesión embebida en la escritura pública, si ésta existe), pues que no haya materialización de la posesión durante un corto período de tiempo, no significa que no haya inmediatividad de la tradición posesoria. Al igual que, una vez que ha construido el superficiario y no posee materialmente su propiedad superficiaria, no debe pensarse que la misma, sin más, pertenece al dueño del suelo. Y ello porque en ambos casos aquél está legitimado como poseedor para proteger su posesión a través de los interdictos, ya sea para mantener su situación posesoria como para la restauración de la misma si le ha sido despojado (no sólo por un tercero ajeno a la relación, sino incluso también por la actuación de su padre, propietario del suelo y poseedor inmediato del mismo durante el período de inmaterialidad del derecho de superficie). En base a estas afirmaciones podemos señalar que existe «cierta» publicidad posesoria (implícita en la *traditio ficta*). Sin embargo, como hemos dejado constancia, existe una falta de apariencia posesoria importante, sobre todo a efecto de terceros: primero, desde

Precisamente por esta falta de exteriorización posesoria sería conveniente, como así hemos venido exponiendo en todos nuestros trabajos anteriores, que de *lege ferenda* se estableciera este carácter constitutivo de la inscripción, y se hiciera mediante la vía legal adecuada, que además tras esta sentencia, queda claro que es la de la constatación expresa vía inclusión en la necesaria reforma de la Ley Hipotecaria. Además en el caso de que la Ley Hipotecaria proceda a declarar constitutiva la inscripción del derecho, entendemos que no habrá duda sobre su afectación a todas las modalidades de derecho de superficie.

B) *Argumentos relativos a la necesidad de establecer legalmente el carácter constitutivo de la inscripción del derecho de superficie*

En sus alegaciones, mantienen también los demandantes que «*el desbordamiento de los límites del Reglamento se aprecia también al establecer en sus apartados a), b), c), d) y e) las circunstancias que deben reunir los títulos públicos en que se establezca el derecho de superficie, además de las necesarias para la inscripción, declarando, finalmente, que no serán inscribibles las estipulaciones que sujeten el derecho de superficie a comiso*».

Como es sabido, la Reforma del Reglamento Hipotecario, de 17 de marzo de 1959, planteó de acuerdo con el carácter constitutivo de la inscripción del derecho, la necesidad de constar en dicho asiento de inscripción una serie de cuestiones, de requisitos, que pasan a tener un carácter esencial para el derecho.

Así, el artículo 16.1.º estableció (y tras la STS objeto de comentario se mantiene) que:

«Para poder ser inscrito el título público en que se establezca dicho derecho deberá reunir:

- a) Plazo de duración del derecho de superficie, que no excederá de cincuenta años. Transcurrido el plazo, lo edificado pasará a ser propiedad del dueño del suelo, salvo pacto en contrario.
- b) Determinación del canon o precio que haya de satisfacer el superficiario, si el derecho se constituyera a título oneroso, pudiéndose estipular la reversión del todo o parte de lo edificado a favor del dueño del suelo al expirar el plazo convenido.

la perspectiva del superficiario, en relación con la superficie desde el momento en que se concede el derecho hasta que se procede a la edificación y, posteriormente, desde la perspectiva del concedente, pues cuando el titular del derecho real ha edificado, se puede creer que el superficiario es dueño del suelo y del vuelo. En consecuencia, la cuestión radica única y exclusivamente en que los terceros conozcan la existencia del derecho en estos supuestos de inmaterialidad.

- c) Plazo pactado para realizar la edificación, sus características generales, destino y costo del presupuesto.
- d) Pactos relativos a la realización de actos de disposición por el superficiario.
- e) Garantías de trascendencia real con que se asegure el cumplimiento de los pactos del contrato.

No serán inscribibles las estipulaciones que sujeten el derecho de superficie a comiso.»

No obstante, casi todos estos requisitos fueron *modificados o ampliados* por la reforma del Reglamento Hipotecario de 4 de septiembre de 1998, que establecía lo siguiente:

1. Para su eficaz constitución deberá inscribirse a favor del superficiario el derecho de construir edificios en suelo ajeno y el de levantar nuevas construcciones sobre el vuelo o efectuarlas bajo el suelo de fundos ajenos. Los títulos públicos en que se establezca dicho derecho de superficie deberán reunir, además de las circunstancias necesarias para la inscripción, las siguientes:

- a) Plazo de duración del derecho de superficie, que no excederá de setenta y cinco años en el concedido por los ayuntamientos y demás personas públicas, ni de noventa y nueve en el convenido entre particulares. Transcurrido el plazo, lo edificado pasará a ser propiedad del dueño del suelo, salvo que se hubiese pactado que el superficiario habría de conservar parte de la edificación, fijándose la cuota que le corresponde y las normas de comunidad por las que se rige el inmueble una vez extinguido el derecho de superficie.
No obstante antes de su vencimiento, podrá prorrogarse la situación superficiaria por otro período no superior al máximo legal.
- b) Determinación del canon o precio que haya de satisfacer el superficiario, si el derecho se constituyese a título oneroso.
- e) Plazo señalado para realizar la edificación, que no podrá exceder de cinco años, sus características generales y destino de la construcción. El transcurso del plazo no impedirá, sin embargo, la inscripción de la declaración de la obra nueva, siempre que el régimen del derecho de superficie esté aún vigente e inscrito.
- d) Pactos relativos a la realización de actos de disposición por el superficiario.
- e) Garantías de trascendencia real con que se asegure el cumplimiento de los pactos del contrato.

No serán inscribibles las estipulaciones que sujeten el derecho de superficie a comiso (26).

Es lógica la postura de los demandantes, que al establecer la ilegalidad del precepto, se centran básicamente en el carácter constitutivo de la inscripción, como ya hemos visto, pero también entienden que el legislador reglamentario se extralimitó en su día, 1959, y posteriormente en 1998, al exigir la obligada existencia de una serie de requisitos en la inscripción del derecho de superficie en particular, que no son necesarias para cualquier inscripción en general, y que el legislador reglamentario entendió necesarias precisamente por el carácter constitutivo de la misma, por la especificidad de la figura, además de las exigencias básicas de cualquier inscripción.

Basa el Tribunal Supremo la extralimitación, en que todas las cuestiones o requisitos que el legislador reglamentario propone y delimita *afectan a la definición del derecho de propiedad, que al Reglamento no le es dado regular debido a la tradicional reserva de Ley en materia de propiedad y otros derechos civiles, mantenida en la vigente Constitución al exigir que su contenido se delimite de acuerdo con las Leyes (art. 33) e incluir entre las competencias del Estado la legislación civil (con las salvedades forales) al igual que la mercantil o la procesal (art. 149.6.^a y 8.^a)* (27).

(26) Con esta nueva regulación del derecho de superficie, como explicaba el Preámbulo del Real Decreto 1867/98, de 4 de septiembre, se unifican los plazos de duración de este derecho y se aclaran los efectos que tienen la declaración de construcción fuera del plazo de edificación inicialmente previsto.

Modificación que, a mi juicio, supuso la introducción de ciertos aspectos positivos como la de la actualización de la figura en torno al plazo, y las cuestiones de reversión parcial de la propiedad superficiaria o la inclusión de prórrogas definidas de la situación superficiaria, y que desde luego sirven para sustentar mi tesis dualista del derecho de superficie.

En general, cabe señalar que las modificaciones suponen un avance en la escasa tipificación y regulación del derecho de superficie.

(27) Concretamente se establece en el Séptimo Antecedente de Hecho de la sentencia, que los demandantes consideran la ilegalidad del artículo 16 reformado del Reglamento Hipotecario por imponer «...*además, que los títulos públicos en que se establezca dicho derecho contengan una serie de circunstancias, lo que excede de las posibilidades de un Reglamento, exigiendo también en este precepto reglamentario, con evidente exceso, que se precise el número de plantas, al mismo tiempo que establece un plazo máximo y la prohibición de comiso, lo que excede de las posibilidades de una norma reglamentaria adjetiva y deberá establecerse en norma sustantiva con rango de ley formal, pues afecta a la esencia misma del derecho...*»

Posteriormente en su escrito de conclusiones (Antecedente de Hecho Décimo) los demandantes arguyen que *el precepto se extralimita imponiendo exigencias que van más allá de las circunstancias necesarias para la inscripción (establecimiento de plazos arbitrarios, regulación del contenido de los contratos o la prohibición del comiso).*

Por su parte, el Abogado del Estado, tal y como se describe en el Antecedente de Hecho Octavo, entiende que *«la alusión a las demás circunstancias necesarias para la inscripción no significa una extralimitación del precepto sino una revisión a las circunstancias comunes a la inscripción que no se repiten con la finalidad de adicionar a dichas circunstancias otras impuestas por la especificidad del derecho y que también son circunstancias para la inscripción del derecho de superficie, dudando los recurrentes de la interpretación que deba darse el precepto...»* (28).

C) *Examen detallado de cada uno de los requisitos anteriormente exigidos por el artículo 16.1.º del RH. La ilegalidad y nulidad del precepto reglamentario y su situación actual*

a) *Plazo de duración del derecho*

El artículo 16.1.º a) del RH de 1959 señalaba y señala actualmente que *«...el plazo de duración del derecho de superficie, que no excederá de cincuenta años. Transcurrido el plazo, lo edificado pasará a ser propiedad del dueño del suelo, salvo pacto en contrario»*.

La reforma del Reglamento de 1998 siguió el criterio del TRLS de 1992 de mantener que *«el plazo de duración del derecho de superficie que no excederá de setenta y cinco años en el concedido por los Ayuntamientos y demás personas públicas ni de noventa y nueve en el concedido entre particulares»* (las palabras subrayadas constituyen la modificación).

Independientemente de lo ya establecido en trabajos anteriores y que esquemáticamente recordaremos a continuación, la cuestión a analizar se centra en la realidad actual del plazo, tras la regulación urbanística estatal, autonómica y la existente en la normativa civil específica en las dos autonomías: Navarra y Cataluña (29).

Pero detengámonos brevemente en el esquema de la reforma, señalando las soluciones que aporta y las olvidadas de realizar, y la realidad existente hasta la STS de enero de 2001.

(28) Según el Antecedente de Hecho Noveno, el Colegio de Registradores no argumentó nada en relación con el apartado primero del artículo 16, en defensa de su legalidad.

(29) Conocemos la existencia de una normativa al respecto en la Comunidad Autónoma catalana (centrada en la existencia de una cierta especialidad civil en su tradición jurídica en materia de accesión edificatoria —art. 278 de la Compilación—) todavía en tramitación parlamentaria, pero desconocemos aún el texto concreto, que será, sin duda, objeto de un trabajo posterior.

La reforma reglamentaria corrigió el desfase en relación con el plazo de constitución y duración de la propiedad superficiaria, propiciado por las modificaciones y ampliaciones de la propiedad temporal en que consiste el derecho de superficie en las distintas leyes urbanísticas. Solución legal adoptada que fue la que se venía manteniendo por la práctica registral, que de hecho venía estableciendo la fijación, como plazo máximo, el estipulado en el anterior TRLS desde 1976 y que continuó idéntico en el artículo 289.2.º del TRLS de 1992, precepto declarado en vigor por la STC 61/97 (30).

Reforma que solucionó el principal problema: el relativo a que el Reglamento —que recordemos imponía el carácter constitutivo de toda la institución, independientemente de las dos modalidades existentes—, recogía un plazo de constitución de la Institución único de cincuenta años.

No resuelve, porque no es el lugar adecuado, los problemas referidos a la posibilidad de existencia de la modalidad urbana común, que recordemos puede incluso constituirse a perpetuidad si ambas partes lo desean en base al principio de autonomía negocial, aunque desde luego ni será lo más práctico o útil, ni de hecho se produce en la práctica (31). El Reglamento no tuvo presente la posibilidad de que los particulares pudieran constituir la figura al margen de las normas de la Ley urbanística, con peculiaridades especiales.

Al mantener la reforma reglamentaria los plazos señalados por la legislación urbanística se entiende el carácter genérico, pero no único, de la existencia de los mismos. Solución que halla justificación en que la materia de Registros públicos es de orden estatal, según el artículo 149 CE. Como el artículo 289.2 TRLS constitucional y en vigor tras la Ley de 1998, es de carácter estatal, no cabe la posibilidad de que las CCAA en materia urbanística propongan otros plazos.

La modificación reglamentaria recoge el plazo del derecho de superficie porque origina una propiedad separada de carácter temporal, y es esencial su constatación —aunque sea en vía reglamentaria— sobre la base del principio

(30) Y que rezaba y reza así: «El plazo del derecho de superficie no podrá exceder de setenta y cinco años en el concedido por los Ayuntamientos y demás personas públicas, ni de noventa y nueve en el convenido entre particulares». Precepto que queda en vigor tras la sentencia del Tribunal Constitucional, tal y como hemos señalado en el texto, porque en el punto 2.º del fallo de la STC se declara únicamente la inconstitucionalidad, y por tanto su mantenimiento, puesto que implica el mantenimiento en vigor de la limitación estatal del plazo cuando el derecho de superficie es concedido por una entidad local que debería, al igual que ocurrió con el artículo 287.1.º haber sido derogado... No obstante, parece que ninguna legislación autonómica ha incidido en ello, lo que demuestra que se ha pasado por alto esta cuestión, o que se entiende acertado el plazo.

(31) Mantengo tal planteamiento pese a haber sido tachado dicho argumento de anecdótico y único en la actualidad por MEZQUITA DEL CACHO, en su último artículo de esta figura, «El régimen jurídico del derecho de superficie y su actual diversidad aplicativa», *cit.*, nota núm. 16 de la pág. 452.

hipotecario de especialidad, siendo necesario con carácter genérico su constatación registral, pero específicamente en este caso donde el RH consideraba constitutiva la inscripción. En caso contrario, la no constatación del plazo de la propiedad superficiaria en el asiento de inscripción del derecho, éste sería considerado inexistente por ausencia de un requisito esencial.

Este requisito de la determinación del plazo es uno de los aspectos fundamentales del principio de especialidad, sobre todo en aquellos derechos, que como el que estudiamos, puede pactarse con carácter temporal (modalidad surgida al amparo de la Ley urbanística), siendo totalmente necesario hacerlo constar claramente en la inscripción a los efectos de la seguridad jurídica, no sólo en la modalidad urbanística, sino también en la urbana común cuando se proceda a su inscripción.

Hoy, las legislaciones autonómicas continúan manteniendo tal finalidad del derecho de superficie de forma indirecta, cuando señalan el destino de la institución. Además, continúa regulándose la figura dentro del ámbito del Patrimonio Municipal del suelo, y generalmente tras los preceptos dedicados a las cesiones (cuyo destino será el de la construcción de viviendas sujetas al régimen de protección pública) usos de conservación o mejora del medio ambiente o a otros usos de interés social, de acuerdo con el planeamiento urbanístico...

Pero realmente lo que nos importa en este breve análisis consiste en determinar qué supone realmente *la consideración de ilegal y nulo de la reforma del plazo registral de duración de la institución* (32).

En principio, hay que diferenciar que una cosa es la regulación de la institución de carácter urbanístico y civil, y otra cosa bien distinta es el plazo de duración del derecho que debe contenerse en el asiento de inscripción, que continúa entendiéndose constitutiva en la modalidad urbanística.

Esto implica que las partes pactarán un plazo y que a la hora de calificar el Registrador, al igual que hacía antes, no se limitará a recoger el plazo de cincuenta años que mantenía el propio RH de 1959, sino que se ajustará al

(32) Pero *imaginemos* que la STS no sólo declara ilegal la reforma operada en 1998, sino el precepto reglamentario en cuestión, en tal caso cabe plantearse lo que ocurriría tras la declaración de nulidad del requisito del plazo reglamentario, teniendo en cuenta que tanto la Ley del Suelo como el Reglamento Hipotecario, hasta ahora habían señalado como necesario la existencia de un plazo para delimitar la concesión del derecho. La respuesta que habría que dar sería la de la continuidad de la existencia de los plazos marcados por la ley urbanística. Plazos que podrían introducirse, o no, en el asiento de inscripción, que ahora se convertiría en declarativa puesto que se habría partido de la ilegalidad del carácter constitutivo de la inscripción mantenido por el precepto reglamentario. La cuestión planteada tiene importancia teniendo en cuenta que al ser un derecho esencialmente de duración temporal este requisito se debería contener en el asiento, aunque no se exigiese con carácter constitutivo, en base precisamente al principio hipotecario de especialidad o determinación.

acuerdo de las partes que *generalmente seguirán los criterios y plazo urbanísticos*, esto es, o setenta y cinco o noventa y nueve años. Criterio que, sin duda, reafirma el mantenimiento del criterio dualista del derecho de superficie, esto es, que en el caso que nos ocupa el Estado y/o las CCAA tengan un plazo limitado para la constitución de la propiedad superficiaria separada temporal que no podrá nunca exceder de setenta y cinco años. Mientras que los particulares se establece por la ley urbanística un límite —también máximo de noventa y nueve años— aunque siempre tendrán la posibilidad de pactarlo con un carácter indefinido (esto es, sin concreción temporal), o a perpetuidad con posibilidad de ser liberado o recuperado, indiferentemente de que las partes no utilicen esta posibilidad, lo cual no significa que no proceda en base a la derogación del principio de accesión, a la libertad negocial, y al *numerus apertus* de derechos reales. Para quienes la inscripción, además, no tiene ese carácter constitutivo.

b) Prórroga del plazo de duración del derecho

La reforma del Reglamento Hipotecario de 1998 incluyó un párrafo, en este apartado *a)*, que hacía referencia a la posibilidad de prórroga en los siguientes términos: «*No obstante, antes de su vencimiento, podrá prorrogarse la situación superficiaria por otro período no superior al máximo legal*».

¿Qué supuso tal inclusión? El legislador reglamentario hace referencia, y consiguientemente, reconoce la existencia de un pacto de *prórroga definida*: esto es, un plazo de tiempo de duración del derecho de superficie que se prolonga, retardándose el término, su extinción y la consiguiente reversión (33).

Textualmente el legislador reconoció que la situación superficiaria podría prorrogarse, pero realmente, en términos jurídicos exactos significa que a fin de prorrogarse la misma, lo que se prorroga es el derecho real que sustenta la propiedad superficiaria separada ya construida.

En cuanto al plazo de la prórroga, el legislador expresamente concretó que debía ser por *un tiempo limitado, no ser superior al máximo legal*, haciendo clara referencia a la legislación urbanística. El legislador fue demasiado previ-

(33) Lo que supone que con una expresión de carácter abstracto y genérico se posibilita reglamentariamente, y no legalmente, que «podrá prorrogarse la situación superficiaria». Declaración que nos da pie para determinar que lo que se prorroga es la situación jurídica superficiaria que implica y conlleva la prórroga del derecho real que la sustenta y la propiedad superficiaria-separada ya construida. La situación superficiaria puede haberse transmitido de cualquier forma, de manera que los sujetos que la integren no sean los mismos que los iniciales (por ambas partes, no sólo *el dominus soli*, sino también el superficiario). Situación superficiaria que conlleva la continuación de la existencia del derecho real originador de la misma.

sor al señalar que «antes de su vencimiento» podrá establecerse la prórroga, afirmación obvia, ya que una vez finalizado y extinguido el derecho de superficie nunca cabría su prórroga (sino una nueva constitución) precisamente por la existencia del elemento esencial de la reversión de la propiedad superficiaria a manos del ente concedente. De darse el supuesto se podría pactar otro derecho de superficie pero nunca su prórroga. En definitiva, la prórroga nacerá siempre dentro del plazo de existencia del derecho de superficie.

Los partidarios de la concepción unitaria del derecho de superficie verán sin duda una extralimitación en esta novedad reglamentaria que contradice la posibilidad de prórroga sustentada por el TRLS (34).

Extralimitación: puesto que estamos dentro del ámbito reglamentario y además hipotecario, y no dentro del ámbito legal. Y, extralimitación porque el legislador no concreta si se puede llevar a cabo la prórroga con un límite máximo determinado imperativamente por la ley urbanística (setenta y cinco o noventa y nueve años), o cabe que de la modalidad urbana común se pacte la prórroga independientemente de estos plazos (por su posibilidad de pactarse indefinidamente).

En su momento nos pareció acertada esta posibilidad que el legislador trazó, independientemente de la forma y el lugar en donde se llevó a cabo, pues como previamente ya habíamos señalado, *no creíamos que la prórroga originase la desnaturalización del derecho de superficie* (precisamente por nuestra teoría de la doble modalidad). Además consideramos adecuada, y en determinados casos necesaria, la existencia de prórrogas definidas beneficiosas tanto para ambas partes como para la construcción que será convenientemente conservada. No obstante, entendemos que tales prórrogas deben ser comunicadas con la antelación suficiente de tiempo a fin de prorrogarse o pactarse los nuevos caracteres del derecho (plazo, canon, mantenimiento de la edificación o cualquier tipo de prohibiciones...).

Pero, ¿qué ocurrirá tras la desaparición de la modificación contenida del precepto reglamentario?

A mi juicio, creo que seguirá siendo válida y posible la prórroga en la práctica, desde luego para la modalidad urbana común, independientemente de que acceda o no al Registro, y sobre todo de que no se halla previsto expresamente por la legislación urbanística (35).

(34) Así pues, DE LA CÁMARA AGUILA («Breves consideraciones acerca de la reforma del art. 16 RH por el Real Decreto 1867/98, de 4 de septiembre...», *cit.*, pág. 2004), entiende que en este aspecto el RH es *contra legem* y, por consiguiente, debe considerarse carente de validez en este aspecto.

(35) Téngase en cuenta que si es la propia Corporación Municipal la que desea —por ejemplo, con fines políticos— la prórroga del derecho de superficie, será la primera en que el pacto acceda al Registro de la Propiedad.

No sería tan disparatado entender, en relación con la modalidad urbanística, la posibilidad de pactar cualquier prórroga —aunque aún expresamente no se haya previsto— siempre que no supere el máximo legal establecido por la propia Ley del Suelo de setenta y cinco años cuando el ente público fuera el que ha pactado el derecho de superficie (prórrogas que se utilizan también en los países de nuestro entorno, recordemos el caso del sistema portugués, que las incluye habitualmente en el ámbito urbanístico. Ley portaria) (36).

¿Sería conveniente que la Ley Hipotecaria recogiese tal posibilidad en una futura reforma? Y, de no hacerlo, ¿qué deberíamos entender, que no sería válida la prórroga?

Contestando a la primera pregunta, cabe recordar que hemos partido de la necesidad y de la importancia del carácter constitutivo de la inscripción del derecho de superficie por sus especiales y específicos caracteres, de ahí que como anteriormente hemos señalado en base al principio de seguridad jurídica sería conveniente y necesario que la Ley Hipotecaria detallase todos los puntos concretos que deben contenerse en el asiento de inscripción del derecho de superficie. De no hacerlo, el derecho de superficie, como cualquier otro derecho real nacido en base al título y el modo, sería válido no sólo conforme a los criterios imperativos de la Ley del Suelo en el caso de que fuese el municipio quien sobre suelo patrimonio corporativo lo constituyese, sino también de acuerdo con los pactos que las partes creyesen oportuno establecer en base a su autonomía negocial. De manera que si se pacta la prórroga en base al principio de especialidad, el Registrador, al calificar la escritura, procederá a hacerlo constar en el asiento a los efectos de seguridad jurídica, independientemente de que la ley urbanística guarde silencio al respecto y el reglamento también.

c) Reversión de la propiedad superficiaria a manos del *dominus soli*

En este mismo apartado a) del artículo 16 del Reglamento Hipotecario de 1959, se recogía también la reversión de la edificación a manos del dueño del

(36) Volvamos al juego inicialmente propuesto de entender derogado totalmente el artículo 16.1.º RH, y por consiguiente no se hiciese referencia alguna a la cuestión de las prórrogas del derecho. Recordemos que previamente se habría declarado la ilegalidad y nulidad del precepto que implicaba el carácter constitutivo y la inclusión para su existencia de la prórroga del derecho en el asiento de inscripción, esto es, el acceso de tal circunstancia al Registro de la Propiedad con carácter constitutivo. De manera que aún sin constar la existencia de este requisito, podría acudir al Registro en la inscripción declarativa.

suelo, SALVO PACTO en contrario (37). Pacto que posteriormente fue reformado extensivamente por el Reglamento de 1998 en los siguientes términos: «...salvo que se hubiese pactado que el superficiario habría de conservar parte de la edificación fijándose la cuota que le corresponde y las normas de comunidad por la que se rige el inmueble una vez extinguido el derecho de superficie...»

Esto significaba que tras mantener el Reglamento Hipotecario, en un primer momento, la reversión total de la edificación a manos del concedente, siguiendo el imperativo legal marcado por la legislación urbanística para su modalidad, el Reglamento se aparta de esa línea y amplía las posibilidades. ¿Por qué? Porque en realidad, a mi juicio, el legislador se da cuenta de los distintos supuestos de hecho que pueden surgir al amparo de la modalidad urbana común. Esta modificación, posterior a la sentencia del TC, recordemos, es una de las afirmaciones que confirman la teoría que mantenemos de las dos modalidades de derecho de superficie.

Dos modalidades que se sustentan en el hecho básico de que en la modalidad urbanística, el legislador prevé como consustancial el plazo de término de concesión, y también entiende que es un elemento esencial la reversión de lo edificado, y que esta reversión se produzca imperativamente a manos del *dominus soli* o concedente del derecho. ¿Por qué? Porque la finalidad de la institución, que todas las leyes del suelo se han encargado de repetir y recordarnos, es *la construcción de viviendas y otras edificaciones con fines de promoción social*, de ahí que el derecho se constituya y el concedente sea la Corporación patrimonial sobre suelo municipal del que dispone en exceso, consecuencia de las cesiones obligatorias impuestas a los particulares por el propio planeamiento urbanístico.

La reversión en conexión con la nota de temporalidad, de la que además deriva, se produce tras la finalización de la relación superficiaria al adquirir plena vigencia el principio de accesión. Al ser un elemento consustancial de la misma, fijado por el legislador urbanista imperativamente para su modalidad, *no puede ser derogado por pacto de las partes*. Lo cual no significa que en lo que nosotros hemos denominado la modalidad urbana común, donde los parti-

(37) En base a esta salvedad referida a la reversión, consideramos, frente a otros criterios, que se presume que el derecho de superficie se puede constituir (al menos teóricamente) con carácter perpetuo, argumento que sirve para admitir la modalidad urbana común del derecho de superficie pactado al amparo del Código Civil. A mi juicio, la intención del legislador urbanista no ha sido en ningún momento la de otorgar a esta institución, cuando es constituida sobre suelo patrimonio de las Corporaciones Locales, un carácter perpetuo, pues ello llevaría a la desmembración de la propiedad (de una propiedad pública) al establecer de modo indefinido un dominio del suelo, y otro, del vuelo. Pero, no olvidemos que no se ha señalado nada en relación con el posible carácter indefinido del derecho de superficie pactado entre particulares.

culares gozan de plena autonomía negocial, no pudiese pactarse tal posibilidad de reversión parcial a manos del concedente o de un tercero, tal y como posteriormente el Reglamento, seguramente conocedor de estos pactos en la práctica registral, alzó a nivel reglamentario. Incluso tras la sentencia constitucional que algunos han entendido como reafirmadora del unitarismo de la institución continuaba existiendo legal y prácticamente la doble modalidad.

Afirmar la existencia imperativa del elemento de la reversión de la edificación superficiaria separada del suelo a manos del concedente implica negar toda posibilidad de derogación de la reversión como la venta del suelo al superficiario, o la conversión en una copropiedad entre el dueño del suelo y el dueño de la construcción, o la venta del suelo al propietario de la construcción a la expiración del derecho. Reversión que es esencial porque el suelo es Patrimonio Municipal, utilizado con un fin meramente social, y como tal ha de volver siempre a dicho Patrimonio.

Los particulares, por su parte, en base a su autonomía de la voluntad, pueden pactar en el momento de la constitución del derecho, o más tarde, la adquisición del suelo por el superficiario, o la no reversión de la propiedad superficiaria al concedente, o incluso su reversión a un tercero, o simplemente la reversión parcial al concedente. Incluso caben otros pactos de otro estilo como son la demolición de la edificación tras el transcurso del plazo previsto (¿para qué quiere el concedente una edificación de ochenta años, por ejemplo?), o el supuesto contrario de restauración de la propiedad superficiaria antes de la extinción del derecho de superficie por el transcurso del tiempo, a fin de recibir un edificio en buen estado que pasará a ser suyo tras la derogación del principio de accesión.

Una vez concretada por vía reglamentaria la posibilidad de *reversión parcial*, era obvio que se detallase, en base al principio de especialidad, los pactos relativos a la futura propiedad horizontal, fijándose la cuota que corresponderá al superficiario, aunque no se señala nada por eliminación la que le corresponderá al *dominus soli*, y las normas de comunidad por las que se registrará el inmueble una vez extinguido el derecho de superficie (38).

(38) ARNÁIZ EGUREN («Notas sobre el contenido de los arts. 13, 16, y 68 RH, modificados por el Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre. El derecho de superficie, la permuta de suelo por edificación futura, el derecho de vuelo urbano y la inscripción de plazas de aparcamiento y trasteros», en *La reforma de los Reglamentos Hipotecario y del Registro Mercantil por Real Decreto 1867/98, de 4 de septiembre*. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1999, pág. 61 y sigs.) mantiene que aunque se pacte la reversión parcial puede que no tenga lugar nunca la constitución del régimen de propiedad horizontal. En cuyo caso, a su juicio, caben tres posibles situaciones. La primera, referente a la situación de prehorizontalidad mientras subsista la situación de propiedad superficiaria, que se dará en el caso de que se cumpla un doble requisito. En primer lugar que la parte de edificación se determina mediante la constitu-

Los partidarios de la tesis unitaria del derecho de superficie entienden que el reglamento de 1998 es un reglamento *contra legem*, puesto que la concepción urbanística del derecho de superficie prohíbe expresamente la posibilidad de reversión parcial, y ello porque, en todo caso, lo edificado revierte a manos del *dominus soli* (39).

¿Qué ocurrirá ahora, tras la declaración de ilegalidad y nulidad de la reforma del artículo 16.1.º del RH de 1998, y la vuelta al estado anterior?

El problema reside en que el Reglamento Hipotecario de 1959, como ya hemos señalado, está desarrollando la modalidad contenida en la Ley del Suelo, pero, sobre todo, el carácter constitutivo de su inscripción. Lo que plantea problemas de conexión al ser posible también la constitución de la modalidad urbana del derecho de superficie y su inscripción en el Registro con carácter declarativo. De esta manera no puede por menos de constatar, como ocurre en este caso, la posibilidad de que dicha modalidad tenga caracteres independientes y contrarios a los establecidos por la Ley del Suelo, como es su posibilidad de duración por tiempo indefinido, o la inclusión de otros pactos (como la no reversión de la propiedad superficiaria al dueño del suelo, o la reversión pero a un tercero). Situación —por otro lado, difícil de que ocurra en la modalidad urbanística donde el plazo de tiempo pactado y la reversión— son requisitos imperativos.

La nulidad de la reforma del artículo 16.1.º RH, sustentada por las Asociaciones de Notarios, se centra en su consideración de Reglamento *contra legem*, pero contra la Ley Hipotecaria que no establece el carácter constitutivo de su inscripción —y que es precisamente quien debería establecerlo, como así nosotros hemos mantenido en todo momento. De acuerdo con este primer argumento concretan la nulidad de todos los requisitos que se imponen precisamente por el carácter constitutivo de la inscripción del derecho, y que deben constar en ella al considerarse ésta constitutiva— (argumentos que han sido decisivos para el fallo de la sentencia en su favor, pero sólo a los efectos de mantener la nulidad de la reforma, no la nulidad de la cuestión del carácter

ción obligada de régimen de propiedad horizontal, y en segundo lugar que la propiedad superficiaria se mantenga en la titularidad única del propio superficiario, de forma que la necesidad de propiedad horizontal surja en el momento de la extinción del derecho. La segunda, referida a la situación inmediata de propiedad horizontal, en cuyo caso la apropiación por el titular de los pisos o locales cuya propiedad ha de conservar se condicionará a la extinción del derecho, pero el régimen de propiedad horizontal surge desde el momento de otorgamiento del título constitutivo por el superficiario. Y la tercera referente a la situación de reserva de apropiación, sin necesidad de constitución futura de propiedad horizontal.

(39) CÁMARA AGUILA, «Derecho de superficie urbano. Breves consideraciones acerca de la reforma del artículo 16 del RH por el Real Decreto 1867/98, de 4 de septiembre», en *RCDI*, núm. 649, pág. 2005.

constitutivo que en realidad era lo que se pretendía). Pero no se señala en ningún momento que sea un reglamento *contra legem*, en el sentido de serlo contra la Ley del Suelo que imperativamente ha establecido un molde rígido para la creación de la institución y que debe ser seguida por todos, Corporación Municipal y particulares, sin posibilidad de libertad para estos últimos.

De manera que la consideración de ilegal y nula de la reforma del artículo 16 del Reglamento Hipotecario no significa que los particulares no puedan constituir cuantos pactos en torno a la reversión consideren oportunos, independientemente de que accedan o no al Registro de la Propiedad al dejar de ser constitutiva la inscripción del derecho de superficie.

Todo esto considero que constituye un argumento decisivo para que de *lege ferenda* sea necesaria la modificación de la Ley Hipotecaria que proponemos, y tenga en cuenta las cuestiones relativas a la reversión con los problemas que ella conlleva: sobre todo su necesaria constatación registral a efectos de seguridad jurídica de terceros que puedan conocer con antelación cómo se va a desarrollar el derecho, porque así se establece en su título constitutivo o en un acuerdo posterior que debería inscribirse también, en relación con que la reversión va a tener un carácter parcial, a manos del concedente o de un tercero, y que sus expectativas pueden verse frustradas.

d) Determinación del canon o precio a abonar por el superficiario
al *dominus soli*

El Reglamento Hipotecario de 1959 señalaba en el apartado b) del artículo 16.1.º la inscripción de la «*Determinación del canon o precio que haya de satisfacer el superficiario, si el derecho se constituyera a título oneroso, pudiéndose estipular la reversión del todo o parte de lo edificado a favor del dueño del suelo al expirar el plazo convenido*». Apartado, recordemos, actualmente en vigor.

Posteriormente este requisito fue modificado, en cierto sentido, pues en el apartado b) del primer párrafo del artículo 16 RH de 1998, nos encontrábamos hasta ahora únicamente que para la eficaz constitución del derecho de superficie fuera necesario hacer constar la... «*Determinación del canon o precio que haya de satisfacer el superficiario, si el derecho se constituyese a título oneroso*» [recordemos que las cuestiones relativas a la reversión fueron introducidas anteriormente en el apartado a) del párrafo 1.º del art. 16 RH].

Aunque realmente parece que apenas existen modificaciones, debemos señalar que éstas tienen lugar implícitamente en la configuración de la Institución en sí. Y ello porque al señalarse por el primer Reglamento que debía determinarse el canon superficiario si el derecho se constituyera a título

oneroso significaba que también podía constituirse a título gratuito. Y ello porque así lo establecía directamente la propia LS de 1956 (40).

La inclusión de la reversión en el primer apartado, la conecta directamente con la propiedad superficiaria temporal que el legislador urbanista proyecta, y no con su consideración como forma de pago que debe realizar el superficiario al cedente de la futura propiedad superficiaria separada (41).

Pero, ¿por qué insiste el legislador reglamentario en la inclusión del elemento del precio en la inscripción de la superficie? La existencia o no de precio es importante a efectos de la *causa* del negocio jurídico. Es frecuente el carácter gratuito del derecho de superficie cuando se concede por el Ayuntamiento para promover la edificación en suelo público (42) —que debe constar en todo caso en la inscripción—, lo que no significa que no se con-

(40) El derecho de superficie podía, y puede, constituirse tanto a título oneroso como a título gratuito. Así, en el primer supuesto, se puede pactar el pago único, o a plazos, estableciéndose un canon anual o mensual, o incluso por los plazos que se fijen mientras dure el contrato y subsista el derecho.

Tras la regulación del derecho de superficie en la Ley del Suelo de 1956, MEZQUITA DEL CACHO («El derecho real de superficie en la Ley de 12 de mayo de 1956...», en *RDP*, 1957, pág. 755) estudió pormenorizadamente el artículo 158 de la Ley del Suelo de 1956 y, por consiguiente, las formas de pago de este derecho (así, distinguía entre: Derecho de superficie constituido por precio alzado. Derecho de superficie contra pago de un canon periódico. Derecho de superficie concedido sin precio alzado ni estipulación de canon periódico, sino simplemente con la contraprestación de que al término de la superficie por expiración del plazo de duración reviertan al dueño del terreno gratuitamente las construcciones y edificaciones realizadas. Derecho de superficie concedido a base de la combinación de las fórmulas anteriormente señaladas...) entendiendo que de éstas el precepto había originado diversas variedades de derechos de superficie. Así, el apartado 3.º del citado precepto introdujo como novedad importante la posibilidad de inexistencia de contraprestación en dinero por parte del superficiario, pero con reversión del todo o parte de lo edificado a favor del *dominus soli*.

En consonancia con dicha Ley, el Reglamento Hipotecario estableció la posibilidad de «reversión del todo o parte de lo construido al finalizar el plazo pactado», introduciendo con ello un elemento de confusión, pues deja entrever que no hace falta que la reversión se produzca cuando finalice el plazo pactado por las partes sino en cualquier momento que hayan establecido las mismas en el título constitutivo que, por ejemplo, puede ser distinto del plazo de duración si la reversión fuere parcial.

VENTURA TRAVESET (*Derecho de edificación sobre finca ajena y la propiedad horizontal*, Bosch, Barcelona, 1963, pág. 149) señaló la diferencia existente entre este apartado del Reglamento y el artículo 161 de la Ley del Suelo de 1956, matizando que la reversión se produce al extinguirse el derecho de superficie y da lugar al pago de indemnización a favor del constructor superficiario. Reversión que es una contraprestación por la cesión del derecho.

(41) Recordemos que la *reversión parcial* puede consistir en la cesión de uno o varios pisos o locales construidos por el superficiario en favor del propietario del suelo, quedando el resto en manos del superficiario, naciendo una propiedad horizontal.

(42) Pensemos en el supuesto de cesión de suelo en derecho de superficie de carácter gratuito realizado por el Ayuntamiento de Las Rozas, al «barrio» de Las Matas para la edificación del complejo parroquial.

ceda con carácter oneroso (43), al igual que ocurre en la constitución del derecho por los particulares (44).

Además de la necesidad de expresar la causa específica o típica del título en la inscripción (45) es necesario hacer referencia a la causa genérica. Y esto es precisamente la obligación que impone este apartado del artículo 16 RH. De modo que deberá quedar patente en el documento, y, por consiguiente, en la inscripción, si el derecho se adquiere a título oneroso o gratuito, y ello porque tal carácter condiciona la eficacia del acto frente a terceros y la de su inscripción (arts. 34 y 32 LH). De ahí que el dato se deba hacer constar necesariamente en el asiento, porque sólo así se hace posible la aplicación de los preceptos de la Ley Hipotecaria y de la protección que en ella se dispensa. Por otro lado, el carácter oneroso o gratuito del acto puede afectar también a la distinta capacidad necesaria para realizarlo en cada caso, y por tanto, a su validez intrínseca (46).

- e) Plazo para la realización de la edificación. Cuestiones relativas a las características generales, al destino y al costo de la construcción superficiaria

Frente al establecimiento del Reglamento de 1959 en el que debía hacerse constar para la eficaz constitución del derecho el «...*Plazo pactado para realizar la edificación, sus características generales, destino y costo del presupuesto...*». La modificación del Reglamento de 1998 introdujo una ampliación en la segunda parte del apartado, quedando intacta la primera. Así se recogía hasta la publicación de la STS que para la eficaz constitución del derecho deberá constar «...*el plazo señalado para realizar la edificación, que*

(43) Pensemos en la cesión de terrenos en el Municipio de Valdemorillo para la construcción del parque acuático.

(44) Pensemos en el padre que cede en derecho de superficie un terreno a su hijo para la construcción de su vivienda unifamiliar.

(45) Debemos recordar que en el Registro de la Propiedad español (desde el punto de vista de la relación jurídica registral y de la titularidad correspondiente) se inscribe el derecho de superficie —modalidad urbana (nacido extrarregistralmente)— inseparablemente unido a su título, de manera que ambos forman una unidad inescindible. Sin embargo, en los casos de inscripción constitutiva —derecho de superficie, modalidad urbanística—, se inscribe únicamente el título que es, precisamente, el origen del derecho.

(46) De considerarse nulo este requisito, en base al juego inicialmente propuesto, ¿qué ocurriría? ¿qué implicaría la declaración de nulidad de este requisito? Pues, evidentemente, al no considerarse constitutiva la inscripción, el aspecto oneroso o gratuito del derecho no accedería al Registro como requisito de validez del derecho, de manera que la eficacia del acto frente a tercero puede verse afectada. De ahí el necesario pronunciamiento del legislador hipotecario en cuanto a esta cuestión en dicho hipotético supuesto.

no podrá exceder de cinco años; sus características generales y destino de la construcción. El transcurso del plazo no impedirá, sin embargo, la inscripción de la declaración de la obra nueva, siempre que el régimen del derecho de superficie esté aún vigente e inscrito».

Vamos a detenernos, en primer lugar, en el *plazo pactado o señalado para realizar la edificación* (47), y a la concreción de un plazo o término final de cinco años para la realización de la edificación, requisito que es el que precisamente ha sido tachado de ilegal y nulo.

Pero ¿por qué el Reglamento Hipotecario hace referencia al plazo de edificación de la propiedad superficiaria separada? En principio podría argumentarse que la referencia se debe a que en anteriores textos urbanísticos (1956 y 1976) se determinaba que el incumplimiento del plazo de construcción constituía una causa de extinción del derecho (48).

Pero, ¿cuál es el criterio del reformador reglamentario de 1998? Siguiendo las normas urbanísticas, es necesario un plazo para realizar la edificación, ya que todo derecho a edificar debe cumplir dicho plazo, ya sea en base a un derecho de superficie o no, y dentro de aquél aplicable a la modalidad urbana o urbanística. Sin embargo, aunque es exigible en ambos casos, el motivo es diferente, y ello porque en la modalidad urbanística es un requisito sustantivo de su constitución, mientras que en la modalidad urbana, este plazo de edificación, además de ser un requisito únicamente de su inscripción, forma parte además del deber general de solicitar a la Administración municipal la licencia para la construcción, quien controla la edificación por el plazo otorgado para su realización.

Así pues, el TRLS de 1992, en su artículo 289.1.º (no derogado por la LRSV de 1998), en relación con el anterior artículo 35.1.º (sí derogado por considerarse inconstitucional y materia de legislación autonómica) establece

(47) Nótese la diferencia terminológica. En el RH de 1959 se hacía referencia al plazo pactado (acuerdo de voluntades), frente a la posterior modificación donde se insiste en el plazo señalado (generalmente en contratos de adhesión realizados por el ayuntamiento al que los particulares o la futura entidad superficiaria se adhiere o someten) para realizar la edificación.

(48) El primer requisito *exigible es que el plazo para realizar la edificación no podrá exceder de cinco años*. Se trata de una repetición del plazo fijado en el artículo 159.1.º de la Ley del Suelo de 1956. Lo único que difiere de ella es que amplía el plazo a toda la institución superficiaria, por lo menos a los efectos de su inscripción constitutiva, pudiendo ser calificado como una intromisión reglamentaria.

La Ley del Suelo de 1976 no estableció expresamente plazo alguno para la edificación de la propiedad superficiaria. Se remite al que establece el Plan o si fuere menor por el convenido entre las partes, señalando que el incumplimiento del mismo es una causa de extinción del derecho de superficie (art. 173.1.º). Posteriormente la Ley del Suelo de 1992 señaló en su artículo 289.1.º que el derecho de superficie se extinguirá si no se edifica en el plazo previsto en la licencia urbanística de conformidad con su artículo 35.1.º

que el plazo para la edificación se expresará en la preceptiva licencia urbanística, imponiéndose la sanción de extinción del derecho si no se edifica en el plazo previsto por la misma (49).

El establecimiento del término del plazo de cinco años vigente hasta la fecha de la publicación de la STS, aún sin la dicción del mismo en el planeamiento urbanístico, tal vez pudiera haber parecido excesiva, y haberse hecho referencia a la necesidad de construcción por el superficiario en un plazo abstracto o haciendo referencia al concedido por la licencia municipal.

Pero independientemente del establecimiento del plazo por las leyes urbanísticas, al ser necesaria su referencia en la inscripción, y consiguientemente en el Registro, el plazo propuesto tiene como fundamento la indefinición y la falta de cognoscibilidad de quien es el propietario de la construcción, sobre todo a los efectos de los deberes que debe cumplir respecto a la misma el superficiario y su eficacia frente a terceros.

Y, ahora, tras la declaración de nulidad del requisito, ¿qué ocurrirá en relación con el plazo edificatorio? Pues que no se impone plazo determinado para la realización de la edificación ni tampoco para el acceso al Registro de la declaración de la obra nueva. Aunque habrá de tenerse en cuenta, en todo caso, la regulación contenida en el Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprobaron las *normas que complementan al Reglamento Hipotecario sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística*. Reglamento que regula, entre otras, la inscripción de declaración de obra nueva y la división horizontal, como conjunto de medios verdaderamente innovadores y que afectan a nuestro estudio (50).

(49) Recuérdese que tanto en el suelo urbano (art. 14) como en el suelo urbanizable (art. 18 LS de 1998) entre los deberes de los propietarios se encuentra el deber de edificar los solares en el plazo que en su caso establezca el planeamiento. La licencia de edificación es una manifestación de la intervención administrativa en la actividad privada, sometiendo su ejercicio a la previa homologación de su conformidad al Ordenamiento Urbanístico.

(50) Según la propia Exposición de Motivos del Real Decreto, «El capítulo VI se refiere a las inscripciones de obra nueva cuya regulación legal se encuentra en el artículo 37.2 del TRLS de 26 de junio de 1992. La regulación establecida pretende responder a la finalidad perseguida con el precepto legal: evitar que nazcan a la vida jurídica unidades inmobiliarias susceptibles de tráfico jurídico que no existen ni podrán existir en el mundo real. No se ha querido (ni hubiera sido oportuno) alterar los mecanismos a través de los cuales la obra nueva puede acceder al Registro de la Propiedad, pero sí ha sido necesario determinar los requisitos descriptivos que han de contener las escrituras de dicha clase, puesto que la normativa vigente no los señala. La finalidad perseguida lleva a que tanto en la escritura pública relativa a la obra en construcción como en la que ya está construida sea necesario que un técnico (expresión que queda en el Reglamento precisada en su alcance) dictamine que lo declarado por la persona legitimada para ello coincide con lo proyectado o con lo proyectado y lo construido, aunque sólo en aquello que es el contenido propio de las escrituras de obra nueva...»

Pero es importante conectar este tema con el derecho de superficie más detalladamente. El Real Decreto 1093/1997 introdujo como novedad, en torno a este asunto, cómo ha de describirse un edificio cuando éste va a acceder al Registro de la Propiedad por primera vez. Se hace referencia específicamente a un máximo de determinación en metros cuadrados edificadas, números de viviendas, apartamentos, despachos, así como el número de plantas y la superficie de la parcela ocupada (art. 45 *in fine*). Cuestiones que como veremos deberían concretarse cuando se hacía referencia a las características generales de la construcción de la propiedad superficiaria (51).

Debemos señalar que el artículo 37-20 TRLS de 1992 no fue declarado inconstitucional por la STC y continúa vigente, pasando a incluirse en el nuevo texto de la LRSV de 1998 en el artículo 22, bajo la denominación de declaración de obra nueva y que señala casi con idénticos términos que «Los Notarios y Registradores de la Propiedad exigirán, para autorizar o inscribir, respectivamente, escrituras de declaración de obra nueva terminada, que se acredite el otorgamiento de la preceptiva licencia y la expedición por técnico competente de la certificación de finalización de la obra conforme al proyecto objeto de la misma.

Para autorizar e inscribir escritura de obra nueva en construcción, a la licencia de edificación se acompañará certificación expedida por técnico competente de que la descripción de la obra nueva se ajusta al proyecto para el que se obtuvo la licencia. En este caso, el propietario deberá hacer constar la terminación mediante acta notarial que incorporará la certificación de finalización de la obra antes mencionada.

Tanto la licencia como las mencionadas certificaciones deberán testimoniarse en las correspondientes escrituras».

(51) No obstante, volviendo al tema que nos interesa, debemos indicar que primero se producirá la constitución del derecho de superficie, y, posteriormente, la edificación en el suelo ajeno. Aunque no olvidemos que a veces su existencia puede ser simultánea, sobre todo, en aquellos supuestos de concesión del derecho de superficie sobre edificación ya realizada, supuesto que entendemos cabe únicamente en la modalidad urbana común. Así pues, es necesario hacer constar como en el folio registral de la finca donde conste el título de dominio del propietario del suelo, deberá inscribirse la constitución del derecho de superficie y, posteriormente, la declaración de obra nueva donde se deberá concretar, por ejemplo, el número de viviendas integradas en el edificio superficiario... y demás cuestiones ya señaladas que se concretarán cuando resultara del proyecto que ha sido aprobado.

En general puede pensarse que en realidad es algo difícilmente controlable por parte de Notarios o Registradores, aunque sí puede controlarse de modo indirecto a través de la Licencia que necesariamente formará parte de la escritura pública donde se indique ese número máximo. No obstante, en el derecho de superficie generalmente esta circunstancia deberá estar concretada, pues no olvidemos que se haya vinculado al destino de promoción social de la superficie, de manera que se expresará en su título de concesión. Además, las Comunidades Autónomas en sus propias legislaciones han establecido la necesidad de solicitar la licencia urbanística cuando los particulares actúen en terreno público del municipio, sin perjuicio de la concesión que sea pertinente otorgar.

En conexión con esta afirmación debe apuntarse que los requisitos generales para la inscripción de las declaraciones de obra nueva son dos (art. 46): la obtención de la licencia y la intervención de técnicos competentes, puestos de manifiesto reiteradamente en el artículo 22 LRSV de 1998.

Otra cuestión importante, introducida por el Real Decreto 1093/1997, ha consistido en conectar la declaración de obra nueva con la propiedad horizontal (art. 53). De manera que mediante la realización de una descripción del edificio, se puede dar entrada a una alteración producida en el edificio respecto al modelo que se había puesto en la declaración de obra nueva, siempre que se acredite mediante nueva licencia que se permiten los nuevos elementos introducidos. De manera que como ya se hacía de hecho en el derecho de superficie, el Registrador controla el número de viviendas de una edificación y no solamente la configuración exterior del edificio.

Todas estas obligaciones descritas se hallan en conexión con la cuestión de que la realización de la construcción se configura como un deber esencial para el superficiario (52). La declaración de obra nueva es importante puesto que mediante la inscripción de carácter constitutivo en nuestro Derecho, no lo olvidemos, el derecho no sólo nace a la vida registral sino sobre todo a la vida jurídica. De manera que la certificación del técnico competente da fe de que todas las circunstancias se han cumplido no habiendo quedado nada al arbitrio del declarante-superficiario. La nulidad del carácter constitutivo de la inscripción del derecho y de todos los requisitos necesarios que debían constar en la misma llevará consigo que estas obligaciones no consten en el Registro, porque las partes no quieran u olviden su constatación en el título constitutivo, aunque a efectos de seguridad jurídica, no hay duda de que a las partes les interesará que al menos la declaración de obra nueva, y el surgimiento de la propiedad superficiaria separada conste en el Registro.

También se apuntó en el RH de 1959, y vuelven ahora a estar en vigor, como necesarias para la inscripción, la constatación de *las características generales de la edificación, el destino y el costo del presupuesto*.

Enumeración más precisa que la recogida por la Ley del Suelo de 1956 (art. 159.1.º), que disponía que *la edificación se realizase en el modo convenido*. El Reglamento de 1959, en consonancia con dicha Ley, entendía que ese *modo* había de constar en el Registro, sobre todo teniendo en cuenta que su infracción motivaba la extinción del derecho (53).

La modificación del Reglamento Hipotecario de 1998, en el apartado *e*) del artículo 16.1.º hizo desaparecer el requisito de constatación del *costo* del

Se concreta en el Reglamento Hipotecario algo ya señalado previamente por el artículo 37 TRLS de 1992, que la licencia se testimoniará literalmente en la escritura pública o en el acta notarial, indicándose que la licencia formará parte desde el primer momento de la declaración de obra nueva de la construcción superficiaria.

(52) Pues, en caso contrario, como ya hemos visto, continúa vigente el artículo 289 del TPLS de 1992, relativo a la extinción del derecho de superficie.

(53) Según CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE («Propiedad Horizontal: situaciones posibles en orden a su inscripción», en *RDP*, 1966, pág. 861) tales caracteres son elementos esenciales del derecho.

presupuesto, aunque ahora quedan vigentes la necesidad de constatación las *características generales y el destino y también el costo del presupuesto*.

De la regulación hipotecaria se desprende que es inaceptable que el contrato, desde el punto de vista de las *características generales de la edificación superficiaria*, se redactase en términos generales (como podía ser la remisión al Pliego de condiciones, Proyecto y Memoria realizada por el arquitecto) sino que era imprescindible su explicitación, ya que el tercero adquirente —el tercero hipotecario— ha de tener como única fuente de publicidad el contenido del Registro, al menos a efectos de inscripción registral.

La necesidad de que estos tres requisitos consten en la inscripción de la modalidad urbanística, constituía y constituye la prueba fundamental de que el Reglamento desarrollaba únicamente la Ley del Suelo (aunque como hemos puesto de manifiesto anteriormente, no desconozca la existencia de la modalidad urbana común de donde toma algunas ideas para sus modificaciones, como es el caso de la reversión parcial).

Pero, ¿cuál era y es la *finalidad* de tales requisitos? A mi juicio, residía principalmente en el control que la Administración municipal ejercía sobre la actividad del superficiario. Pues entre particulares, generalmente estos requisitos pueden no tener importancia práctica alguna. Claro que siempre cabe la posibilidad de que se pacte en un derecho de superficie, en la modalidad urbana común, cuyo objeto sea la construcción de un edificio con determinadas características, que tras la reversión de la propiedad vaya a ser utilizada por el concedente del derecho con fines especiales o determinados, y le interese la construcción de la edificación con las características pactadas en el título de concesión.

De igual modo podríamos preguntarnos con qué *extensión* deben consignarse los datos de la edificación para saber si el constructor cumple, o no, con la obligación de edificar. El Reglamento hablaba de *características generales* y, dado lo amplio del contenido, podía referirse al número de plantas, a la superficie de cada una de ellas, al número de viviendas y sus linderos, al número de habitaciones, a su clase, a la altura de las plantas, a los servicios generales... El concedente —Corporación Municipal— podía, y aún puede (contrato de adhesión) insertar en la escritura de constitución del derecho, cuantas condiciones quiera para hacer más delimitado el contorno de su derecho (54).

(54) BURGOS BRAVO y MARTÍN MARTÍN («Problemas registrales del derecho de superficie y de la propiedad superficiaria...», en *Ponencias y comunicaciones presentadas al VI Congreso Internacional de Derecho Inmobiliario Registral*. Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1985, pág. 360 y sigs.) señalan la necesidad de acompañar, junto a la escritura pública de constitución del derecho, el certificado del arquitecto director de la obra o municipal, acreditativo de que la construcción esté o no concluida, y se adapta íntegramente a la forma descrita en el título constitutivo. Considero difícil adjuntar estos documentos junto con la escritura de constitución

Por lo que respecta al *destino* de la construcción —según este apartado del Reglamento Hipotecario— era necesario su constatación registral. En el mismo sentido, tanto la Ley del Suelo de 1956 (art. 157.1.º), como la de 1976 (art. 171.1.º), el derogado TRLS de 1992 (art. 287.1.º) (55) y como veremos seguidamente en algunas leyes de las Comunidades Autónomas señalan la importancia del destino para la constitución del derecho (a la promoción de viviendas y otros usos de interés social), siempre que, evidentemente, sean constituidos por las Corporaciones Locales (56). La diferencia, como ya se ha señalado en otros puntos del presente trabajo, se centra en la distinción entre concedentes, si son entidades públicas o si son particulares, pues estos últimos no están afectos al destino de uso público de las construcciones objeto del derecho. Matiz lógico, pero que era necesario aclarar expresamente, dando con ello pie a la diferenciación de dos modalidades de derecho de superficie.

En cuanto al *coste del presupuesto de la edificación*, es discutible que sea de vital importancia su constatación registral. No obstante, aunque anteriormente debía contenerse al exigirlo el Reglamento, que en un excesivo desarrollo de la Ley del Suelo, y a efectos de determinación económica de la construcción futura recogía dicho requisito, la reforma del reglamento enten-

del derecho de superficie, porque los mismos siempre serán posteriores a la creación del derecho. Otra cosa es que se adjunten para la declaración de obra nueva. No debemos olvidar que, generalmente, se producirá la constitución del derecho de superficie y la posterior edificación en el suelo ajeno, aunque a veces su existencia puede ser simultánea, sobre todo en aquellos supuestos de concesión del derecho de superficie sobre edificación ya realizada. En el folio registral de la finca constará el título de dominio del propietario del suelo, la constitución del derecho de superficie y la escritura de declaración de obra nueva, donde se adjuntarán, y ello por imposición del artículo 37 de la nueva Ley del Suelo, «certificación expedida por técnico competente acreditativo de que la descripción de la obra nueva se ajusta al proyecto para el que se obtuvo la licencia...» (hoy art. 22 de la LRSV de 1998).

(55) 287.1.º, «*Las Entidades locales y las demás personas públicas podrán constituir el derecho de superficie en terrenos de su propiedad o integrantes del patrimonio municipal del suelo con destino a la construcción de viviendas sujetas al régimen de protección pública o a otros usos de interés social, cuyo derecho corresponderá al superficiario.*

2.º *El mismo derecho asiste a los particulares, sin la limitación de destino prevista en el apartado anterior.*».

(56) Por ejemplo, en Galicia, el artículo 158.1.º afirma «...con destino a la construcción de viviendas sujetas a algún régimen de protección pública o a otros usos de interés social, cuyo derecho corresponderá al superficiario».

En el caso de Castilla-La Mancha, el artículo 80 dispone que «la *Administración de la Junta de Comunidades y los Municipios* ...con destino a la construcción de viviendas sujetas a algún régimen de protección pública o con precio tasado, así como a otros usos de interés social cuyo derecho corresponderá al superficiario».

En cuanto a la Ley 10/1998, de 2 de julio, de Ordenación del Territorio y Urbanismo de La Rioja, el artículo 172.1.º, afirma que «...con destino a la construcción de viviendas sujetas a algún régimen de protección pública o a otros usos de interés social».

dió que no era necesario, pues había sido hecho desaparecer sin más, lo que no significaba que no se continuase constatando, sobre todo en el caso de la modalidad urbanística. Ahora, no lo olvidemos, vuelve a estar en vigor (57).

f) Pactos relativos a la realización de actos de disposición por el superficiario

El apartado *d)* del párrafo 1.º del artículo 16 RH mantenía en 1959, en 1998, y ahora que para la eficaz constitución del derecho de superficie... deberán contenerse... lo siguiente:

«*d)* Pactos relativos a la realización de actos de disposición por el superficiario».

La concordancia del apartado *d)* del párrafo 1.º del artículo 16 RH debemos buscarla en el artículo 159.3.º de la Ley del Suelo de 1956, que imponía al superficiario la prohibición de enajenar la construcción hasta que al menos no se hubiere edificado en la mitad de lo convenido (58).

(57) Para terminar, sólo nos queda volver al juego de imaginar la total nulidad del artículo 16.1.º y, consiguientemente, la inexistencia de mención de «las características generales, el costo del presupuesto y el destino de la construcción superficiaria como requisitos que debieran contenerse en la escritura». En tal caso cabría entender: en cuanto a la inscripción de las características generales, la conveniencia de su constancia registral de al menos un mínimo de requisitos, a efectos sustantivos en la inscripción de ambas modalidades, a fin de delimitar el contenido real de la propiedad superficiaria separada. Y en cuanto al destino, partiendo del carácter declarativo de la inscripción que implicaría la nulidad del artículo 16.1.º creemos que la Corporación Municipal, sin duda haría constar en el título constitutivo el destino de la cesión del derecho de superficie, y ello porque el destino en sí es el objetivo de su actividad social, que justifica su actuación y la gestión del patrimonio municipal y que, además, le reportará beneficios políticos.

(58) DE LA RICA Y ARENAL (*Comentarios a la Reforma del Reglamento Hipotecario*. Libro Homenaje a Ramón de la Rica y Arenal. T. II. Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid, 1976, pág. 26) afirmó la posibilidad de delimitación de la libre disposición, tanto por parte del superficiario como por parte del dueño, aunque en el Reglamento sólo se refiera a los pactos que regulen la del superficiario.

GULLÓN BALLESTEROS («El contenido de la relación jurídica superficiaria en la vigente legislación española», en *RJC*, 1960, pág. 239), que analizó detenidamente este apartado, señaló que debía de haber sido redactado en el sentido de que la inscripción de la superficie contuviese los pactos que las partes hubieran celebrado sobre la forma de ejercitar la disposición o el gravamen, cuando los hayan celebrado, ya que son aspectos que pertenecen a la sustancia del derecho real de superficie, y no tiene trascendencia únicamente personal. Pero de la «desdichada regulación» llega a la conclusión de que su ausencia en la escritura pública da lugar a la imposibilidad de inscribir, o en otros términos, no ya que la superficie no se pueda transmitir ni gravar, sino que no nazca dicho derecho real.

En la actualidad el apartado 3.º del artículo 287 de la Ley del Suelo de 1992 (fiel reflejo del apartado 2.º del artículo 171 de la LS de 1976, señala que el derecho de superficie *será transmisible y susceptible de gravamen con las limitaciones que se hubieren fijado al constituirlo*. De esta forma podríamos pensar que la regla general sería la libre disposición del derecho, y lo excepcional serán los pactos que limitarían esta posibilidad de disponer del superficiario y que, por otro lado, caben legalmente al no contrariar los preceptos de carácter imperativo (59).

Sin embargo, en la práctica es todo lo contrario, pues la regla general son las estipulaciones señaladas por el concedente y que el superficiario acepta voluntariamente en la modalidad urbanística. Y no digamos nada en relación con la modalidad urbana donde las partes puedan pactar cuanto deseen dentro de los límites del artículo 1.255 del Código Civil.

El Reglamento Hipotecario, fiel al mantenimiento del principio de seguridad jurídica de terceros, entiende que en todo caso todos los pactos existentes, en ambas modalidades, deben acceder al Registro, pues son integrantes de la propia existencia del derecho, ya que se incluyen en su título constitutivo, y se parte del hecho básico del carácter constitutivo de la inscripción (60).

De las palabras transcritas debemos comentar dos cuestiones. En primer lugar, estamos de acuerdo con el citado autor en que son importantes los pactos de disposición o gravamen que las partes hayan pactado ya que, como muy bien matiza, son cuestiones que pertenecen a la sustancia del derecho, y su trascendencia no es únicamente personal. Pero, por otro lado, su ausencia de la escritura pública no consideramos que dé lugar a la imposibilidad de inscribir, o a que no nazca el derecho de superficie, salvo en la modalidad urbanística (a la que se refiere el citado autor), pero no en la urbana común donde el carácter de la inscripción es declarativo.

(59) A idéntica solución llega MEZQUITA («El régimen jurídico del derecho de superficie y su actual diversidad aplicativa...», *cit.*, pág. 465) quien propone que «la línea racional es entender que el derecho de superficie no tiene más limitaciones transmisivas que las que se le hayan impuesto expresamente; y la finalidad del precepto reglamentario citado es la de que cuando existan limitaciones convencionales, deberán inscribirse para producir efecto frente a tercero; sin perjuicio, en todo caso, de la posterior autorización o renuncia a la limitación impuesta».

(60) De considerar nulo y legal este apartado *d)* del artículo 16.1.º RH, nos hace pensar en la importancia de los mismos y en que las partes se cuidarían de hacerlos constar a fin de que el Registro refleje fielmente su derecho, aunque la inscripción pasase a ser en todo caso declarativa. También cabe precisar, como hemos indicado en los requisitos anteriores, que de *lege ferenda*, tales pactos deberían constatarse registralmente por la propia configuración jurídica de la institución.

- g) Garantías de trascendencia real con que se asegure el cumplimiento de los pactos del contrato

Tanto el Reglamento Hipotecario de 1959 como la reforma de 1998, que no incidió en este punto, declaran que para la eficaz constitución del derecho de superficie «...deberán inscribirse... las *garantías de trascendencia real con que se asegure el cumplimiento de los pactos del contrato*». Punto que continúa intacto tras la STS.

El *fundamento* de estas garantías podría ser el estímulo en la construcción, o, por el contrario, la sanción ante su incumplimiento, con la consiguiente repercusión en posteriores adquirentes en el supuesto de quebrantamiento de tales obligaciones (61).

No hay unanimidad en la doctrina a la hora de determinar *cuáles son estas garantías* reales. Podría entenderse que el legislador reglamentario está pensando en las garantías que tratan de asegurar el cumplimiento de los pactos. Pero hay que tener en cuenta que con la entrega del suelo el concedente ha cumplido su obligación (—aunque sólo en parte, pues falta el deber de abstención— siendo su posición, en este caso, pasiva), de forma que los únicos pactos que deben ser garantizados son los relativos a las obligaciones del superficiario (62).

(61) Siguiendo con nuestro razonamiento apuntado anteriormente, al no establecerse y detallarse por el legislador el contenido del derecho de superficie, dejándose en libertad a las partes —en ambas modalidades—, estos pactos no entran *per se* en el Registro (pues están pactados por las partes en el contrato que no debe afectar a terceros, pero que, en definitiva, al delimitar el contenido intrínseco del derecho, pueden considerarse como obligaciones *propter rem* para el superficiario titular del derecho), sino que se consideran accesorios de las garantías de trascendencia real.

En tal caso, señala GULLÓN («El contenido de la relación jurídica...», *cit.*, pág. 253), que si se pactan garantías especiales para la eficacia de tales pactos, entonces se pueden considerar obligaciones *propter rem*.

(62) DE LA RICA Y ARENAL («Comentarios a la Reforma del Reglamento Hipotecario...», *cit.*, pág. 27) afirmó que entre estas garantías mencionadas por el Reglamento Hipotecario, que perjudicarían a tercero, figuran las hipotecarias sobre el mismo derecho superficiario con las que se garantiza el pago del canon. O las resolutorias para el caso de no realizar las obras en el plazo convenido, o, en el de no ajustarse a las condiciones y características pactadas.

ROCA SASTRE («Ensayo sobre el derecho de superficie», en *RCDI*, 1961, pág. 48 y sigs.) entendió que para asegurar el cumplimiento de los pactos del contrato sólo podrán utilizarse la hipoteca y la prenda.

LASO MARTÍNEZ («El derecho de superficie en el ámbito urbanístico», en *Ponencias y comunicaciones presentadas al VI Congreso Internacional de Derecho Inmobiliario Registral...* Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid, 1985, pág. 549 y sigs.) mantiene que estas garantías pueden hacerse valer en función del cumplimiento del destino de lo edificado, elevándolo a la categoría de condición resolutoria explícita. Pero también las partes pueden crear

Garantías de trascendencia real que no se han hecho constar en ningún momento por el legislador urbanista, pero que existen en la realidad práctica (63).

- h) Ausencia de inscripción de las estipulaciones que sujeten el derecho de superficie a comiso

El último punto al que hace referencia el Reglamento en su artículo 16, apartado 1.º, en su regulación de 1959, que se mantiene intacta en la reforma de 1998, y que continúa en vigor, señala que: «No *serán inscribibles las estipulaciones que sujeten el derecho de superficie a comiso*».

Estamos ante una innovación del Reglamento, puesto que la Ley del Suelo no había señalado nada respecto al derecho de comiso del concedente del derecho de superficie en la modalidad urbanística que regula. Son, por lo tanto, varios los problemas que plantea el presente punto. Por un lado, es necesario determinar qué es el comiso en relación con el derecho de superficie, y, por otro lado, cuál fue la intención del legislador reglamentario, que con ello no sólo se extralimita de la Ley Hipotecaria (como acaba de indicar el TS) sino que se aparta e introduce otro aspecto en relación con la Ley del

otras garantías reales para asegurar, por ejemplo, la percepción del canon periódico cuando éste se devengue permanentemente durante la vigencia del derecho de superficie. O puede crearse una hipoteca de origen voluntario que asegure, por ejemplo, la percepción de rentas del canon durante determinado número de años, de forma que el dueño del suelo, en caso de impago del canon, pueda ejecutar la hipoteca constituida en garantía del mismo, sin perjuicio de que el eventual adquirente posterior al ser titular de la propiedad superficiaria no dé lugar a la extinción de su derecho.

CARDENABA COYA y GARCÍA PUMARINO RAMOS («El derecho de superficie y el Registro de la Propiedad», en *Ponencias y comunicaciones presentadas al VI Congreso Internacional de Derecho Inmobiliario Registral*. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid, 1985, pág. 426 y sigs.) no ven inconveniente en que entre estas garantías figuren la hipoteca del derecho de superficie. Señalan, a su vez, como posibles pactos registrables no recogidos en la Ley y el Reglamento (como pueden serlo los ya mencionados de plazo de edificación, características, destino, costo y presupuesto de la calificación), la eventual reconstrucción del edificio o, en su caso, el pacto de extinción por destrucción del inmueble, y los pactos relativos a la realización y financiación de mejoras y destino de éstas (como la regulación del *ius tollendi* o derecho a retirarlas al término del plazo del superficiario).

En realidad, podríamos señalar que estamos ante obligaciones que generan, a cargo del superficiario, un deber de realización, de manera que cualquiera que ostente tal posición jurídica debe ejecutarlas.

(63) Si hubiese sido declarado nulo el artículo 16.1.º del Reglamento, en general, tales garantías podrían o no acceder al Registro, debido a su inscripción que en dicho supuesto sería de carácter declarativo. No obstante, el hecho de que se mantengan y con carácter constitutivo implica que hasta ahora la seguridad jurídica está, sin duda, a salvo. De *lege ferenda*, no debe olvidar y concretar la nueva Ley Hipotecaria hacer referencia a esta circunstancia.

Suelo que es la única que regula la institución y que hasta este momento en todo punto habla seguido, al prohibir su acceso al Registro de la Propiedad.

En relación con la primera cuestión, debemos analizar qué es en realidad el comiso y cuál sería su actuación en la institución superficiaria, pues el comiso es una institución ligada a la enfiteusis (64).

A fin de llegar a la resolución de estas cuestiones debemos partir del hecho de que en el derecho de superficie, el superficiario tiene un derecho de construir y de mantener la edificación superficiaria como una propiedad separada y durante un tiempo determinado o indefinido, y el concedente, por su parte, tiene la propiedad separada del suelo y del subsuelo.

Esta configuración actual del derecho de superficie ya hemos visto cómo quedó apuntada en la Ley del Suelo de 1956 y el propio Reglamento Hipotecario, al desarrollar aquélla, señaló tímidamente su existencia, de ahí que nos resulte curioso que se trate la inscripción del comiso —que como hemos visto es típicamente un derecho del censalista en la enfiteusis—, cuando previamente se había establecido la configuración del derecho de superficie como un derecho real que origina una propiedad separada.

Aunque la Ley del Suelo (ni la de 1956, ni las sucesivas reformas) no habían establecido el comiso como un supuesto de extinción del derecho de superficie, sí había dispuesto la extinción de la relación por resolución del título cuando se hubieran incumplido obligaciones fundamentales, como son el no

(64) Siguiendo su regulación en relación con la *enfiteusis*, podemos decir que el comiso es el derecho que el Código Civil confiere al censalista para recuperar el dominio útil cuando el enfiteuta incurra en determinados supuestos de incumplimiento de sus deberes, al formar parte del contenido esencial del censo. Es, por consiguiente, una sanción para el enfiteuta. También puede considerársele como una resolución de la enfiteusis por causa de supuestos taxativamente previstos en el Código Civil, que produce la consolidación de los dominios.

No obstante, el comiso es un derecho potestativo del censalista, quien puede hacerlo o no jugar, y que, posteriormente, deberá ejercitar ante la autoridad judicial, quien juzgará sobre su procedencia o no.

La finalidad del comiso es evidente, se otorga su ejercicio al dueño directo que ha sufrido una lesión en su derecho, con la finalidad de reparar el perjuicio que le ha causado la conducta del dueño útil. Se ejercita contra quien *ob rem* sea el enfiteuta, pues no se resuelve el contrato, sino la relación jurídica creada, y ésta existe en cada instante entre quienes son los actuales titulares, hubiesen sido o no constituyentes.

¿Podríamos considerarlo análogo a una condición resolutoria? Aunque los efectos de ambas instituciones son parecidos —persiguen la resolución del derecho del enfiteuta—, su forma de operar no es idéntica.

Pero ¿cómo podría actuar el comiso en el derecho de superficie? En principio debemos recordar que ambas instituciones son diferentes. En la enfiteusis existe un dominio dividido donde el censalista tiene derecho a percibir su canon, el derecho de tanteo y retracto sobre la finca, el cobro del laudemio y, en supuesto de liquidación, la recuperación de su capital en metálico o con la finca, y el enfiteuta tiene el dominio útil de la finca.

construir en el tiempo y modo previsto. En este estado de cosas, el Reglamento, no pudiendo extralimitarse de su contenido (como sería prohibir el pacto de comiso) prohíbe solamente su inscripción. ¿Qué era lo que pretendía el legislador? Para empezar era consciente, sin duda, de la existencia de la doble modalidad de derecho de superficie, la urbanística y la urbana común.

Es evidente que el derecho de comiso puede pactarse por las partes al amparo del principio de la autonomía de la voluntad (65). O, lo que consideramos que sería lo mismo, pactar determinadas obligaciones del superficiario bajo condición resolutoria expresa, de manera que, en base a lo expuesto, los resultados que se obtendrían serían iguales a la resolución del contrato y consiguiente extinción del derecho ante el incumplimiento de una obligación por el titular del derecho real de superficie (66).

Entonces, ¿cuáles serán los motivos por los que al concedente del derecho le interesa pactar el comiso? Hemos visto cómo la propiedad superficiaria separada nace con una limitación temporal, ya sea determinada (modalidad urbanística), o indefinida (sin límite fijado expresamente —modalidad urbana común—), de ahí que tras la extinción —más lejana o próxima en el tiempo del derecho de superficie—, el concedente del mismo obtendrá por reversión la edificación superficiaria. En tal caso, le interesará guardarse de los posibles incumplimientos de las obligaciones contractuales o de los perjuicios que cause el superficiario sobre la edificación.

El concedente del derecho de superficie, en tal supuesto, lo que perseguirá será la extinción del derecho por el incumplimiento de determinadas obligaciones contractuales, siendo indiferente su consecución, ya sea a través del derecho de comiso o de una condición resolutoria. No obstante, aunque su finalidad es la misma, consideramos que el comiso tiene más razón de actuar en fincas como la enfiteusis donde el censalista readquiere la finca al ser él el dueño directo de la misma, mientras que el concedente del derecho de superficie no tiene poder sobre la edificación hasta que no se extingue el derecho, puesto que únicamente es dueño del terreno.

Si se ha pactado la condición resolutoria una vez que el superficiario incumpla el vínculo, se romperá automáticamente entre las partes, sin necesidad de una voluntad previa de las mismas, resolviéndose el contrato y extinguiéndose el derecho. También considero necesario señalar que al con-

(65) En el mismo sentido, CAMPOS PORRATA («El renacido derecho de superficie», en *AAMN*, T. 17, 1967, pág. 260), quien señala que estipulado el comiso por las partes, será válido y corresponderá su eficacia a los Tribunales.

(66) Frente al criterio contrario de ROCA SASTRE («Ensayo sobre el derecho de superficie...», *cit.*, pág. 48), quien afirma que «el comiso no se identifica con la acción de resolución del contrato, pero el resultado es parecido, y si no se admite el comiso, hay que entender que rechaza también la acción resolutoria por impago de pensiones».

cedente le interesará que tales incumplimientos y perjuicios no se produzcan nunca, no sólo cuando sean realizados por la parte con la que constituyó el derecho, sino tampoco con los sucesivos titulares del derecho. Es decir, al *dominus soli* le interesará que ante el incumplimiento de las obligaciones pactadas con el superficiario se resuelva la relación jurídica creada. Efecto que como hemos visto ya se había previsto por la Ley del Suelo como una causa extintiva, ante el incumplimiento de algunas de las obligaciones fundamentales del superficiario, como son las de construir en el modo y plazo previstos. Pero que en relación con los pactos celebrados por las partes, al tener trascendencia real, podían, hasta la sentencia, acceder al Registro [art. 16.1 e)] y, por consiguiente, tenían eficacia real.

En relación con el segundo problema al que hacíamos referencia en un principio, en torno a cuál fue la intención del legislador al prohibir el acceso del comiso al Registro, la cuestión se centra en porqué el Registrador se muestra reacio a no otorgar eficacia real a tal pacto.

Al prohibir su acceso al Registro, no hay duda de que quiere considerarlo como una cláusula obligacional con efectividad únicamente *inter partes* y que no afecte a terceros. De manera que, el fin perseguido con el comiso en la enfiteusis desaparecería en este caso, pues si el derecho de superficie y su propiedad superficiaria se transmitiese a un tercero, podríamos pensar que el nuevo adquirente no quedaría sujeto a tal obligación.

El comiso en la enfiteusis supone la extinción del derecho por el incumplimiento de obligaciones esenciales del mismo como lo es el impago del censo.

En el derecho de superficie las obligaciones pactadas en el título constitutivo del derecho son, además, obligaciones esenciales del derecho de superficie en sí, porque detallan el contenido del mismo, cuestión importante teniendo en cuenta que el efecto fundamental del derecho de superficie es la reversión de la construcción superficiaria al *dominus soli*. De manera que los sucesivos adquirentes no estarán, obviamente, obligados por los pactos de las partes constituyentes, pero sí por las obligaciones propias del derecho que forman parte de la relación jurídica creada. De este modo, nunca habrá terceros adquirentes, sino partes contratantes de la relación total.

Hemos visto, al analizar el contenido de los apartados anteriores del artículo 16.1.º RH, que tales pactos, que podían incluir estas obligaciones del superficiario, accedían al Registro por su trascendencia real. De manera que el deseo del legislador de no inscribir el pacto de comiso podría verse frustrado a través de la inscripción de pactos que persigan los mismos fines (67).

(67) En este punto la cuestión a determinar se centra en qué efectos produce la no inscripción del comiso o de la condición resolutoria en relación con los derechos reales o de goce que recaigan sobre la propiedad superficiaria.

En resumen, al *dominus soli* le interesará pactar en todo caso, y teniendo en cuenta la prohibición de inscripción del derecho de comiso, las obligaciones integrantes del contenido del derecho de superficie que tengan trascendencia real para su acceso al Registro, de manera que las mismas sean eficaces frente a terceros y, a su vez, conocidas por los futuros adquirentes del derecho, quedando el cumplimiento de tales obligaciones en todo momento asegurado al pasar a formar parte de la relación jurídica (68).

En cuanto a la sentencia del Tribunal Supremo cabe señalar que únicamente (de acuerdo con el principio de congruencia procesal, basado en lo que las partes demandan y exigen), declara la extralimitación reglamentaria del último aspecto del párrafo 1.º del artículo 16 del Reglamento Hipotecario referente a la no inscripción de los pactos que sujeten el derecho de superficie a comiso. Así, textualmente el FJ 13.º mantiene que *«otro tanto cabe decir sobre la prohibición de inscribir las estipulaciones que sujeten el derecho de superficie a comiso, pues no corresponde al Reglamento pronunciarse sobre tal cuestión, aunque sólo sea para imposibilitar la inscripción en el Registro de la Propiedad, ya que los pactos y contratos inscribibles los determina la Ley Hipotecaria y al Reglamento corresponde sólo su desarrollo...»*. Sin embargo, en su fallo no señala nada, de manera que queda en vigor, puesto que se limita a declarar la nulidad de la reforma de 1998 que en este aspecto no le afectó para nada (69).

En principio, a los terceros les será indiferente conocer si se han cumplido todas las obligaciones estipuladas por las partes en el contrato, y ello porque en caso de extinción del derecho de superficie, los derechos de los terceros quedarán a salvo, puesto que continuará gravando separadamente al suelo o a la propiedad superficiaria.

(68) ARNÁIZ EGUREN («Notas sobre el contenido de los arts. 13, 16, y 68 RH, modificados por el Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre. El derecho de superficie, la permuta de suelo por edificación futura, el derecho de vuelo urbano y la inscripción de plazas de aparcamiento y trasteros», en *La reforma de los Reglamentos Hipotecario y del Registro Mercantil por Real Decreto 1867/98, de 4 de septiembre...*, cit., págs. 61 y sigs.) considera que la prohibición del comiso no alcanza a los derechos constituidos por las personas públicas «en la medida en que la prohibición de cláusulas comisorias es característica de las relaciones entre particulares y no alcanza a los actos administrativos por los que se acuerda la transmisión superficiaria por las Administraciones».

(69) Pero ¿qué implicaría que el TS hubiera señalado la nulidad de este punto del artículo 16.1 RH? Pues, que al igual que en los requisitos anteriores, la nulidad de la no inscripción del pacto comisorio implicaría que podrían acceder al Registro de la Propiedad en relación con el derecho de superficie cuantos pactos las partes acuerden en el título constitutivo. Aunque también es posible que siendo la inscripción de carácter declarativo en las dos modalidades existentes (pues la hipotética nulidad del precepto así lo habría señalado) las partes o la parte que ostentasen una posición de poder podrían pactar cuantas estipulaciones sujeten el derecho que constituyen a comiso acordándose, a su vez, el acceso o no al Registro. De manera que el Registrador, al proceder a la calificación registral del título o documento, no señalaría nada al efecto y procedería a su constatación en el asiento de inscripción.

No obstante, queremos finalizar el análisis de este punto añadiendo la importancia y necesidad de que una futura e hipotética reforma de la Ley Hipotecaria se pronuncie sobre el tema. Pero, ¿en qué términos? Entiendo que la prohibición reglamentaria sobra al considerarse innecesaria dicha indicación del comiso, ya que la configuración del derecho de superficie excluye su consideración censual o análoga a la enfiteusis donde hemos señalado que sí tenía razón de ser.

III. EL DERECHO DE ELEVACION (ART. 16.2 RH)

- 1.º INTRODUCCIÓN. LA SENTENCIA DE 31 DE ENERO DE 2001,
DE LA SALA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA DEL TRIBUNAL SUPREMO
Y EL ARTÍCULO 16.2.º DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO

A) *Planteamiento de la cuestión*

Concluíamos en un anterior estudio sobre el análisis de la STS de 24 de febrero de 2000, del derecho de elevación y de las reformas del Reglamento Hipotecario en torno al mismo, indicando textualmente que «*de todas formas será el tiempo el encargado de señalar si la modificación y su corrección por los Tribunales ha sido correcta, o no, y si es necesario proceder a una mayor regulación de la institución*». No pensé en dicho momento que mis palabras serían tan clarividentes, en parte, pues la actual sentencia del Tribunal Supremo, como veremos a continuación, determina la nulidad total del apartado *b)* del párrafo 2.º del artículo 16 del Reglamento Hipotecario de 1998, no considerando suficiente la corrección que se realizó con la STS de 24 de febrero de 2000, que declaró la nulidad del apartado *c)* del mismo. Y, en cuanto a la segunda conclusión que planteábamos en su momento, no cabe duda que hoy más que nunca resulta necesario proceder a una regulación pormenorizada de la Institución en sus aspectos sustantivos y adjetivos.

B) *Posiciones de las partes. Asociaciones notariales. Abogado del Estado. Colegio de Registradores de la Propiedad*

Las Asociaciones notariales recurrentes de la solicitud de ilegalidad y, por consiguiente, de la nulidad del apartado *b)* del párrafo 2.º, del artículo 16 del Reglamento Hipotecario señalan, tal y como consta en el Antecedente de Hecho Séptimo de la sentencia, el «*...evidente exceso (del Reglamento que exige...), que se precise el número de plantas, al mismo tiempo que establece un plazo máximo...*»

Por su parte, el Abogado del Estado argumentó a favor de la legalidad y vigencia del precepto que *«...siendo el principio de especialidad registral el que anima y justifica la reforma del artículo 16.2 del Reglamento Hipotecario, pues dicho principio, también llamado de determinación, no tolera la existencia de gravámenes indefinidos, y lo que requiere rango de ley es el principio de especialidad o determinación...»*

El Colegio de Registradores de la Propiedad señala que *«...si se compara la nueva redacción del artículo 16 del Reglamento Hipotecario con la anterior, los únicos cambios no destinados a la estricta adaptación de lo dispuesto en él a la mera legalidad urbanística se encuentra en las letras b) y c) del apartado 2, referentes al derecho de sobreelevación, encontrando el requisito de la determinación concreta del número de plantas, nítido soporte legal en el principio de especialidad y desde la tesis de que la constitución del derecho real de vuelo genera una especial cotitularidad o comunidad sobre el edificio, el plazo de diez años del apartado 2.c) del artículo 16 del Reglamento halla un soporte legal en el artículo 400.II del Código Civil...»*

C) El Tribunal Supremo. Fundamento Jurídico. Fallo

El Tribunal Supremo es más explícito en sus argumentos y señala, en torno a esta cuestión, que *...Esta Sala, en sentencia de 24 de febrero de 2000 (recurso 526/98), ya anuló el apartado c) del artículo 16.2 del Reglamento Hipotecario, en el que se señala el plazo máximo para el ejercicio del derecho de vuelo, pero la razón entonces dada para anularlo por considerar contraria la fijación de un plazo de diez años para el ejercicio del derecho de vuelo a lo establecido en el artículo 1 de la Ley Hipotecaria, no es la única para decidir si dicho artículo 16.2 del Reglamento Hipotecario es o no ilegal, pues, si bien trata de fijar las condiciones para inscribir el derecho de elevar una o más plantas sobre un edificio o de realizar construcciones bajo su suelo haciendo suyas las edificaciones resultantes, lo cierto es que aquéllas exceden abiertamente de la función propia del Reglamento (desarrollo y colaboración) al exigir que conste la determinación concreta del número máximo de plantas a construir, con lo que éstas han de quedar precisadas desde un principio a pesar de lo que pueda autorizar el ordenamiento urbanístico en cada momento, viniéndose así, en definitiva, a prohibir por el Reglamento que el referido derecho pueda extenderse a cuantas plantas permitan las determinaciones urbanísticas.*

Es indudable que, como se alega por el Colegio Profesional demandado, el principio de especialidad o de determinación del derecho real a inscribir requiere, conforme al artículo 9.2.º de la Ley Hipotecaria, que se exprese la naturaleza, extensión y condiciones del derecho que se inscriba, pero éstas

no pueden venir impuestas por el Reglamento, a pesar de lo cual los apartados b) y c) del artículo 16.2.º las establecen al margen de lo dispuesto por la legislación urbanística aplicable, razón por la que el apartado b), al igual que ya lo fue antes el c), debe ser declarado nulo de pleno derecho por exigir un requisito para la inscripción del derecho de vuelo y subsuelo, cual es el número de plantas a construir, que sólo el ordenamiento urbanístico en vigor puede establecer.»

En cuanto al Fallo con el que se finaliza la sentencia, textualmente afirma que «...debemos declarar y declaramos nulo de pleno derecho el artículo primero del Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, en cuanto modifica y redacta los artículos... 16.1 y 2.b)... preceptos todos estos radicalmente nulos por ser contrarios a la Ley».

2.º ANÁLISIS PORMENORIZADO DEL APARTADO SEGUNDO DEL PRECEPTO REGLAMENTARIO. SUS VICISITUDES Y SU ACTUALIDAD

A) *Regulación, reformas y nulidad de los requisitos de la inscripción del derecho de elevación*

Como es sabido el Reglamento Hipotecario de 1959 introdujo en nuestro ordenamiento una nueva figura jurídica: el derecho de elevación de nuevas plantas sobre finca ajena (70), pero lo hizo refiriéndose únicamente a su necesidad de inscripción y de hacer constar en dicho asiento los requisitos registrales necesarios para que la nueva institución —surgida de la práctica edificatoria— tuviera acceso al Registro de la Propiedad y quedará reflejada fielmente (siempre teniendo en cuenta los principios informadores de la publicidad registral) (71).

Así pues, nos encontramos con que el artículo 16.2 del RH de 1959, disponía que:

(70) Figura que no tiene una regulación expresa en el Código Civil y que la doctrina civilista la enmarca dentro del artículo 350 del citado texto legal al establecer las facultades y la extensión del derecho de propiedad.

(71) Recordemos cómo la Exposición de Motivos de la Reforma reglamentaria de 1959 indicó que, «mención especial merece el artículo 16...», y tras referirse al derecho de superficie, señaló que «el mismo artículo da cauce, por primera vez, *al derecho de elevar una o más plantas sobre un edificio o realizar construcciones bajo su suelo sin constituir derecho de superficie*. En esta materia se ha tenido muy en cuenta, además del Derecho comparado y de las aportaciones de la doctrina, la experiencia de quienes autorizan y califican documentos con estipulaciones o pactos de tal especie que responden a una realidad vivida, bien necesitados de la regulación que ahora reciben. No es aventurado suponer que en la lucha por la vivienda se ha alcanzado una posición más».

«El derecho de elevar una o más plantas sobre un edificio o el de realizar construcciones bajo su suelo haciendo suyas las edificaciones resultantes que, sin constituir derecho de superficie, se reserve el propietario o en caso de enajenación de todo o parte de la finca o transmita a un tercero, será inscribible conforme a las normas del número tercero del artículo 8 de la Ley y sus concordantes. En la inscripción se hará constar:

- a) Las cuotas que hayan de corresponder a las nuevas plantas en los elementos y gastos comunes o las normas que se establezcan para su determinación.*
- b) Las normas de régimen de comunidad, si se establecieron, para el caso de hacerse la construcción.»*

Precepto que fue objeto de Reforma por el Reglamento Hipotecario, de 4 de septiembre de 1998 (Real Decreto 1867/98) en los siguientes términos (72):

- «b) Determinación concreta del número máximo de plantas a construir.*
- c) El plazo máximo para el ejercicio del derecho de vuelo que no podrá exceder de diez años.*
- d) Las normas de régimen de comunidad, si se señalaren, para el caso de hacer la construcción».*

Posteriormente, la sentencia del Tribunal Supremo, de 24 de febrero de 2000, anuló la nueva redacción dada por el Real Decreto 1867/98, de 4 de septiembre, a ciertos artículos entre los que se encontraba el párrafo c) del apartado 2.º del artículo 16 del Reglamento Hipotecario.

La actual sentencia del Tribunal Supremo, de 31 de enero de 2001, anula el apartado b) referente a la determinación concreta del número máximo de plantas a construir.

En definitiva, las dos sentencias del más Alto Tribunal vuelven a dejar el párrafo 2.º del artículo 16 RH, en los mismos términos que ofrecía el Regla-

(72) Reforma que fue motivada, como se señala en su Exposición de Motivos, por la necesidad de acomodar «...la regulación del derecho de vuelo al principio de especialidad, exigiendo la fijación de un plazo máximo para su ejercicio, sin perjuicio de que una vez ejercitado lo construido sea propiedad de su titular». Y que, como indicamos en el texto, se concretó en el establecimiento de dos requisitos, primero en la concreción del número máximo de plantas a construir, y, además, de la fijación del plazo máximo de ejercicio del derecho de elevación cuyo límite máximo se fija en diez años. La modificación registral se ha concretado en su párrafo d) y en la introducción de dos nuevos párrafos [el b) y el c)].

mento Hipotecario de 1959, anulando por consiguiente la totalidad de la reforma introducida en 1998 (73).

B) *Requisito de la inscripción de la determinación de plantas a construir*

En anteriores trabajos (74) hemos partido de la existencia de *tres fases* bien diferenciadas en la configuración de esta Institución. En el presente estudio nos interesa, en base al objeto de comentario de la STS de 31 de enero de 2001, detenernos en la primera fase del derecho, y, concretamente, en recordar su mecanismo. Así pues, señalaremos que consideramos el derecho de elevación *como aquel derecho real que faculta al titular para edificar en el sentido técnico-jurídico de levantar plantas en el inmueble ajeno*. El mecanismo esencial de constitución del derecho (primera fase) es la reserva «actual de la propiedad del volumen edificable no ejercitado para su utilización futura». Reserva que se puede hacer para el propietario actual o para su cesión a un tercero. Recordemos cómo es el propio legislador quien utiliza el término «reserva» (75).

Además, este derecho conlleva la facultad de construir y de hacer suyo lo construido en *el futuro cuando se ejercite la reserva realizada anteriormente* (segunda fase) y, a su vez, la exigencia de constituirse e incluirse dentro del régimen de Propiedad Horizontal (tercera fase), ya que las plantas adquirirán una participación indivisa en los elementos comunes de la propia finca global.

La *reserva* recae sobre un bien actual para una utilización en el futuro. Derecho de vuelo que podía haberse ejecutado en el presente, esto es, en el momento de realizar la edificación y de transmitirla a diferentes copropietarios.

(73) El precepto 16.2.º RH quedará de la siguiente forma: «El derecho de elevar una o más plantas sobre un edificio o el de realizar construcciones bajo su suelo haciendo suyas las edificaciones resultantes que, sin constituir derecho de superficie, se reserve el propietario en caso de enajenación de todo o parte de la finca o transmita a un tercero, será inscribible conforme a las normas del número tercero del artículo 8 de la Ley y sus concordantes. En la inscripción se hará constar:

- a) Las cuotas que hayan de corresponder a las nuevas plantas en los elementos y gastos comunes o las normas que se establezcan para su determinación.
- b) (Sin contenido por la STS de 31 de enero de 2001).
- c) (Sin contenido por la STS de 24 de febrero de 2000).
- d) Las normas de régimen de comunidad, si se señalaren, para el caso de hacer la construcción».

(74) Específicamente, vid., «Breves consideraciones en torno al derecho de elevación y a las modificaciones introducidas por el Reglamento Hipotecario de 1998. Análisis de la sentencia del Tribunal Supremo, de 24 de febrero de 2000 (Estudio jurisprudencial del Derecho de elevación)», en *RCDI*, 2000, núm. 659, mayo-junio.

(75) Término que implica «guardar algo para lo futuro», o, «dilatarse para otro tiempo lo que se podía o debía ejecutar o comunicar al presente».

rios, pero que prefiere reservarse para el futuro. Futuro que significa «lo que está por venir», y que en cierto modo implica condicionalidad, pero que no lo es tal. Y ello porque el propietario actual reservista mantiene el derecho actual de elevar plantas, pero la condicionalidad estriba en la adquisición futura de las plantas cuando todo el edificio pertenece ya a otros propietarios.

La modificación que el Reglamento de 1998 llevó a cabo se basó en la necesidad de concretar en el momento de constitución del derecho y de su inscripción, entre otros requisitos: el de realizar la determinación concreta del número máximo de plantas a construir, argumentando como base de la reforma reglamentaria el desarrollo del principio de especialidad.

Por su parte, el razonamiento esgrimido por el Tribunal en la sentencia objeto de comentario, a fin de declarar la nulidad de dicho requisito (que además fue el argumento señalado por los recurrentes), se ha centrado en que «...debe ser declarado nulo de pleno derecho por exigir un requisito para la inscripción del derecho de vuelo y subsuelo, cual es el número de plantas a construir, que sólo el ordenamiento urbanístico en vigor puede establecer».

El principio de especialidad o también denominado de determinación está relacionado con la necesidad de dar claridad al Registro. Y ello en base al planteamiento de que sólo deben acceder al Registro situaciones jurídicas que estén perfectamente determinadas. En conexión con este criterio, el legislador reglamentario se extralimitó, pues una cosa es que se determina la reserva del posible aprovechamiento del volumen edificable que será determinable en el momento oportuno, dependiendo de las normas urbanísticas como bien señala el TS, y otra cosa, es que el constructor al hacer la reserva concrete el número de plantas que desea reservarse para construir en un futuro, lo cual es del todo imposible, porque en el momento de hacer efectivo el derecho puede que incluso las normas urbanísticas decreten la inexistencia en ese momento y lugar de mayor volumen edificable que el ya realizado.

De manera que a diferencia del supuesto del apartado 1.º RH, donde la nulidad se centra en ser un reglamento *contra legem* Hipotecaria (carácter constitutivo de la inscripción y requisitos que deben formar parte de la misma), en este segundo apartado la nulidad invocada y declarada se centra en ser un reglamento *contra legem* Urbanísticas (estatales y autonómicas: teniendo en cuenta que el volumen edificable depende del planeamiento). Nulidad además que no es susceptible de corrección, como en el supuesto del párrafo 1.º del artículo 16 RH, que puede ser regulado de nuevo por la Ley Hipotecaria. En este supuesto debe cada reserva concreta estar a las normas del planeamiento del lugar y momento oportuno.

Por último no nos queda más que recordar cómo al no haberse referido la sentencia de 24 de febrero de 2000 al requisito de extensión material introducido por la reforma reglamentaria de 1998, porque no había sido hecha por los propios recurrentes referencia alguna hacia «la determinación concreta del

número máximo de plantas a construir», entendíamos que se había producido una especie de acuerdo tácito con respecto a esta parte del precepto.

No obstante, el Tribunal Supremo en la presente sentencia objeto de análisis, lo que está señalando es que el Registrador aunque conozca las normas urbanísticas de la zona en donde se proceda a realizar la construcción, base del derecho de vuelo, no sabrá si en el futuro el volumen edificable variará, porque puede no ser el mismo el volumen existente en el momento de pactarse la reserva que de hacerla efectiva o ejecutar las plantas. De ahí, precisamente, que sea nulo el precepto por la imposibilidad material de predecir para el futuro las normas urbanísticas (76).

IV. CONCLUSIONES

I. La sentencia del Tribunal Supremo sobre la ilegalidad y nulidad de la Reforma del Reglamento Hipotecario de 1998, en relación con el artículo 16.1.º, ha introducido más inseguridad en relación con la institución que la ya existente. Más aún al recoger en su Fundamento Jurídico Decimotercero cuestiones puntuales de máximo interés y necesitados de solución, dando su opinión al respecto, sobre los que posteriormente no se ha pronunciado en su fallo, ni ha propuesto resolución alguna, salvo la hipotética posibilidad de acudir a posteriores procedimientos en base a sus propios pronunciamientos.

II. Tras dicha nulidad, y la situación actual creada, resulta conveniente y necesaria la regulación de la inscripción del derecho de superficie por la Ley Hipotecaria, donde se señale el carácter constitutivo de su inscripción debido a la específica configuración del derecho de superficie y a la falta de

(76) En nuestro estudio anterior, al comentar la Resolución de 6 de noviembre de 1996 y la Resolución de 29 de abril de 1999, ya poníamos de manifiesto como podía resultar absurdo la concreción de un «número de plantas a construir (esto es, que se hubiese expresado numéricamente, por ejemplo, cinco alturas) ... pues depende en cada caso concreto del volumen ya edificado, del aprovechamiento urbanístico posible en cada zona... En este caso el constructor-propietario cautamente deberá reservarse el número total de plantas que permita el aprovechamiento urbanístico de la zona donde se encuentre el inmueble, con arreglo a la legislación urbanística, en el momento de construir el derecho. Cuestión distinta será que en el momento de hacer efectiva la reserva, esto es, cuando ejecute (él o un tercero) su derecho de sobreedificación, el aprovechamiento urbanístico haya variado, en cuyo caso deberá someterse a las nuevas normas urbanísticas. Precisamente por eso entiendo que el legislador quiera concretar registralmente este requisito a efectos de eficacia frente a terceros y a las posibles variaciones. Por ejemplo, no tendrá el mismo contenido económico el derecho del reservista si su objeto es de dos plantas que si es de cinco, lo cual es importante a efectos de hipoteca o embargo del derecho por un tercero». Vid. «Breves consideraciones en torno al derecho de elevación...», *cit.*, págs. 2027 y 2028.

apariciencia posesoria por el superficiario una vez constituido el derecho de superficie antes de proceder a la construcción superficiaria separada, y con posterioridad, debido a la falta de exteriorización del derecho de superficie (pues los terceros pueden considerar que el superficiario es el dueño del edificio y del suelo). Especial configuración de la institución, que no debe olvidarse, pues desde 1861 se ha venido manteniendo en la legislación hipotecaria, indirectamente, la existencia de dos propiedades separadas.

La regulación del carácter constitutivo de la inscripción vía legal, supondría su afectación al derecho de superficie constituido entre particulares (modalidad urbana común), pero también supondría la exigencia de los requisitos adecuados que tendrían acceso al Registro para la modalidad urbanística, pues no olvidemos que la legislación urbanística únicamente (como no podría ser de otra forma) ha señalado el carácter constitutivo —aunque de manera dudosa, como señala el TS— de la modalidad que regula, pero sin entrar en más detalles que corresponderá a la Ley Hipotecaria.

III. Consideramos que tiene plena vigencia la teoría mantenida en nuestros estudios anteriores, aún tras la STC 61/1997, de la existencia de doble modalidad de derecho de superficie.

Doble modalidad que además tiene mayor juego tras la declaración de nulidad del artículo 16.1.º RH que en cierto sentido las aunaba al establecer los requisitos que debían cumplirse cuando ambas accedían al Registro de la Propiedad, en la modalidad urbanística por su carácter constitutivo, y en la modalidad urbana común, al ser declarativo, cuando el derecho accedía al Registro.

IV. Entendemos necesaria la concreción del carácter constitutivo de la inscripción en relación con ambas modalidades de derecho de superficie, a saber, la urbanística y la modalidad urbana común. La Ley urbanística, desde 1956, ha establecido el carácter constitutivo de la inscripción del derecho de superficie, a fin de remarcar el carácter constitutivo de los efectos que frente a terceros produce la inscripción, pero no concretó, ni lo hizo posteriormente, el carácter constitutivo de la inscripción, siendo el Reglamento quien sí lo hizo, puntualizando que la inscripción era necesaria como requisito de existencia.

V. Tras la sentencia, no podemos obviar la postura del TS para quien la inscripción sólo es requisito de eficacia frente a terceros, como ha puntualizado lo que significa que a su juicio la inscripción de la modalidad urbanística no es constitutiva.

El TS recordemos que textualmente señala en el FJ 13.º que *«el artículo 288.2 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992, vigente según Ley 6/1998, de 13 de abril, requiere para la constitución del derecho de superficie su formalización en escritura pública y como requisito constitutivo de eficacia, su inscripción en el Registro de la Propiedad, pero de este pre-*

cepto no se deriva que para la válida constitución de dicho derecho sea preceptiva su inscripción, sino que para que tenga eficacia frente a terceros debe inscribirse en el Registro de la Propiedad...»

De mantenerse idéntico pronunciamiento en sentencias posteriores y declarar en ellas que la inscripción del derecho de superficie tendría en todo caso carácter declarativo, implicaría que el título constitutivo del derecho ya existente en la realidad extrarregistral accedería al Registro de la Propiedad o no. El fundamento de esta conclusión se halla en el pronunciamiento realizado en esta STS, y ya sabido, de que el contenido del Reglamento Hipotecario no puede afectar al contenido del Código Civil en virtud del principio constitucional de jerarquía normativa.

En ambos casos, modalidad urbana común y urbanística, el Registrador procedería a practicar el asiento de inscripción, cuando las partes así lo desearan, con el contenido de los aspectos existentes en el título constitutivo, sin tener en cuenta los requisitos (que en ese hipotético caso, una vez fueron exigidos por el art. 16.1.º RH), y que al ser declarativa la inscripción no podrían ser exigidos con carácter constitutivo del derecho por el Registrador en su calificación con carácter obligatorio.

De mantenerse que la inscripción sería meramente declarativa, los pactos existentes en el título constitutivo que no se inscribiesen tendrían únicamente efectos obligatorios entre las partes, pues realmente no existirían frente a terceros al no acceder al Registro. Así pues, la eficacia de los pactos contenidos en la escritura pública frente a terceros sólo tendrá lugar cuando se inscriban. Esto significa que los pactos contenidos en el título tendrían eficacia *inter partes*, y serían oponibles a terceros si los mismos accediesen al Registro.

VI. Entendemos que sería conveniente la regulación de los aspectos sustantivos de la modalidad urbana común del derecho de superficie a través de la vía legal adecuada, que bien podría ser su inclusión en la Ley Hipotecaria. El FJ 13.º de la sentencia pone de manifiesto como los recurrentes señalan que el artículo 16.1.º del Reglamento Hipotecario del que solicitan su nulidad, *invade su regulación sustantiva reservada a la ley*. Expresión que reafirma la existencia de la doble modalidad del derecho pues, obviamente, la urbanística sí se haya pormenorizadamente concretada en la legislación estatal y autonómica, donde además se detallan los requisitos imperativos y configuradores de la institución establecidos por el legislador.

VII. Al apreciarse por el TS —aunque simplemente sea de pasada en el FJ 13.º— una extralimitación en relación con la exigencia de los requisitos que deben acceder al Registro de la Propiedad a través del asiento de inscripción para que la misma sea válida y la inscripción del derecho tenga un carácter constitutivo, esto es, con todos los apartados del párrafo 1.º del artículo 16 RH, sería necesario que la Ley Hipotecaria procediera, como

vía legal adecuada para ello, a su constatación y pormenorización de los mismos.

Ley que debería señalar el carácter constitutivo de la inscripción en las dos modalidades, no debe olvidar la modalidad urbana común, a fin de evitar problemas posteriores, pero sobre todo debería señalar en conexión con las *diferencias sustantivas* de cada modalidad, los requisitos necesarios que deberán acceder al Registro.

La necesidad de regulación y concreción de los mismos se debe a las condiciones específicas de la configuración de la institución superficiaria que conlleva el surgimiento de una propiedad superficiaria separada del suelo sobre la que recae físicamente, requisitos que sin duda no son equiparables o exigibles a la inscripción en general de cualquier derecho real, pero que en la institución que ocupa nuestro estudio se convierten en circunstancias necesarias del derecho que pueden condicionar su existencia y que sobre todo deben hacerse constar para su cognoscibilidad por los terceros interesados.

Requisitos que deberán ser, reitero una vez más, establecidos por la Ley Hipotecaria, pues como la sentencia del más Alto Tribunal ha señalado (tal y como nosotros mantuvimos en trabajos anteriores), y cito textualmente, que en cuanto a la *definición del derecho de propiedad, que al Reglamento no le es dado regular debido a la tradicional reserva de Ley en materia de propiedad y otros derechos civiles, mantenida en la vigente Constitución al exigir que su contenido se delimite de acuerdo con las Leyes (art. 33) e incluir entre las competencias del Estado la legislación civil (con las salvedades forales)*...

De proceder a la regulación de todas estas cuestiones, la Ley Hipotecaria, en relación con el derecho de superficie, sería innovadora y ejemplificadora para todos los sistemas de nuestro entorno, donde la utilización de la figura también plantea problemas similares a los que en nuestro ordenamiento han aparecido.

VIII. Consideramos oportuna y conveniente también la declaración de nulidad del apartado *b)* del párrafo 2.º del artículo 16 RH por los argumentos esgrimidos por la propia sentencia del Tribunal Supremo sobre la consideración de ilegalidad por su extralimitación conforme a la legislación urbanística.

Aún considerando el derecho de elevación como aquél por el cual el constructor se reserva la propiedad actual del volumen edificable —no ejercitado— para su construcción en el futuro, es conveniente y necesario hacer constar únicamente en el asiento de inscripción el nacimiento de este derecho real (de la propiedad de dicho volumen edificable no ejercitado) sobre cosa (inmueble) ajena, concretado en la reserva sobre futura construcción pero no es posible su determinación concreta, ya que dependerá en cada momento y lugar de las normas urbanísticas vigentes en el momento en que se proceda a la construcción.

La concreción de la existencia de la reserva del volumen edificable, por sí misma, cumplirá los requisitos exigidos en virtud del principio de determinación o especialidad exigidos por la Ley Hipotecaria.

IX. En definitiva, aunque entiendo que ha planteado más conflictos que soluciones, está claro que la sentencia del Tribunal Supremo ha sido acertada con la legalidad vigente, y supone la necesidad de que sea el legislador hipotecario quien solvete todas las cuestiones que han sido puestas de manifiesto por los recurrentes, las dudas planteadas por los recurridos, y sirva para hacer una regulación sustantiva más precisa y necesaria de la Institución, lo cual sin duda va a suponer un avance en su ahora más escasa regulación.

En cuanto al derecho de elevación, creemos conveniente, como ya hemos indicado en trabajos anteriores, la necesidad de regulación de esta institución de forma correcta y definitiva, reconociéndolo en un precepto aparte (aunque, en realidad, ahora ya lo está al haber desaparecido el art. 16.1.º RH).

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE
Doctora en Derecho
Profesora de la UCM

Registros Públicos, clasificación de los bienes y transferencia de la propiedad (del Código Civil de 1852 a la reforma del Código Civil del Perú de 1984) (*)

I. LA IMPORTANCIA DE LOS REGISTROS PUBLICOS

Es indiscutible el trascendental papel que cumplen los Registros Públicos en la organización y desarrollo económico de una sociedad. Su mayor significación viene dada por la seguridad que otorgan a las operaciones comerciales, al intercambio de bienes y a otras actividades que son susceptibles de incorporarse a ellos.

Un adecuado sistema registral ofrece no sólo la necesaria seguridad jurídica a los agentes económicos, sino que además alienta por propia naturaleza las transacciones comerciales. Para ello, como es evidente, el sistema debe estar correctamente organizado y debidamente dotado de los instrumentos legales y de otro orden que resulten necesarios para permitir el desarrollo de un sistema ágil, de costos razonables y acorde con los avances de la modernidad. En este sentido, en el orden inmobiliario, está claro que aparece como una importante insuficiencia del sistema en el Perú el hecho de que se carezca de un catastro.

(*) El presente texto corresponde a parte sustancial del discurso leído por su autor el 29 de agosto de 2000, en el acto de su recepción pública como Académico correspondiente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (República Argentina).

El diseño de una política de fomento a la inversión privada y atracción de capitales foráneos pasa también por el tema de los mecanismos de seguridad que el Estado, dentro de la política diseñada, otorgue a los agentes económicos. Uno de esos mecanismos de seguridad es, efectivamente, el que se obtiene mediante la inscripción y publicidad de determinados actos y situaciones jurídicas en los Registros Públicos.

Los Registros Públicos son un medio para brindar certidumbre respecto de la titularidad de diferentes derechos. Los Registros, en tal sentido, son una garantía de seguridad jurídica. La importancia económica de los Registros es la que se deriva del hecho de poder conocer con certeza qué agentes económicos tienen, qué derechos sobre qué bienes o actividades y cuál es el estado jurídico de los mismos. El análisis del funcionamiento de los mercados que hace la teoría económica se basa precisamente en el supuesto de la existencia de derechos claramente definidos que faciliten la realización de las operaciones en el mercado.

En ausencia de este requisito, los costos de transacción se elevarán y trabarán la mejor asignación de recursos y la fluida celebración de actos y contratos.

Como dice LUIS DíEZ PICAZO (1): «La importancia de la publicidad en la constitución y en la transferencia de los derechos reales, en especial cuando recaen sobre bienes inmuebles, es evidente. La mayor o menor seguridad del tráfico está precisamente en función de la publicidad. Es igualmente claro que el desarrollo de la circulación de la riqueza y el fomento del crédito territorial, que son objetivos de índole económica deseables en una comunidad bien organizada, están precisamente en función de la seguridad jurídica del tráfico. Esto se observa con toda claridad en la transmisión de bienes inmuebles. El adquirente de un bien inmueble sólo habrá realizado una adquisición segura cuando pueda contar con que nadie ha de perturbarle en su propiedad. Para ello tendrá que saber con toda certeza que quien le ha transmitido la cosa era propietario de ella y que podía transmitirla. Para llegar a conocer con certeza que el transmitente es un legítimo propietario, no basta que externamente aparezca como tal. Habrá que exigirle una demostración palmaria de que adquirió legítimamente, lo cual supone, a su vez, tener que examinar la validez objetiva de la anterior transmisión y la cualidad de dueño en el anterior transmitente. Y de igual manera habrá que conocer toda la serie o cadena de transmisiones anteriores, por lo menos durante el tiempo necesario para la usucapión. No le bastará, sin embargo, al presunto adquirente de un bien inmueble, con tener certeza de que el transmitente es propietario. Necesitará

(1) LUIS DíEZ PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, volumen tercero, cuarta edición, Editorial Civitas, Madrid, 1995, pág. 294.

además saber que el legítimo propietario podía transmitir la cosa, es decir, que no existían limitaciones en la facultad de disponer y que no había sido ya transmitida anteriormente. Se comprende que en estas condiciones el tráfico de inmuebles se torna radicalmente inseguro y que, por tanto, la circulación de la riqueza se produce en una comunidad así organizada con una gran dificultad.

El problema es el mismo desde el punto de vista del crédito territorial. La persona dispuesta a conceder un crédito con la garantía de un bien inmueble necesita que se le proporcione una garantía eficaz. Para ello necesita saber si el contratante es el verdadero dueño del inmueble, si puede darlo en garantía y si pesan o no sobre él otros gravámenes anteriores y preferentes que puedan disminuir en forma muy notable o hacer que se esfume completamente la garantía. Sólo en estas condiciones concederá el crédito».

Las reflexiones de Díez PÍCAZO son, por supuesto, aplicables por extensión al caso de los bienes muebles registrados.

Precisamente para superar los problemas que menciona el autor citado es que aparece la publicidad cognoscibilidad como vehículo a través del cual se procura alcanzar la seguridad jurídica del tráfico.

A decir de HERNÁNDEZ CRESPO (2), «los Registros jurídicos, tanto el de Propiedad como el Mercantil o el de Venta de Bienes Muebles a plazos, consagran y garantizan esa seguridad al proporcionar publicidad a las relaciones jurídicas inmobiliarias y mercantiles. (...) La publicidad que en estos Registros se consigue constituye el último eslabón de su evolución, y representa una pieza esencial de la tutela jurídica, derecho fundamental y aspiración de todos los ciudadanos...».

II. EVOLUCION HISTORICA DE LA INSTITUCION REGISTRAL EN EL PERU

Como ha escrito IGNACIO IZQUIERDO ALCOLEA, «la Historia no es sólo la consideración reflexiva y científica de las cosas que han sido, de tal manera que sean figuras muertas todas las que hayan tenido una existencia pasada. El orden jurídico pasa por distintas etapas en la marcha, unas veces veloz, más veces tranquila y sosegada, a través de los siglos. El Derecho actual, como todo orgánico y como unidad sistemática, es producto del pasado en la mayor parte de su contenido (...). También el legislador crea algunas veces figuras

(2) CARLOS-MIGUEL HERNÁNDEZ CRESPO, «Registro y seguridad jurídica», en *Leyes Hipotecarias y Registrales de España*, Tomo I, volumen I, Editorial Castalia, Madrid, 1989, pág. XXI.

jurídicas *ex novo*, figuras jurídicas que aparecen desde este momento incorporadas a esa ordenación homogénea que es el Derecho positivo vigente» (3).

El primer libro de Registro de Inscripciones de Censos y Tributos que gravaban la propiedad rústica y urbana de Lima, se mandó abrir en cumplimiento de la provisión real de la Audiencia de Lima, de 3 de abril de 1565, y en aplicación de la Real Carta Orden expedida por el rey Don Felipe II, derivada de los dos capítulos de las Cortes de Madrid de 1528 y de Toledo de 1539 (4). El primer asiento del libro está fechado el 2 de mayo de 1575, autorizado por el Escribano de Cabildo don Juan Gutiérrez, y el último llega a septiembre de 1600 (5).

En el Perú rigió la Real Pragmática de Carlos III, de 31 de enero de 1768 (6), que creó los Oficios o Contadurías de Hipotecas y que se aplicó en las colonias americanas conforme a lo dispuesto por las Reales Cédulas de 8 de mayo de 1778 y 16 de abril de 1783.

Después de producida la independencia de la Corona española, las normas registrales coloniales continuaron aplicándose en el Perú hasta la vigencia del Código Civil de 1852.

Este Código, recogiendo lo establecido en la legislación colonial que sustituía, contempló la existencia en cada capital de departamento y a cargo de un escribano público, de «un oficio de hipotecas para el registro de todas las que se constituyan sobre bienes ciertos y determinados» (art. 2.051, primer párrafo).

Refiriéndose a las limitaciones del Oficio de Hipotecas, PARDO MÁRQUEZ (7) opina que «no prestó garantía efectiva a los derechos registrados, porque previamente no se daba seguridad al acreedor del derecho de propiedad del deudor sobre el inmueble que ofrecía en hipoteca. De modo que el registro no eliminó la posibilidad de la pérdida de la garantía real del acreedor hipotecario, que si bien se encontraba a cubierto de cualquier gravamen anterior no inscrito, no se halló libre del derecho excluyente del verdadero

(3) IGNACIO IZQUIERDO ALCOLEA, *El derecho de retracto en la Ley de Arrendamientos Urbanos*, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1955, pág. 5.

(4) Cfr. Novísima Recopilación de las Leyes de España mandada formar por el Señor Don Carlos IV. Ley II, Título XV, Libro X, y Ley I, Título XVI, Libro X. Madrid, 1805 (Edición facsimilar. Boletín Oficial del Estado, Tomo V, Madrid, 1976, págs. 76, 77 y 105).

(5) Al tiempo de redactar estas líneas, tengo a la vista copia de la primera hoja del mencionado libro, cuyo original se conserva en la Oficina Registral de Lima y Callao.

(6) Su texto puede consultarse en: *Reales Disposiciones sobre Registradores de la Propiedad* (siglos XIII-XIX). Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1998, págs. 258 a 268. Igualmente, en la obra citada en la nota 2, págs. 39 a 61, en versión facsimilar.

(7) BERNARDO PARDO MÁRQUEZ, *Derecho Registral Inmobiliario en el Perú*, Tomo I, segunda edición. Litografía Huascarán, Lima, 1966, pág. 292.

propietario que no podía sufrir perjuicio por el gravamen impuesto por quien no tenía derecho o al menos un derecho esclarecido».

Conforme al artículo 2.020 del mismo Código, la hipoteca se impone sobre un inmueble, indicando el primer párrafo del artículo 2.030 que se constituía «por medio del registro de un título en que se haya expresado la obligación principal y los bienes que la aseguran». Su segundo párrafo agregaba que se exceptuaban «los casos privilegiados en que la ley dispensa del registro». Las hipotecas debían registrarse en el oficio correspondiente al lugar donde se encontraba situado el fundo que se hipotecaba, cualquiera que fuera el lugar donde se hubiera contraído la obligación que se asegura (art. 2.032).

Por Ley de 2 de enero de 1888 se establece en el Perú el Registro de la Propiedad Inmueble, «bajo la dirección e inspección del Poder Judicial» (art. 1).

De acuerdo con el artículo 2 de la ley, «se llevará en Lima un Registro general de las propiedades radicadas en la República y de los derechos que en ella gravan. Habrá también Registros particulares en todas las capitales de Departamento y en las de provincia, en que, a juicio de la Corte Suprema, sea conveniente establecerlos» (8).

El artículo 3 de la ley contemplaba los actos susceptibles de inscripción en el Registro:

«Las enfiteusis, censos, servidumbres, hipotecas legales, judiciales y convencionales, anticresis y cualquier derecho real que en él grave.

Las interdicciones judiciales, las medidas precautorias, los embargos, las demandas y toda providencia o resolución ejecutoriada que destruya o limite el derecho de libre disposición del propietario.

Los derechos de usufructo, uso y habitación.

Los contratos de arrendamiento en que se estipule el pago de mejoras y los de duración determinada. Los de plazo indeterminado, cuando se haga adelanto de la merced conductiva por más de un año.

Las promesas de los contratos que están comprendidos en este artículo».

El artículo 4 preveía adicionalmente las reglas a las que estaría sujeta la inscripción de diversos casos de hipoteca legal.

Destaca PARDO MÁRQUEZ (9) que «las inscripciones sólo afectan a los terceros que no han registrado sus títulos que contienen los derechos especificados en los artículos 3 y 4 de la Ley. La preferencia del derecho se obtiene

(8) En atención a ello se establecieron Registros en Arequipa, Trujillo, Piura, Huamanga, Iquitos, Huancayo, Chiclayo, Ica, Cusco, Cerro de Pasco, Huánuco, Cajamarca, Tumbes, Abancay, Huancavelica, Huaraz, Moquegua y Puno, entre otras ciudades.

(9) *Op. cit.*, pág. 294.

con la inscripción. El artículo 7 preceptúa categóricamente: “No podrá oponerse a tercera persona el dominio total o parcial, derechos reales, hipoteca, contratos ni los demás títulos de derecho especificados en los artículos 3 y 4, si no están debidamente registrados dentro del término que señala el Reglamento que debe dictarse para el cumplimiento de esta ley”».

La ley contemplaba el contenido de las inscripciones (art. 9); la existencia de una escala de derechos de inscripción «que el reglamento consignará y en cuya formación tendrá en cuenta la importancia relativa de los actos registrables» (art. 13); el destino de los ingresos por concepto de derechos registrales (art. 14); las funciones del Vocal Visitador de la Corte Suprema (art. 17); los requisitos de los encargados del Registro de la Propiedad en las capitales de Departamento, quienes «deben reunir las mismas cualidades personales y prestar las mismas garantías que la ley exige a los Secretarios de Cámara de las Cortes Superiores», mientras que en los de las provincias «bastarán las requeridas para ser Escribano Público» (art. 18).

En opinión de PARDO MÁRQUEZ (10), en la Ley de 2 de enero de 1888, «la inscripción tiene carácter facultativo porque los interesados se hallan en libertad para registrar o no sus títulos, sólo a ellos conviene acogerse a los beneficios de la ley. Este aspecto del Registro, por su carácter fundamental, fue el más discutido, dando por resultado la redacción del artículo 15 en los términos que siguen: “Los que actualmente tengan algunos de los derechos u obligaciones que deban registrarse, pueden hacerlo para aprovechar de las ventajas de esta ley, dentro del plazo que señale el Reglamento que debe dictarse”. (...) Otro efecto de la inscripción consiste en que no sana los títulos que son nulos con arreglo a las leyes. El artículo 16, apartado 2, declara: “Si se inscribiesen actos o contratos que son nulos por la ley, no se subsana la nulidad con el hecho de la inscripción”».

Por Ley de 25 de noviembre de 1892 se estableció una junta compuesta por el Ministro de Justicia, que la presidirá, un Fiscal de la Corte Suprema, un Fiscal de la Corte Superior, el Decano del Colegio de Abogados y el Director del Registro de la Propiedad Inmueble, que servirá de secretario. Esta Junta reemplazó a la Corte Suprema en las funciones que había previsto la Ley de 2 de enero de 1888.

La Ley de 3 de enero de 1899 contempló la posibilidad de que «los que el 2 de enero de 1888 tenían bienes o derechos que, según la ley de esa fecha, deben ser registrados, podrán inscribirlos con sólo presentar el último título de su adquisición, cuya inscripción practicarán los Registradores sin averiguar el título en virtud del cual poseyeron el mismo derecho los antiguos dueños» (art. 1).

(10) *Op. cit.*, págs. 294 y 295.

El artículo 2 agregaba que «después de ciento ochenta días contados desde la fecha en que el respectivo Registrador avisa al público que se ha abierto la oficina, no podrán hacerse las primeras inscripciones a que se refiere el artículo anterior, sin que el Registrador fije edictos y publique avisos por quince veces alternadas en el lugar del Registro, en la capital del departamento y en el pueblo donde estuviere ubicado el inmueble, si fueren diferentes, convocando por medio de ellos a los que se crean con algún derecho. Si ninguna otra persona alegase algún derecho durante los avisos, se hará el registro; y en el caso contrario, la reclamación se hará valer ante el Juez competente, quien la sustanciará y resolverá según su naturaleza».

Como puede apreciarse, el propósito de sanear la titulación para hacer posible la inmatriculación no constituye una preocupación sólo de nuestros días.

El Reglamento Orgánico del Registro de la Propiedad Inmueble, dictado en aplicación de la Ley de 2 de enero de 1888, constaba de 226 artículos contenidos en dieciséis títulos que se ocupaban sucesivamente de aspectos generales, la Dirección General del Registro, los registradores, el modo de llevar los libros, los contratos y actos sujetos a inscripción, la inscripción de bienes nacionales y de corporaciones, la reforma y efectos de la inscripción, las anotaciones preventivas, la extinción de las inscripciones y anotaciones preventivas, la rectificación de los asientos del Registro, los certificados que expidan los registradores, la responsabilidad de éstos, los visitadores, los derechos de inscripción y honorarios de los registradores, la Oficina del Registro de Lima y disposiciones transitorias.

Con la entrada en vigencia del Código de Comercio de 1902, que previó en la Sección Segunda de su Libro Primero la existencia del Registro Mercantil, y de la Ley número 2.402, de 13 de diciembre de 1916, que creó la prenda agrícola, considerando la existencia de un libro especial en el que se inscribiría dicha garantía, la denominación del Registro fue modificada pasando a denominarse primero, «Registro de la Propiedad Inmueble y Mercantil», y después, «Registro de la Propiedad Inmueble, Mercantil y de la Prenda Agrícola».

En sesión de la Junta de Vigilancia, de 27 de septiembre de 1927, fue aprobado el Reglamento Interior de la Oficina de los Registros de la Propiedad Inmueble, Mercantil y de la Prenda Agrícola del Distrito de Lima.

El régimen legal introducido por la Ley de 2 de enero de 1888, no sufrió variaciones sustantivas una vez que entró en vigencia el Código Civil de 1936, que lo incorporó en su texto. El Registro mantuvo desafortunadamente su carácter esencialmente facultativo y declarativo (11), aun cuando el codi-

(11) Con la excepción del caso de la hipoteca, respecto de la cual tenía carácter constitutivo su inscripción en el Registro de la Propiedad Inmueble (art. 1.013, inciso 2, del Código Civil de 1936).

ficador discutió la posibilidad de implantar el sistema Torrens en el Perú. La idea fue descartada arguyéndose para ello lo siguiente:

- Se carece de un catastro y existe dificultad para establecerlo, dada la gran extensión territorial del país.
- Los títulos son imperfectos o defectuosos. Existen lugares en donde ni siquiera hay notarios públicos.
- El sistema Torrens resulta peligroso por falta de cultura jurídica en nuestro país.
- El sistema Torrens tiene como base la garantía del Estado, lo que no es factible entre nosotros.
- No existe personal especializado en materia registral.

Los codificadores SOLF y OLIVEIRA propusieron incluso como alternativa la inscripción obligatoria de los actos que versaren sobre inmuebles registrados o que se registrasen y que la inscripción fuese sólo facultativa para los demás.

Ese punto de vista fue combatido por los doctores CALLE y OLAECHEA, quienes sostuvieron, no sin lamentarlo, la necesidad de mantener el sistema imperante hasta esos días.

El Código Civil de 1936 contempló la materia registral en la sección quinta («De los Registros Públicos») del Libro IV, dedicado a los derechos reales. Dicha sección contaba con seis títulos que sucesivamente se referían a disposiciones generales, Registro de la Propiedad Inmueble, Registro de las Personas Jurídicas, Registro de Testamentos, Registro de Mandatos y Registro Personal.

El artículo 1.036 puntualizaba los Registros Públicos de los que trataba el Código, a saber: los Registros de la Propiedad Inmueble, Personas Jurídicas, Testamentos, Mandatos, Personal, Mercantil, Buques y Prenda Agrícola (12).

En la exposición de motivos del Libro Cuarto del Código Civil de 1936, se señala lo siguiente (en: GERMÁN APARICIO y GÓMEZ SÁNCHEZ, *Código Civil. Concordancias*. Tomo III, La Reforma —Motivos—. Taller de Linotipia Guadalupe, Lima, 1942, pág. 395): «La Comisión de Reforma debatió intensivamente el tópico de los sistemas de registros, y recabó valiosas opiniones de magistrados y abogados especializados. Acogiendo la casi unánime opinión de que el sistema de la ley de 1888 se mantuviera sin variaciones sustanciales, siguió este camino, no sin deplorar que las condiciones del país no permitieran ningún avance en el casi medio siglo transcurrido desde la creación del Registro. La inscripción continúa, pues, siendo de carácter facultativo y simplemente transcriptoria del derecho».

(12) En la exposición de motivos del Libro IV del Código Civil de 1936 (*loc. cit.*, pág. 394), se deja constancia de lo siguiente: «No puede dejar de incorporarse al nuevo Código Civil la institución del Registro de la Propiedad Inmueble establecida por la Ley de 1888. Juzgó la Comisión conveniente agrupar, bajo la denominación de Registros Públicos, el Registro Inmobiliario con los Registros Mercantil y de Buques de que trata

El artículo 1.038 establecía que los registros se encontraban bajo la dirección de la Junta de Vigilancia, formada por el Ministro de Justicia, quien la presidía, uno de los fiscales en lo civil de la Corte Suprema designado por ella, el Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Mayor de San Marcos, el Decano del Colegio de Abogados de Lima y el director del Registro.

Correspondía a la Junta de Vigilancia, según lo dispuesto por el artículo 1.039, determinar el régimen económico del Registro, los libros que deben llevarse, el procedimiento de las inscripciones y de su rectificación y cancelación, el arancel de derechos, las reglas que deben observar los notarios en los contratos inscribibles y todas las demás atribuciones que requiera para la marcha de la institución. Al efecto, debía dictar los reglamentos del caso, sometiénolos a la Corte Suprema para su aprobación, los que no fueran de orden meramente interno.

Por Acuerdo de la Corte Suprema de 17 de diciembre de 1936, fue aprobado el Reglamento de Inscripciones, con vigencia a partir del 1 de enero de 1937. Posteriormente se dictó el Reglamento General de los Registros Públicos, aprobado por Acuerdo de la Corte Suprema de 18 de julio de 1940. Este fue sustituido por un nuevo reglamento general aprobado por la Corte Suprema por acuerdo de 21 de mayo de 1968, el mismo que se mantiene parcialmente vigente a la fecha.

Por Decreto Ley número 23.095, de 18 de junio de 1980, se crea la Oficina Nacional de los Registros Públicos, reemplazándose a la Junta de Vigilancia por el Tribunal Registral y a la Dirección General por la Jefatura, suprimiéndose la existencia de la denominada Comisión Facultativa.

Conforme al Decreto Legislativo número 117 (Ley del Sector Justicia), de 12 de junio de 1981, la Oficina Nacional de los Registros Públicos era el organismo público descentralizado encargado de la inscripción y publicidad de los actos jurídicos que la ley determina, con el objeto principal de otorgar garantías a terceros.

El Decreto Legislativo número 119, de 12 de junio de 1981 (Ley de la Oficina Nacional de los Registros Públicos) restableció la Junta de Vigilancia

el Código de Comercio, y el de Prenda Agrícola creado por la Ley número 2.402, al efecto de uniformar el régimen administrativo de todos dichos registros. Incorporada la legislación anterior de la Ley de 1888 en el Título II de esta sección, queda ya sin vigencia dicha ley. Cosa igual no sucede con la legislación de los otros Registros mencionados, por cuanto correspondiendo a disciplinas civiles especiales siguen vigentes las reglas que respecto de ellos se contienen en el Código de Comercio y en la citada Ley número 2.402, siempre que no se refieren a su vida administrativa y económica. Tal es la doctrina consagrada en el artículo 1.037 del proyecto. En el artículo 1.036 se enumeran junto con los Registros nombrados los cuatro Registros de nueva creación, que son: el de las Personas Jurídicas, el de los Testamentos, el de los Mandatos y el Personal, cada uno de los cuales está tratado en un título de esta sección».

y la Comisión Facultativa como órganos de la institución, eliminando el Tribunal Registral.

Esta era la situación de los Registros Públicos al tiempo de dictarse el Código Civil de 1984, que les dedica el Libro IX. Debe hacerse notar que el proyecto de la Comisión encargada del estudio y revisión del Código Civil presentado oficialmente en julio de 1981, no consideraba la regulación del tema, por estimarse que sus alcances trascendían el ámbito del Código Civil y su desarrollo debía ser objeto de una legislación especial separada por tanto del Código. Fue más bien la Comisión Revisora del indicado proyecto, creada por la Ley número 2.403, la que decidió la inclusión de un Libro dedicado a los Registros Públicos como parte integrante del Código Civil.

El Libro IX del Código Civil de 1984 está integrado por ocho títulos dedicados sucesivamente a disposiciones generales, Registro de la Propiedad Inmueble, Registro de Personas Jurídicas, Registro Personal (13), Registro de Mandatos y Poderes, Registro de Testamentos, Registro de Sucesiones Intestadas (14) y Registro de Bienes Muebles.

Conforme al artículo 2.009 del Código, los registros indicados se sujetan a lo dispuesto en él, así como a sus leyes y reglamentos especiales, comprendiéndose a los Registros de Naves, Aeronaves, Prenda Agrícola y los demás regulados por leyes especiales.

El Código contempla los principios de titulación auténtica (art. 2.010), legalidad (art. 2.011), publicidad registral —cognoscibilidad general— (art. 2.012), legitimación (art. 2.013), fe pública registral (art. 2.014), tracto sucesivo —inscripción de acto previo— (art. 2.015), prioridad preferente (art. 2.016), impenetrabilidad —prioridad excluyente— (art. 2.017) y oponibilidad (art. 2.022).

En aplicación de lo establecido en la Ley número 24.650, de Bases de Regionalización, vigente a partir del 5 de abril de 1987, los gobiernos regionales tenían como funciones, en materia de registros, la organización y conducción de los Registros Públicos a que se refiere el Libro IX del Código Civil y otras leyes especiales, así como la supervisión y resolución de los asuntos relacionados con los mismos, con sujeción a la legislación sobre la materia (art. 8, inciso II, numeral 1, del Texto Unico Ordenado de la Ley de Bases de Regionalización número 24.650, aprobado por Decreto Supremo

(13) La Ley número 26.497, Orgánica del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, de 11 de julio de 1995, derogó los artículos 2.030 al 2.035 del Código de 1984, referidos al Registro Personal. Posteriormente, por Ley número 26.589, de 12 de abril de 1996, se reincorporó el texto de los artículos citados.

(14) La denominación original de este Registro era «de declaración de herederos». Fue sustituida por la indicada en el texto por mandato de la Ley número 26.707, de 11 de diciembre de 1996.

número 071-88-PCM, de 12 de junio de 1988, derogado por la Ley Marco de descentralización número 26.922, de 2 de febrero de 1998).

Como consecuencia de lo indicado, y en mérito a la creación de las distintas regiones, se produjo la transferencia a los gobiernos regionales de las funciones, personal, recursos materiales, presupuestales y financieros y acervo documental de las oficinas de los Registros Públicos ubicadas en su ámbito de competencia territorial. Así, fueron organizadas las Oficinas Registrales de las Regiones Grau, La Libertad, Nor Oriental del Marañón, Chavín, Los Libertadores-Wari, Arequipa, José Carlos Mariátegui, San Martín, Andrés Bello Cáceres, Inka, Loreto y Ucayali. Ello condujo al hecho de que la Oficina Nacional de los Registros Públicos quedara reducida al ámbito territorial de Lima y Callao, comprendiendo sólo su sede central y las oficinas registrales de Lima, Callao, Huaral, Huacho y Cañete.

Tal circunstancia explica que, por Decreto Ley número 25.993, de 21 de diciembre de 1992 (Ley Orgánica del Sector Justicia), se derogaran los Decretos Legislativos números 117 y 119, mencionados anteriormente, creándose la Dirección Nacional de Registros Públicos y Civiles en sustitución de la Oficina Nacional de los Registros Públicos, y constituyéndose en un órgano de línea del Ministerio de Justicia.

Según el artículo 22 del Decreto Ley número 25.993, la Dirección Nacional era la encargada de proponer la política, normar, organizar y supervisar el sistema registral a nivel nacional, así como de ejecutar en el departamento de Lima y en la Provincia Constitucional del Callao, las cuestiones sustantivas y procesales relativas a los Registros Públicos a que se refiere el Libro IX del Código Civil y los que determine la ley.

El artículo 23 se refería a la Junta de Vigilancia, estableciendo su integración, y la definía como el órgano encargado de resolver en última instancia administrativa los recursos de revisión de las decisiones de la Comisión Facultativa.

El artículo 24, por su parte, se ocupaba de la Comisión Facultativa, señalaba cómo estaba conformada y la definía como el órgano jurisdiccional de segunda instancia administrativa, al que correspondía conocer, en grado de apelación, las denegatorias de inscripción y demás actos registrales.

Mediante la Ley número 26.366, de 14 de octubre de 1994, actualmente vigente, se creó en el Perú el Sistema Nacional de los Registros Públicos y la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos (SUNARP).

El Sistema Nacional referido tiene por propósito integrar a todos los Registros Públicos de seguridad jurídica existentes en el país, con excepción, de acuerdo con el párrafo final del artículo 2 de la Ley número 26.366, de los normados por las Decisiones número 291 (Régimen común de tratamiento a los capitales extranjeros y sobre marcas, patentes, licencias y regalías), 344 (Régimen común sobre propiedad industrial), 345 (Régimen común de pro-

tección de los derechos de los obtentores de variedades vegetales) y 351 (Régimen común sobre derecho de autor y derechos conexos) de la Comisión del Acuerdo de Cartagena (hoy Comunidad Andina).

En ese orden de ideas, los Registros son agrupados de la siguiente manera:

- Registro de Personas Naturales, que comprende los de Mandatos y Poderes, Testamentos, Sucesiones Intestadas, Personal y de Comerciantes.
- Registro de Personas Jurídicas, que comprende los de Personas Jurídicas (Asociaciones, Fundaciones y Comités), Sociedades Civiles, Sociedades Mercantiles (Sociedades Anónimas, Comerciales de Responsabilidad Limitada, Colectivas y en Comandita), Sociedades Mineras, Sociedades del Registro Público de Hidrocarburos, Personas Jurídicas creadas por ley y Empresas Individuales de Responsabilidad Limitada.
- Registro de Propiedad Inmueble, que comprende los de Propiedad Inmueble, Buques, Embarcaciones Pesqueras, Aeronaves, Derechos Mineros y Concesiones para la explotación de servicios públicos.
- Registro de Bienes Muebles (15), que comprende los de Bienes Muebles, Propiedad Vehicular, Fiscal de Ventas a Plazos, Prenda Industrial, Prenda Agrícola y Prenda Minera. Aquí se incluye también el Registro de prenda global y flotante.
- Los demás Registros de carácter jurídico creados o por crearse.

El sistema registral peruano no se circunscribía, a la entrada en vigencia de la Ley número 26.366, a los Registros usuales de Propiedad Inmueble, Mercantil, Mandatos y Poderes, etc., sino que existían otros, también de carácter jurídico, que se encontraban bajo el ámbito de dependencia de algún Ministerio y que normativamente estaban sujetos a sus propias disposiciones legales especiales. Era el caso de los Registros de Propiedad Vehicular, Fiscal de Ventas a Plazos, General de Pesquería, Hidrocarburos y Aeronaves, todos los cuales ya han quedado incorporados al Sistema Nacional de los Registros Públicos.

Igualmente se ha producido la incorporación del área registral del Registro Público de Minería, conforme al mandato de la Primera Disposición Tran-

(15) Conviene indicar que en el proyecto de reforma del Libro IX del Código Civil de 1984, los Registros de Propiedad Inmueble y Bienes Muebles quedan integrados en uno solo denominado «Registro de Bienes»; no de propiedad, pues no es éste el único derecho susceptible de ser constituido sobre los mismos. Conforme al indicado proyecto, el Registro de Bienes comprende los Registros de Propiedad Inmueble, Embarcaciones Pesqueras, Buques, Aeronaves, Derechos Mineros, Propiedad Vehicular y Bienes Muebles (art. 2.008, inciso 1).

sitoria de la Ley número 26.615, una vez realizada la integración definitiva de las concesiones al catastro minero nacional, para lo cual se estableció un plazo no mayor de cuatro años a partir de la vigencia de la referida ley, plazo que se cumplió el 25 de mayo de 2000.

Es indudable que la proliferación de Registros, cada uno de ellos sometido a sus propias normas pero sin integrarse en cuanto a sus elementos comunes a la legislación registral general, no podía contribuir a la unidad y coherencia necesarias de las actividades registrales, sino al desmembramiento de la institución. Tal circunstancia conspiraba, además, contra la posibilidad de una interconexión de los Registros nacionales.

Con la Ley número 26.366 no se trató de hacer de los diversos Registros uno solo, eliminando, mediante la unificación, la identidad de cada cual. Por el contrario, lo que se buscó fue integrarlos de tal forma que los diversos registros formaran parte de un único sistema, reconociendo sus diferencias y particularidades.

La integración de los diversos Registros mencionados en un sistema nacional de los mismos tiene grandes ventajas.

A nivel normativo, permite establecer normas comunes y procedimientos similares. En el orden administrativo hace posible racionalizar la administración de los Registros. En lo económico, se ofrecen las condiciones necesarias para el mejor equipamiento y organización de los Registros. En cuanto a lo funcional, permite centralizar la información que se requiere para los diferentes actos involucrados. Finalmente, a nivel geográfico, posibilita la interconexión de los Registros, contribuyendo a la integración geográfica del país.

La Superintendencia Nacional de los Registros Públicos (SUNARP) es un organismo descentralizado autónomo del Sector Justicia y ente rector del Sistema Nacional de los Registros Públicos. Tiene personería jurídica de Derecho Público, con patrimonio propio y autonomía funcional, jurídico-registral, técnica, económica, financiera y administrativa.

A la Superintendencia le compete, por mandato de la ley referida, dictar las políticas y normas técnico-administrativas de los Registros Públicos. Se encuentra encargada de planificar, organizar, normar, dirigir, coordinar y supervisar la inscripción y publicidad de los actos y contratos en los Registros Públicos que integran el sistema.

Con arreglo a la Ley número 26.366, las distintas oficinas registrales existentes en el país constituyen órganos públicos desconcentrados de la Superintendencia Nacional. Existen doce oficinas registrales, además de la Oficina Registral de Lima y Callao (ORLC). Esta última concentra aproximadamente el 60 por 100 de la demanda de servicios registrales de todo el país.

Cada una de ellas cuenta con oficinas registrales provinciales que hacen un total de sesenta. Las oficinas registrales son los órganos encargados de ejecutar las labores de inscripción y publicidad registral.

El artículo 5 de la Ley número 26.366 estableció que los Registros Públicos mantendrían la primera y segunda instancias administrativas registrales, dejándose sin efecto las normas que establecieron una tercera instancia (16). Quedó de este modo suprimida la Junta de Vigilancia como tercera instancia registral.

Finalmente, la misma ley define como garantías del Sistema Nacional de los Registros Públicos (art. 3):

- a) La autonomía de sus funcionarios en el ejercicio de sus funciones registrales;
- b) La intangibilidad del contenido de los asientos registrales, salvo título modificatorio posterior o sentencia judicial firme;
- c) La seguridad jurídica de los derechos de quienes se amparen en la fe del Registro, y
- d) La indemnización por los errores registrales, sin perjuicio de las demás responsabilidades que correspondan conforme a ley.

III. CLASIFICACION DE LOS BIENES Y TRANSFERENCIA DE LA PROPIEDAD: DEL CODIGO CIVIL DE 1852 AL CODIGO CIVIL DE 1984

a) EL CÓDIGO CIVIL DE 1852

Este Código definía en su artículo 454 que «las cosas que están bajo el dominio del hombre son corporales e incorporeales. Corporales son las que

(16) En atención a ello, a partir de 1995, funcionaba en cada oficina registral un tribunal constituido por una sala compuesta de tres vocales, que operaba sólo de manera eventual. Singularmente, en el caso de la ORLC, el tribunal contaba con dos salas, desarrollando sus actividades de modo permanente.

La Resolución número 092-2000-SUNARP/SN, de 11 de mayo de 2000, dispuso disolver los tribunales de las oficinas registrales del país, con excepción del correspondiente a la ORLC, a partir del 1 de junio de 2000.

Adicionalmente, ordenó la organización del Tribunal Registral del Norte, con sede en Trujillo, con competencia para conocer de las apelaciones provenientes de las oficinas registrales de La Libertad, Nor Oriental del Marañón, Chavín, San Martín y Grau; y el Tribunal Registral del Sur, con sede en Arequipa, para conocer de las apelaciones provenientes de las oficinas registrales de Arequipa, José Carlos Mariátegui e Inka.

Finalmente, dispuso que el Tribunal Registral de la ORLC se constituya como Tribunal Registral del Centro, con sede en Lima, y con competencia para conocer las apelaciones procedentes de las oficinas registrales de Lima y Callao, Ucayali, Loreto, Andrés Bello, Caceres y Libertadores-Wari.

percibimos con los sentidos; las demás son incorpóreas, como los derechos y acciones» (17).

El artículo 455 distinguía las cosas corporales en muebles e inmuebles: «muebles, las que sin alteración pueden ser llevadas de un lugar a otro; las demás son inmuebles».

Entre los inmuebles, el artículo 456 incluye los campos, estanques, fuentes, edificios, molinos y, en general, cualquiera obra construida con adherencia al suelo, para que permanezca allí mientras dure (inciso 1).

Igualmente los frutos pendientes y las maderas antes de cortarse; los ganados y demás objetos que hacen parte del capital de un fundo; las cañerías, las herramientas, las prensas, las calderas, las semillas, los animales dedicados al cultivo, y todos los objetos destinados al servicio de la heredad (inciso 2).

Finalmente, se incluyen los materiales que han formado un edificio y que están separados de él mientras se repara, y todas las cosas colocadas en el fundo para que permanezcan en él perpetuamente (inciso 3).

Adicionalmente, el artículo 458 distingue los bienes en fungibles y no fungibles, pero confundiendo los consumibles y no consumibles, respectivamente. En efecto, la indicada norma señala: «Son fungibles las cosas que se consumen con el uso; y no fungibles las cosas que no se consumen aunque se deterioren con el uso».

Finalmente, el artículo 459 se refiere a las cosas públicas, comunes, de particulares, destinadas al culto y de ninguno, definiendo estas últimas como «las que no están en propiedad de nadie o se hallen vacantes».

La transferencia de las cosas tenía en el Código de 1852 carácter consensual.

Conforme al artículo 1.232, «todo contrato sobre traslación de dominio de un inmueble debe constar de escritura pública; cualquier otra prueba es subsidiaria». La escritura pública no tenía, por tanto, el carácter de formalidad sustancial, sino de medio de prueba privilegiado de la existencia del acto. Por ello, la eventual declaración de nulidad de la escritura pública no afectaba el contrato (art. 1.233).

El artículo 574 puntualizaba que «la enajenación se completa por la tradición, que es la entrega que se hace de una cosa poniéndola a disposición del nuevo dueño».

(17) El artículo 1.249 establecía: «Pueden ser objeto de contrato todas las cosas que están en el comercio de los hombres, sean corporales o incorpóreas, presentes o futuras».

Acerca del concepto de cosa, confróntese el texto «Nuevas categorías de cosas», de ENRIQUE CARLOS BANCHIO. Universidad Nacional de Córdoba, Dirección General de Publicidad, Córdoba, 1962.

El carácter consensual de la enajenación por venta quedaba corroborado con el artículo 1.306, según el cual, «desde que los contratantes convienen en la cosa y en el precio, queda perfeccionada la venta, aunque aquélla no haya sido entregada, ni éste pagado». La norma tenía su antecedente en el artículo 1.583 del Código Civil francés.

El artículo 1.308 reiteraba el concepto anterior al establecer que «en la venta simple pasa la propiedad de la cosa al comprador, aun antes de su entrega y pago del precio».

Se distinguía si el caso de la venta condicional, en la cual, «tanto la propiedad como los demás efectos del contrato se arreglarán a los principios generales sobre las condiciones de los contratos» (art. 1.309).

Igualmente se trataba el supuesto en el cual la fijación del precio se sometía al arbitrio de un tercero, estableciéndose que, sólo desde que era fijado el precio y se notificaba a los contratantes, se producía la transferencia de propiedad al comprador (art. 1.319).

El carácter consensual de la enajenación por venta y la condición de formalidad no sustancial de la escritura pública lo confirmaba el artículo 1.331, particularmente referido a la venta de inmuebles, acciones, servidumbres y demás derechos sobre inmuebles, de la que «debe otorgarse escritura de registro público; sin que por esto sea requisito del contrato, ni su falta o dilación lo invalide», autorizándose a los contratantes a exigirse, en su caso, el otorgamiento de la escritura (art. 1.332).

En materia de permuta, el artículo 1.530 establecía que «se constituye por solo el convenio de las partes; la entrega es su cumplimiento».

A propósito de la donación, se señala que por ella se transfiere gratuitamente a otro el dominio de una cosa (art. 579), agregándose en el artículo 581, primer párrafo, que «la donación entre vivos se perfecciona con la aceptación del donatario o con la entrega de la cosa».

b) EL CÓDIGO CIVIL DE 1936

Este Código, por su parte, a diferencia de su antecesor, el Código de 1852 (18), no se refería a las cosas sino a los bienes, distinguiéndolos en

(18) Por Decreto Supremo de 26 de agosto de 1922, dictado por el Presidente Augusto B. Leguía, se dispuso «nombrar una Comisión que llevará el título de “Comisión Reformadora del Código Civil Peruano”, que se encargará de formular un proyecto de reforma de las instituciones civiles del Código promulgado en 28 de julio de 1852».

Mediante Resolución Suprema de la misma fecha fueron nombrados como miembros de la Comisión los doctores Juan José Calle, Manuel Augusto Olaechea, Pedro Oliveira, Alfredo Solf y Muro y Hermilio Valdizán.

muebles, inmuebles, del Estado, de uso público y de propiedad privada o de los particulares. No obstante, en otros artículos del mismo Código calificaba a los muebles e inmuebles como cosas (por ejemplo, en los arts. 877 y 1.172, respectivamente) (19).

El artículo 819 consideraba muebles los siguientes bienes:

1. Los bienes que pueden llevarse de un lugar a otro.
2. Las fuerzas naturales susceptibles de apropiación.
3. Las construcciones en terreno ajeno hechas para un fin temporal.
4. Las acciones o cuotas de las sociedades o compañías, aun cuando ellas tengan por objeto adquirir inmuebles, o la edificación u otro comercio sobre esta clase de bienes.
5. Los derechos comprendidos en la propiedad literaria y artística y en la propiedad industrial.
6. Los derechos referentes a muebles, dinero, servicios y a inmuebles, si no son de los comprendidos en el inciso 8 del artículo 812.
7. Las rentas de obligaciones emitidas conforme a ley, salvo lo que se establezca en las leyes del crédito público.

A su turno, el artículo 812 consideraba inmuebles:

1. Las tierras, minas y aguas públicas.
2. Los predios.
3. Las minas concedidas a los particulares.

Por Ley número 8.305, de 2 de junio de 1936, se autorizó al Poder Ejecutivo para promulgar el proyecto de Código preparado por la Comisión Reformadora, introduciendo las reformas que estime convenientes, de acuerdo con la Comisión designada por el Congreso Constituyente. La Comisión Revisora del proyecto fue presidida por el Ministro de Justicia Diómedes Arias Schreiber y estuvo integrada por tres miembros de la Comisión Reformadora, los doctores Olaechea, Solf y Muro y Oliveira, y por Julio C. Campos, Germán Aparicio y Gómez Sánchez, Carlos Sayán Álvarez, Ernesto de la Jara y Ureta, Rosendo Badani Chávez, Félix Cossío, Lucio Fuentes Aragón, Carlos A. Lozano y Emilio Romero Padilla. El Código fue promulgado mediante Decreto de 30 de agosto de 1936, y entró en vigencia a partir del 14 de noviembre del mismo año.

(19) En la exposición de motivos del Libro IV del Código Civil de 1936, se lee lo siguiente (*loc. cit.*, pág. 366): «El Código de 1852, en su artículo 455, siguiendo la teoría clásica de los romanos, aplica la clasificación de muebles e inmuebles a las cosas corporales, y califica como inmuebles las cosas que resultan eliminadas del concepto que da de los muebles, es decir, de aquéllas que sin alteración pueden ser llevadas de un lugar a otro. La enumeración que se hace en el artículo 456 altera sustancialmente las ideas anteriores, extendiendo el concepto de los inmuebles a las partes integrantes y a los accesorios de este género de cosas y con las cuales forman su unidad indisoluble. El proyecto innova esta técnica y siguiendo la de los Códigos modernos contiene una doble enumeración, que suministra un criterio preciso para la distinción en materia tan importante para el crédito y el desarrollo de los negocios».

4. Las naves y aeronaves.
5. Los ferrocarriles y sus vías.
6. Los muelles y los diques.
7. Las concesiones y autorizaciones para explotar servicios públicos.
8. Los derechos sobre inmuebles, inscribibles en el registro de la propiedad.

Como puede advertirse, la distinción entre muebles e inmuebles no respondía a la movilidad o no de los bienes. Es notorio, por citar uno, el caso de las naves, cuya ubicación entre los inmuebles se explica por dos circunstancias: en primer lugar, la dación de la Ley de Hipoteca Naval de 30 de diciembre de 1916, que abrió la posibilidad de constituir esa garantía real respecto de los buques mercantes con arreglo a las disposiciones de la indicada ley; y, en segundo lugar, el hecho de que el Código de 1936 no contempló la existencia de una modalidad de prenda con registro, lo que hubiera hecho innecesario desnaturalizar el concepto de bien inmueble.

En materia de inmuebles, el artículo 1.172 del Código de 1936 precisaba que «la sola obligación de dar una cosa inmueble determinada, hace al acreedor propietario de ella, salvo pacto en contrario».

La referencia al pacto en contrario aludía a la reserva de propiedad prevista en el artículo 1.426, así como a la simple estipulación, estableciendo un momento distinto para operar la transferencia de propiedad.

A propósito de los bienes muebles, en cambio, no había pronunciamiento claro y explícito del Código en algún sentido.

No aparecía en él un artículo considerado en los trabajos preparatorios, cuyo antecedente era el artículo 577 del Código Civil argentino: «Antes de la tradición de la cosa mueble cierta, el acreedor no adquiere sobre ella ningún derecho real» (20).

La falta de esta norma dio lugar a un interesante debate doctrinario que se extendió por muchos años, hasta la derogación del Código de 1936, entre quienes postulaban que los bienes muebles se transferían consensualmente y aquellos que, por el contrario, sostenían la necesidad de la tradición para ello.

(20) El primer anteproyecto de la Sección Segunda del Libro Quinto del Código Civil incluía el texto transcripto como artículo 121 (Actas de las sesiones de la Comisión Reformadora. Quinto fascículo. Segunda edición. Imprenta C.M. Castrillón. Lima, 1928, pág. 121).

El artículo se mantiene como 112 en el segundo anteproyecto (Imprenta Minerva. Lima, 1926, pág. 18), pero ya no aparece en el proyecto de Código Civil publicado en 1936 (Librería e Imprenta Gil, S.A., Lima, 1936).

El artículo 577 del Código Civil argentino señala: «Antes de la tradición de la cosa, el acreedor no adquiere sobre ella ningún derecho real».

En este estado se encontraba la cuestión al abordarse la labor de reforma integral del Código Civil de 1936.

c) LA REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL DE 1936. EL CÓDIGO DE 1984

Por Decreto Supremo número 95, de 1 de marzo de 1965, se creó la Comisión encargada del estudio y revisión del Código Civil de 1936.

Esta Comisión concluyó en julio del año 1980 la formulación de un Proyecto de Código Civil, del cual merece destacarse lo siguiente, en relación con la materia que se analiza:

- Los bienes fueron clasificados en registrados y no registrados, pudiendo ser estos últimos registrables y no registrables (art. 938).
- Los bienes registrados eran los que se encontraban incorporados a alguno de los registros existentes en el país. Los registrables eran aquellos bienes que, por ser identificables, podían ser objeto de registro (arts. 939 y 940).
- La adquisición convencional de los bienes registrados se perfeccionaba con su inscripción en el registro respectivo (art. 978).
- La adquisición convencional de los bienes no registrados se perfeccionaba con la tradición (art. 979).
- La prenda se constituiría sobre bienes no registrados (art. 1.094).
- La hipoteca se constituiría sobre los bienes registrados (art. 1.117).
- Se omitía toda regulación sobre los Registros Públicos.

Por Ley número 23.403 se facultó al Poder Ejecutivo para promulgar, dentro del período constitucional, mediante Decreto Legislativo, el Código Civil, cuyo proyecto había preparado la Comisión encargada del estudio y revisión del Código Civil de 1936.

Para este efecto se dispuso la formación de una Comisión Revisora, integrada por tres Senadores, tres Diputados y tres Abogados designados por el Ministerio de Justicia, la que se encargaría de introducir las reformas que estimare pertinentes a ese proyecto.

La Comisión Revisora formuló las siguientes enmiendas al Proyecto (21) que, finalmente, quedaron incluidas en el texto definitivo del Código Civil que entró en vigencia el 14 de noviembre de 1984:

(21) Las enmiendas aparecen en el denominado «Proyecto de Código Civil aprobado por la Comisión Revisora» publicado en el mes de febrero de 1984 en el diario oficial «El Peruano».

- Los bienes son clasificados en muebles e inmuebles (arts. 886 y 887 del Proyecto; 885 y 886 del Código) (22).
- La transferencia de propiedad de una cosa mueble determinada se efectúa con la tradición a su acreedor, salvo disposición legal diferente (arts. 926 del Proyecto y 947 del Código) (23).
- La sola obligación de enajenar un inmueble determinado hace al acreedor propietario de él, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario (arts. 925 del Proyecto y 949 del Código).
- La prenda se constituye sobre los bienes muebles mediante su entrega física o jurídica.
La entrega será física, en el caso de los bienes muebles no registrados, y jurídica, en el caso de los bienes muebles registrados, donde la prenda surtirá efecto sólo desde su inscripción en el registro respectivo (arts. 1.043 y 1.048 del Proyecto y 1.055 y 1.058 del Código).
- La hipoteca se constituye sobre los bienes inmuebles (arts. 1.075 del Proyecto y 1.097 del Código).
- Se dedica el Libro IX del Proyecto a los Registros Públicos (arts. 1.964 a 2.001 del Proyecto y 2.008 a 2.045 del Código).

La solución propuesta por la Comisión Revisora respecto de la transferencia de la propiedad inmobiliaria, que es la del Código vigente, no significó otra cosa que admitir en la práctica que, aun cuando habían transcurrido a esa fecha casi cien años del establecimiento del Registro de la Propiedad Inmueble en el Perú, no habían variado las circunstancias y no era posible introducir cambios en el régimen registral vigente.

Sin embargo, ya para ese entonces se postulaba, por ejemplo, por ROMERO ROMANA (24), que «es inadmisibile que subsista para la contratación de inmuebles el régimen actual de tener que estudiar títulos de propiedad de treinta o más años, no obstante estar inscrito el dominio en el Registro de la Propiedad.

(22) El Código de 1984 ha mantenido las naves y aeronaves entre los inmuebles (art. 885, inciso 4), lo que carece de toda justificación si se tiene en cuenta que dicho Código, a diferencia del de 1936, contempla la prenda con registro, denominándola «prenda con entrega jurídica».

Según el artículo 1.059 del Código: «Se entiende entregado jurídicamente el bien al acreedor cuando queda en poder del deudor. La entrega jurídica sólo procede respecto de bienes muebles inscritos. En este caso, la prenda sólo surte efecto desde su inscripción en el registro respectivo».

(23) De este modo se zanjó la discusión suscitada durante la vigencia del Código de 1936, acerca de la transferencia de propiedad de los bienes muebles ante la falta de un pronunciamiento explícito sobre el particular.

(24) ELEODORO ROMERO ROMANA, *Los derechos reales*, Editorial P.T.C.M. Lima, 1947, pág. 428.

Ha debido hacerse el mayor esfuerzo para lograr el mejoramiento de ese organismo, de tan capital importancia para la propiedad inmueble. Nuestro registro es de tal manera deficiente que ni siquiera tiene adscritos ingenieros para que constaten la exactitud de las características que se atribuyen al inmueble, existiendo justificadamente el peligro de que se lleven a cabo inscripciones erróneas y aun de propiedades o construcciones que no existen. No creemos que sea acertado cruzarse de brazos, sino —por el contrario— que debe hacerse el mayor esfuerzo para facilitar y mejorar las inscripciones, hasta que pueda establecerse un sistema más avanzado, como es el Torrens».

Los argumentos que sustentaban el régimen, finalmente adoptado por el Código de 1984, que en lo fundamental no diferían de los invocados en su momento por el codificador de 1936, no son, hoy día, obstáculos que no puedan vencerse.

d) LA TRANSFERENCIA DE LA PROPIEDAD DE LOS BIENES INMUEBLES
EN EL CÓDIGO CIVIL DE 1984

De conformidad con el artículo 949 del Código Civil de 1984, «la sola obligación de enajenar un inmueble determinado hace al acreedor propietario de él, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario».

Este artículo mejora sustancialmente la redacción del artículo 1.172 del Código Civil de 1936 (25), sustituyendo la expresión genérica «la sola obligación de dar» contenida en él, que podía inducir a error respecto a sus alcances, por la frase «la sola obligación de enajenar».

Las relaciones obligatorias con prestación de dar no tienen por objeto sólo transferir el dominio de un bien, sino también pueden versar acerca de la transferencia de su uso o posesión o de su restitución a su propietario. A pesar de esta circunstancia y del texto del artículo 1.172 citado, éste debía entenderse aplicable únicamente a la transferencia de propiedad de los bienes inmuebles y no regía para cierta clase de contratos, como los de arrendamiento o comodato, por ejemplo, regulados por sus propias normas.

La redacción del artículo 949 circunscribe el ámbito de su aplicación y aclara definitivamente sus alcances. Debe relevarse, además, su actual ubicación en el Libro V, dedicado a los derechos reales (subcapítulo IV —Transmisión de la propiedad— del Título II) y no en el Libro relativo al Derecho de Obligaciones, como ocurría en el Código de 1936.

(25) El artículo 1.172 del Código Civil de 1936 establecía que «la sola obligación de dar una cosa inmueble determinada, hace al acreedor propietario de ella, salvo pacto en contrario».

Del artículo 949 se deriva que la creación de la relación obligatoria, en el caso de los bienes inmuebles, basta para transmitir el dominio. En consecuencia, creada la relación obligatoria como resultado del acuerdo de voluntades entre comprador y vendedor, no solamente habrá surgido un derecho al bien para el acreedor (*ius ad rem*), sino que simultáneamente éste adquirirá la propiedad (*ius in re*). Empero, siempre se hará necesaria la entrega material o ficta para transferirse la posesión del bien, con lo que además quedará ejecutada la prestación de dar de cargo del deudor.

Las excepciones a este principio lo constituirán el pacto en contrario del artículo 949, el pacto de reserva de propiedad regulado por los artículos 1.583 a 1.585 del Código Civil y la «disposición legal diferente» a la que hace mención aquél. A este respecto es preciso puntualizar que la expresión «salvo disposición legal diferente» no puede entenderse referida al caso previsto por el artículo 1.135 del Código Civil (26), sino a supuestos en los que la ley establece modos distintos de adquisición de la propiedad inmobiliaria (27).

El artículo 1.135 del Código Civil regula la hipótesis excepcional de que el deudor se hubiera obligado a entregar un mismo inmueble a diversos acreedores (como consecuencia de cualquier acto jurídico que origine una relación obligatoria con prestación de dar: contratos de donación o de arrendamiento —cuando el supuesto no fuese el previsto por el art. 1.670 del Código—, por ejemplo, y no exclusivamente el de compraventa), y señala las normas de preferencia para la entrega que en ese supuesto operan. La preferencia que se otorga al acreedor de buena fe que hubiese inscrito primero su título, está dada en función de que el hecho de la inscripción califica un mejor derecho oponible al de los acreedores, basado en la diligencia en el actuar, que torna

(26) El artículo 1.135 prescribe lo siguiente: «Cuando el bien es inmueble y concurren diversos acreedores a quienes el mismo deudor se ha obligado a entregarlo, se prefiere al acreedor de buena fe, cuyo título ha sido primeramente inscrito o, en defecto de inscripción, al acreedor cuyo título sea de fecha anterior. Se prefiere, en este último caso, el título que conste de documento de fecha cierta más antigua».

El artículo tiene su antecedente en el artículo 1.174 del Código Civil de 1936 que, a su vez, se inspiró en el artículo 596 del Código Civil argentino.

(27) Como ocurre en el caso de las embarcaciones pesqueras. El artículo 55 del Decreto Ley número 25.977, General de Pesca, de 7 de diciembre de 1992, estableció que «el reglamento establece los requisitos, procedimientos y efectos de las inscripciones».

Dicho Reglamento, aprobado por Decreto Supremo número 01-94-PE, de 14 de enero de 1994, señala en el primer párrafo de su artículo 161 que, «las inscripciones realizadas en el Registro General de Pesquería tienen efecto constitutivo entre las partes y frente a terceros».

En los mismos términos se pronunciaba con anterioridad el artículo 8 del Reglamento del Registro General de Pesquería, aprobado por Decreto Supremo número 007-89-PE, de 11 de mayo de 1989.

ineficaces los otros títulos referidos al mismo bien inmueble (28). El artículo ofrece, por tanto, una solución obligacional al caso del concurso de acreedores y no una de carácter real al de pluralidad de propietarios. En consecuencia, no es exacto, como alguno ha afirmado, que el artículo 1.135 otorgue a la inscripción la calidad de «modo excepcional de adquirir la propiedad inmobiliaria» (29).

Conforme a lo expuesto hasta aquí resulta entonces que no es el solo consenso el que determina la transferencia de la propiedad, sino el hecho de crearse la relación obligatoria como consecuencia de la celebración del contrato, es decir, la circunstancia de producirse su efecto (la obligación).

Por tanto, no se exige la inscripción en el Registro para que la transferencia de propiedad opere. Esta se produce extrarregistralmente.

Hasta la fecha, en el Perú, el Registro no tiene otro significado que servir de aviso para los terceros (30).

IV. LA REFORMA DEL CODIGO CIVIL DE 1984

Cuando en 1984 se promulgó y entró en vigencia el Código Civil, los Registros Públicos eran sin duda distintos a los actuales. El transcurso de los años fue agudizando los defectos, conforme se ha explicado anteriormente, al punto que cuando se dictó la Ley número 26.366, que creó el Sistema Nacional y la Superintendencia Nacional, los Registros Públicos se encontraban considerados entre las instituciones más corruptas e ineficientes del Perú, particularmente debido a la carencia de idoneidad moral y técnica por parte

(28) Se otorga así primacía al principio «*vigilantibus, non dormientibus iura succurrunt*», en oposición al «*nemo plus iuris in alium transferre potest, quam ipse habet*» —Digesto, 50,17, 54—.

(29) Cfr. *Biblioteca para leer el Código Civil*, volumen I. Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial. Primera edición, Lima, 1984, pág. 186.

(30) Además del caso mencionado en la nota 27 anterior, el Registro tiene carácter constitutivo únicamente para la hipoteca, tratándose de inmuebles (art. 1.099, inciso 3, del Código de 1984), y para la prenda con entrega jurídica que se constituye sobre bienes muebles registrados (arts. 1.058, inciso 3, y 1.059 del mismo Código).

De otro lado, la Ley número 27.181, General de Transporte y Tránsito Terrestre, de 7 de octubre de 1999, establece en su artículo 34 —De la transferencia de propiedad, constitución de garantías y actos modificatorios—, numeral 1, que «la transferencia de propiedad y otros actos modificatorios referidos a vehículos automotores se formaliza mediante su inscripción en el Registro de Propiedad Vehicular».

Seguramente la intención del legislador fue consagrar el carácter constitutivo del Registro para los casos previstos en la norma. Lamentablemente, la frase «se formaliza» que emplea el artículo 34.1 citado, no contribuye precisamente a persuadir de ese propósito. Todo lo contrario.

de un número considerable de sus servidores, a la falta de una apropiada organización administrativa y a la ausencia de una infraestructura adecuada, requisitos básicos que caracterizan a un óptimo sistema registral.

Transcurridos casi dieciséis años de la vigencia del Código Civil de 1984, la situación de los Registros Públicos es muy distinta, habiéndose emprendido el camino de la modernización, orientada a la búsqueda de la excelencia profesional del personal, a la óptima atención del usuario de los servicios registrales y a la utilización de sistemas automatizados en todos los niveles de la actividad registral, con el propósito de contar con un sistema registral eficiente y moderno.

La desconfianza que inspiraban los Registros Públicos al tiempo de redactarse el Código Civil de 1984, explica que en materia de propiedad inmobiliaria no se consagrara el carácter constitutivo del Registro de manera general.

De nada habían servido en 1984 casi cincuenta años de vigencia del Código de 1936 y casi cien de la implantación del Registro de la Propiedad Inmueble en el Perú. No obstante, el tiempo transcurrido, por lo visto podían seguirse repitiendo los conceptos de MANUEL AUGUSTO OLAECHEA, quien manifestó lo siguiente en la exposición de motivos del Proyecto de Libro V del Código Civil de 1936: «La Comisión reconoce la inferioridad de nuestro sistema, cuyos defectos se pueden sintetizar diciendo que constituye una propiedad relativa al lado de la propiedad absoluta. La inscripción no asume más valor que un simple aviso que protege a los terceros que no han intervenido en el acto, pero no lleva en sí misma una verdadera sustantividad. No se concibe la vida de un sistema consolidado sobre la base de la inscripción, sin registro, sin títulos idóneos, que no existen en todas las regiones, sin notarios, sin abogados, sin clima propicio, para imponer el requisito de la inscripción con carácter de ineluctable obligatoriedad. La institución del registro fue implantada en el Perú hace casi medio siglo. No obstante los esfuerzos realizados, es lo cierto que no ha podido arraigarse en todo el país y que adolece de vacíos e imperfecciones que son insuperables a la acción de la voluntad. El registro existente, decía OLAECHEA en 1936, tiene el gravísimo defecto de ser personal. Su transformación requeriría, como condición insustituible, el catastro. Por eso, es imperativo prescindir del sistema germánico que ha organizado el dominio y los derechos reales sobre las bases de la publicidad y de la especialidad...» (31).

Mediante la Ley número 26.394, de 18 de noviembre de 1994, se constituyó una Comisión encargada de elaborar un anteproyecto de ley de reforma del Código Civil. Dicha ley estableció que la Comisión estaría integrada por

(31) Exposición de Motivos del Libro Quinto del Proyecto de Código Civil. Gil, S.A., editores. Lima, s.f., págs. 17 y 18.

cuatro representantes del Poder Legislativo designados por la Comisión de Constitución y Reglamento, uno de los cuales la presidirá, y por tres representantes del Poder Ejecutivo designados por el Ministerio de Justicia.

Posteriormente, la Ley número 26.673, de 21 de octubre de 1996, modificó la integración de la Comisión, elevándose a cinco el número de representantes del Poder Legislativo y a ocho el de los representantes del Poder Ejecutivo (32).

El inicio del proceso de reforma del Código Civil de 1984 encuentra a los Registros Públicos en una posición privilegiada para asumir nuevas responsabilidades y grandes retos.

Las primeras reflexiones en el seno de la Comisión Reformadora, actualmente en funciones, a propósito del remozamiento del Libro dedicado a los Registros Públicos en el Código Civil, apuntaban inicialmente a la supresión del libro. Se estimó que la materia debía ser objeto de regulación completa en una ley general de los Registros Públicos, que comprendiera a la integridad de registros conformantes del Sistema Nacional de los Registros Públicos creado por la Ley número 26.366.

Sin embargo, una evaluación posterior concluyó en la utilidad de mantener el Libro, pero dotándolo de un contenido diferente, en el que se regularían los distintos principios registrales aplicables a cada uno de los diversos registros. Es en este sentido que ha sido elaborado un proyecto que será sometido a la aprobación de la Comisión Reformadora del Código Civil.

Conviene llamar la atención acerca del hecho de que el texto, actualmente vigente, del Libro IX del Código Civil regula sólo los Registros Públicos que tienen que ver con materias contempladas en el Código Civil. Ello explica, por ejemplo, que no se consideren reglas a propósito del Registro Mercantil. Esta situación debe cambiar, de tal modo que las disposiciones del Libro comprendan a la integridad de registros que componen actualmente el Sistema Nacional de los Registros Públicos.

Corresponde destacar ahora algunas de las reformas aprobadas o que se encuentran en estudio y que corresponden a las cuestiones objeto de esta exposición.

La primera de ellas es la relativa a la clasificación de los bienes. Como se explicó antes, el Código Civil vigente distingue los bienes en muebles e inmuebles, partiendo tal distinción de un criterio que no toma en considera-

(32) Por Resolución Ministerial número 253-96-JUS, de 25 de octubre de 1996, se designó como representantes del Poder Ejecutivo a los doctores Max Arias Schreiber Pezet, Manuel de la Puente y Lavalle, Fernando de Trazegnies Granda, Carlos Fernández Sessarego, Augusto Ferrero Costa, Guillermo Lohmann Luca de Tena, Fernando Vidal Ramírez y al autor de estas líneas. Posteriormente, por renuncia del doctor Max Arias Schreiber Pezet, fue designado el doctor Guillermo Velaochaga Miranda.

ción precisamente su movilidad o no. De allí que las naves y aeronaves sean consideradas inmuebles, no obstante la evidencia de poder ser trasladados de un lugar a otro, a diferencia de un predio.

A este respecto, la Comisión Reformadora, sobre la base de la propuesta de la Subcomisión de Derechos Reales, ha decidido distinguir los bienes, en primer lugar, en corporales e incorporeales. Los bienes corporales se diferencian, a su vez, en muebles e inmuebles, fungibles, no fungibles, consumibles y no consumibles. Los bienes muebles son aquellos susceptibles de ser movilizables de un lugar a otro. Los inmuebles son los predios, incluidos sus partes integrantes y accesorios. Las demás categorías de bienes mencionadas no son objeto de definición.

Adicionalmente, se contempla también que los bienes pueden ser registrados o no registrados. Son registrados los bienes incorporados a algún Registro de carácter jurídico (33). De este modo, al hacerse referencia a los Registros Jurídicos, sin distinción alguna, en la norma quedan comprendidos tanto los

(33) Más propiamente correspondería referirse a los comúnmente denominados Registros Jurídicos, como Registros de Seguridad Jurídica, de publicidad o de eficacia sustantiva, en oposición a los Registros de Información Administrativa, calificado usualmente como Registros Administrativos.

Sobre las diferencias entre ambos, puede consultarse el texto de MANUEL AMORÓS GUARDIOLA, titulado *La teoría de la publicidad registral y su evolución* (Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1998, págs. 165 a 170), donde resume las reflexiones de ANTONIO PAU PEDRÓN acerca de la cuestión contenida en su obra *Curso de Práctica Registral* (Publicaciones de la Universidad de Comillas, Madrid, 1995, págs. 21 a 27). Corresponde a PAU la acuñación de la denominación «Registros de Seguridad Jurídica», en oposición a los «Registros de Información Administrativa», así como su desarrollo conceptual.

Refiriéndose a los Registros de Publicidad o Eficacia Sustantiva, AMORÓS GUARDIOLA (*op. cit.*, pág. 31) señala que «están abiertos al público en general, crean oponibilidad y eficacia frente a terceros, afectan sustancialmente a los efectos de la relación publicada y tienen por finalidad, o bien garantizar la seguridad del tráfico jurídico (Registros de Bienes) o servir de prueba privilegiada o título de legitimación respecto a los datos personales inscritos (Registros de Personas)».

A propósito de los Registros de Información Administrativa, agrega que «aunque pueden ser consultados por el público, no producen oponibilidad ni afectan materialmente a los datos publicados y su fin primario es proporcionar información a la Administración, aunque también a veces pueden ser destinatarios de esa información los particulares».

Finalmente indica que, «dentro de los Registros de Publicidad podemos distinguir: a) Registros de Personas (el Registro Civil, por ejemplo); Registros de Personas y Bienes (Registro Mercantil); Registros de Bienes: inmuebles (Registro de la Propiedad), muebles (Registro de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento, Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles) e inmateriales (Registro de Propiedad Intelectual)».

AMORÓS GUARDIOLA deja constancia de que el Registro Mercantil es un Registro de Personas y Bienes «en su actual organización, en que se inscriben empresarios individuales y sociales junto con buques y aeronaves. Cuando se dé cumplimiento a lo establecido en la Disposición Final segunda de la Ley 19/1989, de 25 de julio, y se cree el Registro de la Propiedad Mobiliaria, pasará a ser un Registro de Personas».

Registros Públicos como los Privados, de donde resultará, por ejemplo, que serán bienes registrados las acciones de una sociedad anónima inscritas en la matrícula correspondiente con arreglo a la ley de la materia.

Los bienes no registrados, es decir, aquellos que no se encuentran incorporados a algún registro, se distinguen a su vez en registrables y no registrables. Serán registrables los bienes susceptibles de ser incorporados a un registro existente por contar con elementos que permiten su individualización. Los no registrables excluyen la posibilidad de acceso al registro por no ser individualizables.

De este modo se otorga a los bienes incorporados en los registros una importancia especial, en la medida en que se reconoce la trascendencia del hecho de encontrarse inscritos y resultar oponibles a terceros los derechos referidos a los mismos debidamente registrados. Este aspecto se aprecia con mayor intensidad si se considera la propuesta de modificación acerca del tema de la transferencia de la propiedad.

Conforme se expresó precedentemente, el texto vigente del Código Civil establece que los bienes muebles se transmiten por la tradición (art. 948) y los bienes inmuebles mediante la creación de la relación obligatoria que constituye efecto del contrato correspondiente (art. 949). El sistema, particularmente en materia de bienes inmuebles, no ofrece seguridad alguna. El comprador del bien inmueble, con arreglo al artículo 949, es efectivamente propietario, pero no plenamente en la medida en que su derecho no puede oponerle a los terceros. Se habla, en este sentido, de la existencia de una propiedad relativa frente a una absoluta, que sería aquélla que cuenta a plenitud con la protección *erga omnes* debido al hecho de haber quedado inscrita.

Ese planteamiento da lugar a que se suscite una cuestión como la de la concurrencia de acreedores sobre un mismo bien mueble o inmueble y que tenga que establecerse un criterio de preferencia para favorecer al acreedor que actuó con mayor diligencia a fin de asegurar la firmeza de su derecho.

A este respecto, en el proyecto de reforma se ha establecido que la constitución, modificación o extinción de derechos reales sobre bienes registrados se produce con la inscripción en el registro respectivo, salvo disposición legal diferente. Se agrega que, tratándose de bienes no registrados, la constitución de derechos reales se produce con la tradición, salvo disposición legal diferente (34).

(34) Con fecha 17 de mayo de 2000, el Congreso de la República aprobó un proyecto de ley que, entre otros aspectos, incluía la incorporación del artículo 883 al Código Civil con el siguiente texto:

«Los bienes pueden ser registrados y no registrados. Son bienes registrados los incorporados a algún Registro de carácter jurídico.

Establecidas las cosas de esta manera, tratándose de los bienes registrados, será el Registro el que definirá toda cuestión que pueda suscitarse, de modo que en la eventualidad de que alguien celebre sucesivamente diversos actos de disposición sobre un mismo bien registrado, tendrá trascendencia sólo el acto que hubiera quedado inscrito, dado el carácter constitutivo de la inscripción. Antes del registro no habrá nada. Esto explica, por ejemplo, que deberá suprimirse la regla del artículo 1.135 del Código Civil (35) sobre la concurrencia de acreedores respecto de un mismo bien inmueble y deberá modificarse la regla del artículo 1.136 (36) para hacerla de aplicación a los bienes no registrados en general, sustituyendo la referencia a los bienes muebles contenida en él.

La preponderancia que adquiere el Registro en la propuesta de reforma se ve reflejada también en el ámbito de las presunciones legales vinculadas a la posesión. Así, después de reiterarse el concepto de que se presume la buena fe del poseedor, salvo prueba en contrario, se establece que tal presunción no puede oponerse a la persona con derecho inscrito, circunstancia esta no establecida en el Código vigente.

A lo indicado se añade una regla según la cual se presume poseedor al propietario con derecho inscrito (37).

La constitución, modificación o extinción de derechos reales sobre bienes registrados se produce con la inscripción en el registro respectivo, salvo lo dispuesto en los artículos 660, 900 y 950.

Tratándose de bienes no registrados, la constitución de derechos reales se produce con la tradición».

El proyecto de ley derogaba los artículos 947 y 949 del Código Civil, referidos a la transferencia de propiedad de los bienes mueble e inmuebles, respectivamente, y precisaba que entraba en vigencia el 2 de enero del año 2002.

El referido proyecto fue observado por el Presidente de la República. Devuelto el proyecto al Congreso, se aprobó un nuevo texto con modificaciones que fue nuevamente observado.

(35) Vid. *supra* nota 26.

(36) El texto vigente del artículo 1.136 señala lo siguiente:

«Si el bien cierto que debe entregarse es mueble y lo reclamasen diversos acreedores a quienes el mismo deudor se hubiese obligado a entregarlo, será preferido el acreedor de buena fe a quien el deudor hizo tradición de él, aunque su título sea de fecha posterior. Si el deudor no hizo tradición del bien, será preferido el acreedor cuyo título sea de fecha anterior, prevaleciendo, en este último caso, el título que conste de documento de fecha cierta más antigua».

El artículo tiene su antecedente en el artículo 1.173 del Código Civil de 1936, que a su vez se inspiró en el artículo 593 del Código Civil argentino.

(37) Explica a este respecto JORGE AVENDAÑO VALDEZ («Algunas reformas del Libro de Reales del Código Civil», en *El Código Civil del siglo XXI*, Tomo I. Ediciones Jurídicas. Lima, 2000, págs. 616 y 617) que «actualmente existe en el Código una presunción al revés: al poseedor se le presume propietario, salvo, desde luego, prueba en contrario. Es la presunción de propiedad que la gran mayoría de Códigos Civiles del mundo acoge.

Un aspecto que merece especial atención es el relativo a la organización de las garantías reales a partir de las clasificaciones de bienes mencionadas anteriormente.

Hoy día, en el ámbito del Código Civil, conforme se ha expresado anteriormente, para los bienes muebles registrados opera la prenda denominada con entrega jurídica, la misma que requiere de la inscripción en el registro correspondiente.

Para los bienes muebles no registrados procede la constitución de la prenda con entrega física, lo que supone la desposesión del bien de manos de su propietario. Finalmente, para los inmuebles corresponde la hipoteca.

Con la nueva clasificación que distingue los bienes en registrados y no registrados, se hace indispensable la reformulación de este asunto. Tratándose de los bienes registrados, sean estos muebles o inmuebles, operará la hipoteca. En cambio, tratándose de los bienes no registrados, muebles o inmuebles, procederá la prenda con entrega física.

Se dirá que tal garantía, esto es, la prenda con desplazamiento, resultará inconveniente para el deudor que debe despojarse del bien registrable de su propiedad, un inmueble no inscrito, por ejemplo. Tal vez. Pero para evitarlo, ese deudor tiene en sus manos la posibilidad de incorporarlo al registro correspondiente. Si como resulta evidente hay actualmente un número importante de inmuebles a lo largo de todo el país que no se encuentra registrado, una solución legislativa de esa clase constituiría en el fondo un mecanismo que alentaría la inscripción de inmuebles, generalizándose progresivamente el sistema.

A mi juicio, todas estas soluciones supondrán un medio para vigorizar el importante papel que cumplen los Registros Públicos en la sociedad.

Los cambios legislativos se justifican sólo cuando son necesarios. Los que he descrito tienen, en mi opinión, ese carácter. No puede olvidarse que el Derecho es vida en permanente y constante fluir, por lo que resulta sencillo comprender la necesidad de actualizar —poner al día— la legislación para

Pero en el proyecto, sin descartar la presunción de propiedad, se presume que el propietario con derecho inscrito es poseedor. ¿Cuál es la razón de ser de esta presunción?

La prescripción adquisitiva no funciona usualmente como un modo de adquirir la propiedad de los bienes inmuebles. Lo frecuente es que a ella se recurra como medio de prueba de la propiedad. Si no hubiese prescripción adquisitiva, el propietario se enfrentaría a la llamada “prueba diabólica” del Derecho Romano y le sería imposible probar su derecho. Pero en razón de la existencia de la prescripción adquisitiva, recurre a ésta para probar posesión durante el plazo exigido. Para esto acredita transferencias válidas y suma los plazos posesorios de sus antecesores.

Pero para que la prescripción funcione contundente e inobjetablemente como medio de prueba, es necesario que el propietario pruebe la posesión suya y la de quienes lo antecedieron. Esta prueba es frecuentemente muy difícil. Por esto se incluye la presunción, con lo cual el propietario queda eximido de la prueba de su posesión. Se simplifica así la prueba de la propiedad».

mantenerla a compás del tiempo, teniendo en cuenta, como presupuesto, las exigencias que impone el orden social.

A este respecto, ha expresado acertadamente el ilustre jurista español don RAMÓN SERRANO SUÑER que «el Derecho, que es rémora detestable y odiosa cuando como reloj parado marca una hora inamovible en su esfera, es la garantía insustituible de los valores personales cuando marcha a compás del tiempo y cuando sirve para abrir cauce a la concepción del mundo y de la vida que tiene la generación que ha de cumplirlo» (38).

Sin duda, la reforma de la legislación debe descartar por completo como idea inspiradora el mero afán de malabarismo técnico. Si así sucediera, se correría el serio riesgo de que la norma terminara siendo letra muerta debido a su nula correspondencia con la realidad a la que pretende ser aplicada.

Por ello, la prudencia debe presidir necesariamente la labor de reforma. No obstante, sobre este particular, considero que debe tenerse muy presente la observación de LUIS DíEZ PICAZO cuando señala que «se degrada la idea de “prudencia” cuando se la quiere hacer sinónima de cautela, de precaución o de ritmo despacioso. La prudencia verdadera, la “sofrosiné” clásica es una virtud humana que consiste en una consciente utilización de los medios más convenientes y ajustados para la consecución de un fin. Pues bien, es claro que cuando lo exijan así las condiciones, lo prudente puede ser la audacia o la anticipación. Con un símil automovilístico, en muchos casos lo prudente no es frenar, sino acelerar» (39).

V. NECESIDAD DE LA IMPLANTACION DEL CATASTRO EN EL PERU

Los registros personales suponen que los actos de constitución, modificación, regulación o extinción de derechos reales se asienten tomando en consideración el nombre del propietario, de modo que en una misma partida registral estén inscritos los distintos inmuebles de los cuales es titular una misma persona.

Este sistema tiene gravísimos inconvenientes, puesto que si se desconoce el nombre del titular, se ignorará la ubicación del inmueble. De otro lado, los registros no se encontrarán en aptitud de brindar una información completa sobre todos los derechos reales, cargas o medidas judiciales que recaigan sobre el bien. Por tanto, es más sencillo que el derecho de los terceros pueda verse perjudicado.

(38) RAMÓN SERRANO SUÑER, *Siete discursos*, Ediciones FE, Bilbao, 1938, pág. 115.

(39) LUIS DíEZ PICAZO, *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*, Editorial Ariel, S.A. Barcelona, 1983, pág. 304.

Los registros reales, en cambio, tienen como sustento el catastro, es decir, el censo de todos los inmuebles de un país.

El catastro comprende muy diversas operaciones. Así, las geométricas, por las cuales es posible establecer la ubicación, medidas y superficie del inmueble. Las económicas, que permiten conocer las formas en que puede ser aprovechado y explotado. Las financieras, para calcular los tributos sobre el valor de la propiedad predial. Las jurídicas, que permiten conocer con toda certeza el estado de los derechos reales sobre un bien (40).

En los registros reales aparece inscrito en los libros correspondientes el estado efectivo y la ubicación de los predios, con todos los derechos reales, cargas y gravámenes que pesan sobre ellas, destinándose una partida registral independiente para cada inmueble, en la que constarán los diversos asientos relativos al mismo.

Como lo recuerda VALIENTE NOAILLES (41), este procedimiento tiene ventajas sobre el registro personal, habiendo sido definido el registro real como la matriculación de cada parcela de terreno en los libros con arreglo del catastro, de suerte que todas las búsquedas relativas al estado jurídico de la propiedad tengan como punto de partida el inmueble mismo.

No existe duda de que la única forma de lograr un sistema de publicidad satisfactorio será a través de los registros reales.

El sistema registral peruano se sustenta en diversos principios, entre los cuales hay que destacar el de la especialidad, consagrado por el artículo 13 del Reglamento de las Inscripciones (42). Por el principio de la especialidad, llamado también del «folio real», el estado jurídico-dominial de la unidad inmobiliaria, denominada finca, se concentra en un solo instrumento (partida registral). En ese folio especial que se dedica a cada inmueble, deben constar todos los derechos reales constituidos sobre él y las variaciones que sufra en el tiempo. Este sistema otorga mayor certeza y seguridad a las inscripciones e información, que el Registro se encuentra obligado a suministrar. Pero la aplicación del sistema del folio real no es suficiente (43).

(40) LUIS M. VALIENTE NOAILLES (H.), *Derechos reales*, Roque Depalma editor, Buenos Aires, 1958, pág. 529.

(41) *Op. cit.*, pág. 528.

(42) «Artículo 13. En el libro denominado *Registro de Propiedad* se harán los asientos de todos los títulos relativos a las fincas situadas dentro del respectivo distrito, en el primer asiento la historia de dominio o posesión; y en asientos por separado, unos a continuación de otros, se inscribirán las transferencias, hipotecas y demás derechos inscribibles. El primer asiento debe ser la inscripción del dominio o de posesión del inmueble».

(43) Conviene advertir que en el Registro de Propiedad Vehicular igualmente se aplica el sistema del folio real.

Se ha expresado con razón (44) que «para que las constancias del folio real representen una seguridad de la efectividad de los derechos que reflejan, se requiere, desde luego, que ninguna mutación opere sin que se controle que quien transfiere una propiedad, constituye un gravamen o realiza un acto similar, procede en virtud de un título jurídico suficiente, como también que en el respectivo acto jurídico se han observado las formas legales (45). Pero además se requiere, que el inmueble objeto del derecho reflejado en el folio haya sido precisamente identificado y ubicado. La primera función de control de los antecedentes jurídicos del título y de las formas del acto de mutación, la cumple el propio registro inmobiliario. La segunda función es ajena al Registro Inmobiliario y debe ser cumplida por el catastro territorial».

Por ello, es preciso llevar adelante la ejecución del catastro en todo el territorio del país, particularmente en sus dos aspectos esenciales, el físico y el jurídico. De este modo se logrará determinar la correcta ubicación de los inmuebles, fijar sus dimensiones lineales y superficiales, su naturaleza, nomenclatura y otras características y, además, sanear definitivamente los correspondientes títulos de propiedad (46).

La realización del catastro ya no tropieza con las dificultades de antaño. Los avanzados elementos técnicos y científicos disponibles en el momento actual lo hacen posible.

No se entienda por esto, sin embargo, que el catastro es un mecanismo de desenvolvimiento relativamente reciente. Muy por el contrario. Su origen se

En el Proyecto de reforma del Libro IX del Código Civil de 1984, se establece lo siguiente: «Artículo 2.019. FOLIO REAL. ESPECIALIDAD. ACTOS INSCRIBIBLES. Los registros de bienes se rigen por el sistema de folio real. Por cada bien se abrirá una partida registral, en donde se individualizará perfectamente, indicándose sus características y posteriores modificaciones. Asimismo, se inscribirá la primera de dominio, conforme señala el artículo 2.018, así como los derechos reales que con posterioridad modifiquen la situación jurídica real del bien. (...)».

(44) «Mensaje ministerial de elevación del Proyecto de ley por el cual se establecen las normas a las que deberá ajustarse el funcionamiento de los catastros territoriales (Argentina)», en *Código Civil de la República Argentina*, Víctor P. de Zavallá, editor, Buenos Aires, 1977, págs. 1125 y 1126. El proyecto se convirtió en la Ley número 20.440 (BO 5-6-73). La Ley número 22.287 (BO 25-9-80) suspendió la vigencia de los artículos 5 a 57, inclusive, de la Ley número 20.440.

(45) Esto supone la aplicación del principio de legalidad que el sistema registral peruano tiene consagrado en los artículos 2.011 del Código Civil y IV del Título Preliminar del Reglamento de los Registros Públicos.

(46) En la actualidad, en el Perú, el Registro Predial, que tiene jurisdicción sobre los predios correspondientes a pueblos jóvenes, urbanizaciones populares y predios rurales, cuenta con un sistema que combina los aspectos propiamente registrales con una base geográfica (catastro). Lo deseable es que un sistema de esas características se extienda a todo el universo inmobiliario del país.

encuentra en Egipto (47), habiéndose aplicado en Babilonia, Asiria, Grecia y Roma (48).

Ahora bien, para obtener resultados óptimos, es preciso lograr una correlación simultánea y armónica entre el Registro Inmobiliario y el Catastro Territorial, máxime si aquél se sustenta en el sistema del folio real.

El catastro debe, pues, convertirse en el soporte fundamental de los registros. «Cumpliendo funciones distintas, los Registros Inmobiliarios y los Catastros Territoriales se complementan recíprocamente. Los catastros complementan los registros proporcionándoles la constancia de la existencia real y estado de posesión de los inmuebles que son objeto de los actos jurídicos; los registros complementan los catastros informándoles de los derechos reales que puedan llegar a invocarse sobre las cosas inmuebles cuya existencia surge de las mensuras inscriptas» (49).

En opinión de PARDO MÁRQUEZ (50), «los positivos beneficios que representa el catastro, la función importante en el orden de los derechos privados, se advierte cuando se le considera como un medio eficaz para completar la inscripción en el Registro de la Propiedad Inmueble. Sin catastro, el Registro es imperfecto porque no asegura la realidad física del inmueble. Sólo se refiere a que se ha inscrito una finca con determinada extensión superficial dentro de los linderos que se indican. La minuciosa

(47) Cfr. LUIS FERNÁNDEZ DEL POZO, *La propiedad inmueble y el Registro de la Propiedad en las sociedades antiguas. El Egipto faraónico*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1993.

(48) A propósito de la etimología de la palabra catastro, señala PARDO MÁRQUEZ lo siguiente (*op. cit.*, pág. 142, nota a pie de página): «del latín *catastrum*; en el bajo latín se acepta la procedencia de *capistratum* (capitas, cabida, capacidad); en el griego, *katastizo*, distinción por puntos, o *katastasis*; en el francés antiguo se dijo *capdastre*; en el francés moderno, *cadastre*; en catalán, *catastro*».

(49) Mensaje citado en nota 44 (*loc. cit.*, pág. 1126).

A decir de HERNÁNDEZ CRESPO (*loc. cit.*, pág. XXXI), «debidamente coordinado con un catastro fiable (el Registro) se perfeccionaría en un doble sentido:

De una parte porque permitiría que la protección registral, además de surtir todos los efectos de la publicidad material en el ámbito del Derecho privado, estos efectos y los derivados de la publicidad noticia también pudieran ser utilizados por las diferentes Administraciones Públicas de una forma más rápida y general que actualmente. En efecto, en el desarrollo técnico del Registro tiene tanta importancia su eficacia autenticadora como la masa de información que suministra y que debe ser conocida y utilizada, cuando ello fuere necesario, en la actuación pública.

De otra parte porque la coordinación con un buen catastro facilitaría la inmatriculación, restringiría las cuestiones sobre linderos o superficie, sin eliminarlas totalmente, puesto que la decisión definitiva sobre esas cuestiones está reservada a los Tribunales, y, efectivamente, evitaría algunos casos, raros, pero no por ello menos graves, de doble inmatriculación por descuido o, lo que es peor, como consecuencia de una actuación dolosa que puede inhabilitar la protección registral al auténtico titular».

(50) *Op. cit.*, pág. 146.

descripción de las parcelas de tierras inscritas en el Registro, comprobadas en su existencia por el catastro, asegura el dominio sobre el bien por la identificación entre el asiento y el título, produciendo la transformación del título literal en el título real».

Ciertamente son muchas las ventajas de un catastro, pero aparte de las jurídicas, tributarias, etc., y debido a la información recogida sobre la riqueza inmobiliaria y su distribución, el catastro puede convertirse en un instrumento decisivo de planeamiento social y económico.

Desde el punto de vista jurídico, sus virtudes son varias:

- Constituiría el sustento ideal del sistema registral inmobiliario.
- Impediría la especulación sobre inmuebles inexistentes. Los fraudes vinculados con esta situación no son precisamente poco usuales. El sistema registral vigente permite que se inventen fincas que no tienen existencia en la realidad.
- Evitaría o, en todo caso, reduciría al mínimo, los problemas tan frecuentes de superposición de propiedades, pues podría conocerse con exactitud los linderos y medidas perimétricas de los predios.
- Evitaría, igualmente, la doble inscripción de un mismo inmueble en el Registro.
- Suprimiría la posibilidad de que se construya en terreno ajeno de buena fe, por falta de conocimiento de la correcta ubicación de los inmuebles.
- Debido a su actualización permanente, dificultaría la edificación clandestina de construcciones por usurpadores.
- Permitiría la identificación de las tierras abandonadas.
- Promovería, en fin, las operaciones inmobiliarias, que aumentarían su volumen al basarse en un régimen que asegura la realidad de los inmuebles.

El catastro deberá establecerse con los siguientes propósitos principales:

- Determinar la correcta ubicación, límites, dimensiones, superficie y linderos de los inmuebles, con referencia a los títulos jurídicos invocados o a la posesión ejercida.
- Definir el estado parcelario de los inmuebles y regular su desarrollo.
- Conocer la riqueza territorial y su distribución.
- Elaborar datos económicos y estadísticos de base para la legislación tributaria y la acción de planeamiento de los poderes públicos (51).

(51) Artículo 1 de la Ley argentina número 20.440.

Para el efecto será necesario imponer como unidad catastral básica a la parcela.

La parcela es definida como «la cosa inmueble de extensión territorial continua, deslindada por un polígono de límites, perteneciente a un propietario o a varios en condominio, o poseída por una persona o por varias en común, cuya existencia y elementos esenciales consten en el documento cartográfico de un acto de levantamiento territorial inscripto en el organismo catastral» (52).

El estado parcelario del inmueble será determinado mediante el levantamiento territorial (mensura). Deberá, pues, fijarse la ubicación del inmueble y sus linderos; su situación jurídica y sus medidas lineales, angulares y de superficie.

La puesta en práctica del catastro debe ser inmediata, pero es imprescindible que vaya acompañada de un fortalecimiento del Registro Inmobiliario. A ello puede contribuir el hecho de establecerse la inscripción como requisito constitutivo de todos los derechos reales que se establezcan sobre la propiedad inmueble inscrita.

Como explicaba el profesor OLIVEIRA en el seno de la Comisión Reformadora del Código Civil de 1852, «el sistema de la inscripción armoniza con el concepto moderno del derecho de propiedad. Cuando se mira este derecho como una relación meramente privada, se puede concebir que se transmita por efecto de la mera voluntad; pero cuando se le considera como una función social, como una relación pública que interesa a todos, entonces se comprende la necesidad de que en su nacimiento, en su transmisión y en su extinción intervenga el Estado, en su carácter de representante de la colectividad, a fin de prestarle las condiciones necesarias para el cumplimiento de su fin (53).

CARLOS CÁRDENAS QUIRÓS
Catedrático de Derecho Civil
Pontificia Universidad Católica de Perú
Universidad de Lima

(52) Artículo 5 de la Ley argentina número 20.440.

(53) Actas (vid. *supra* nota 20), págs. 31 y 32.

El control registral de las condiciones generales de los contratos

SUMARIO: I. IDEAS PREVIAS.—II. EL CONTROL ABSTRACTO A TRAVÉS DEL REGISTRO DE CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN: 1. EL REGISTRO DE CONDICIONES GENERALES DE LOS CONTRATOS. 2. ÁMBITO DE LA PUBLICIDAD FORMAL DEL REGISTRO DE CONDICIONES GENERALES DE LOS CONTRATOS.—III. EL CONTROL CONCRETO DE CONTRATOS CON CONDICIONES GENERALES POR EL REGISTRADOR QUE HAYA DE INSCRIBIR DERECHOS DERIVADOS DE ESTOS TÍTULOS: 1.º LA OBLIGACIÓN DE INFORMACIÓN QUE RECAE SOBRE EL REGISTRADOR. 2.º LA FACULTAD DEL REGISTRADOR DE DENEGAR LA INSCRIPCIÓN DE LAS CLÁUSULAS NULAS INSERTAS EN CONTRATOS DE CONDICIONES GENERALES: a) *El marco normativo vigente*; b) *Interpretaciones doctrinales*; c) *La doctrina de la DGRN*; d) *Conclusión y consecuencias*. 3.º LA OBLIGACIÓN DEL REGISTRADOR DE FACILITAR LA PUBLICIDAD DIRECTA (PUBLICIDAD FORMAL O INFORMACIÓN REGISTRAL); LA LIBERTAD DE COMUNICACIÓN DEL USUARIO CON EL REGISTRADOR.

I. IDEAS PREVIAS

Con la finalidad de dotar de plena eficacia al principio de autonomía privada en el ámbito de las relaciones contractuales establecidas utilizando condiciones generales de la contratación, en los Ordenamientos Jurídicos continentales se han diseñado mecanismos de control de éstas de los que se derivan límites formales y materiales de la autonomía preceptiva de que gozaría, en su defecto, el predisponente. Estos mecanismos de control actúan tanto en el caso de que las cláusulas predisuestas se hayan incorporado a concretos contratos —por ello se habla de un control concreto—, como si simplemente se han elaborado por el predisponente con la intención de incorporarlas en los contratos que celebre en su tráfico jurídico habitual, con independencia de su efectiva incorporación a concretos contratos —control

abstracto o general-preventivo— (1). A su vez, el control concreto, cuya realización se encomienda fundamentalmente a los órganos jurisdiccionales, pero también, por las razones que se expondrán a los Registradores de la Propiedad que hayan de inscribir derechos surgidos de títulos que se derivan de contratos de condiciones generales, presenta dos vertientes diversas: el control de incorporación —cuyo fin es el determinar si las condiciones generales han quedado incorporadas al sustrato contractual vinculante para las partes, garantizando el acceso del adherente al contenido del contrato y que éste le resulte comprensible— y el control de contenido —su finalidad es la de evitar la utilización de cláusulas de contenido abusivo para el adherente, de manera que la autorregulación contractual sea susceptible de ser tutelada por el Ordenamiento Jurídico—. El control abstracto se articula fundamentalmente a través de dos instrumentos diseñados en la *Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación* (en adelante, LCGC): las acciones colectivas contempladas en sus artículos 1 y siguientes (ténganse en cuenta las modificaciones producidas como consecuencia de la entrada en vigor de la LEC 1/2000 —DA 6.^a—) y el control registral mediante la creación de un registro público de condiciones generales de la contratación prevista en el artículo 11 de la LCGC y que, en buena medida, constituye un instrumento de utilidad para los sujetos legitimados activamente para ejercitar aquellas acciones en cuanto facilita el conocimiento efectivo de los clausulados de condiciones generales que se utilizan por los distintos profesionales que operan en el tráfico comercial utilizando esta técnica de contratación.

En consecuencia, la LCGC atribuye al Registrador funciones de control, tanto abstracto como concreto, de las condiciones generales. Por ello, la exposición de las interrelaciones entre el Registro y los contratos de condiciones generales exige una nítida separación de dos planos diversos: Por un lado, el Registro de Condiciones Generales de la Contratación (en adelante, RCGC) previsto en el artículo 11 de la LCGC; y, por otro, el control del acceso al Registro de la Propiedad de derechos plasmados en títulos consistentes en contratos celebrados con condiciones generales de la contratación. Es esta la idea fundamental que se pretende poner de manifiesto en este estudio, así como perfilar el ámbito y los límites de estas facultades del Registrador, cuya amplitud, tanto en un caso como en el otro, no es pacífica en la doctrina —ni entre los autores de formación civilista o mercantilista

(1) Sobre el concepto de control abstracto, vid., entre otros, BUSTO LAGO, J. M., «El control abstracto de las condiciones generales de los contratos», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 360, 8 de octubre de 1998; PORTELLANO DÍEZ, P., «Las acciones del control abstracto de condiciones generales», en *RDM*, núm. 236, abril-junio de 2000, págs. 437 y sigs.

procedentes del ámbito universitario, ni entre los propios Registradores que se han preocupado de verter por escrito su parecer— que hasta la fecha se ha pronunciado sobre ambas cuestiones.

II. EL CONTROL REGISTRAL ABSTRACTO A TRAVES DEL REGISTRO DE CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACION

1. EL REGISTRO DE LAS CONDICIONES GENERALES DE LOS CONTRATOS

Entre los instrumentos o medios que propenden al logro del control abstracto de las condiciones generales de la contratación, el legislador español ha previsto uno de carácter registral creado *ad hoc*: el Registro de las Condiciones Generales de la Contratación previsto en el artículo 11 de la LCGC, que integra el contenido exclusivo de su Capítulo III. La DA 1.^a de la LCGC, que es en la que se transpone materialmente la *Directiva 93/13 del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores*, modifica los artículos 2.1.b), 10, 23, 34 de la LGDCU, añadiéndole una DA en la que se contiene una *lista negra* de 29 cláusulas que se consideran, en todo caso, abusivas. También aquí aparecen algunos aspectos registrales. En la DA 2.^a de la LCGC se modifican tres preceptos de la LH, los artículos 222, 253 y 258, relativos a la publicidad registral. En efecto, en el Capítulo III de la LCGC que lleva precisamente por rúbrica *Del Registro de Condiciones Generales de la Contratación*, integrado por un único artículo, el 11, se prevé la creación de un Registro de Condiciones Generales que se pondrá a cargo de un Registro de la Propiedad y Mercantil y cuya organización en concreto se remite a normas reglamentarias, cuya promulgación ha tenido lugar a través del Real Decreto 1828/1999 del Ministerio de Justicia, de 3 de diciembre de 1999, que aprueba el *Reglamento del Registro de Condiciones Generales de la Contratación* (en adelante, RRCGC). Este Real Decreto se ha aprovechado también para la regulación del Registro de Bienes Muebles cuya creación estaba prevista en diferentes leyes recientes (así, en el art. 15 y en la DA 3.^a de la LVPBM, de 13 de julio 1998), dentro del que se incluye el Registro de Condiciones Generales (DA única —creación— y DF 2.^a —entrada en funcionamiento— del Decreto de 3 de diciembre de 1999). La DA 3.^a de la LCGC prevé la existencia de un Registro de CGC al menos en la cabecera de cada TSJ y, en la DF 2.^a, se autoriza al Gobierno para fijar el número y residencia de esos Registros de CGC. La organización del Registro de CGC se establece en el artículo 3 de su Reglamento, precisándose que se constituye como una Sección del Registro de Bienes Muebles y que se integra por los Registros Provinciales y por el

Central, que serán llevados por los Registradores de la Propiedad y Mercantiles y serán provistos de conformidad con las disposiciones de la LH. El Registro Central, que no asume la función de Registro Provincial de Madrid, localidad en la que tendrá su sede, llevará a cabo las funciones de coordinación entre los distintos Registros Provinciales. Las condiciones generales de los contratos y los mandamientos y ejecutorias relativas a resoluciones judiciales, se inscribirán en el Registro correspondiente al domicilio social o profesional del predisponente o, en su defecto, en el correspondiente al del lugar donde éste tenga su establecimiento principal, considerándose como tal aquél desde donde dirija y gestione fundamentalmente sus negocios (art. 4 del RRCGC).

La idea original de crear en el Ordenamiento Jurídico español un Registro de Condiciones Generales de la Contratación —que la Directiva 93/13/CEE no impone y ni siquiera contempla y que no es común en los países de la UE— ha de atribuirse a los autores del *Borrador de Proyecto de Ley de Condiciones Generales de la Contratación* que cuajó en el Proyecto de Ley aprobado por el Consejo de Ministros en su reunión de 29 de agosto de 1997 y que, acaso por ser muchos de ellos registradores de profesión (2), pensaron en la bondad de retomar la idea que ya se había plasmado en anteproyectos y borradores de anteproyectos anteriores, que no llegaron a prosperar por diversas vicisitudes, de crear un registro donde se recogieran todos los formularios contractuales que se utilizaran en el tráfico jurídico contractual. Alguno de los autores con criterio mejor fundado en materia de condiciones generales atribuye esta idea a la finalidad más bien inconfesable —llega a hablar de «delirios de grandeza» de los Registradores— de asegurarse una posición muy fuerte en el tráfico jurídico contractual privado, al estar dicho Registro en manos de los Registradores de la Propiedad y Mercantiles (3). Sin embargo, el resultado ha sido muy distinto y el diseño del Registro de Condiciones Generales que resulta del Reglamento 1828/1999, de 3 de diciembre, atribuye un papel limitado tanto al Registro como a las funciones del Registrador en el ámbito del control abstracto de las condiciones generales.

La justificación de la creación de los Registros de Condiciones Generales de la Contratación, al decir de la Exposición de Motivos de la LCGC (apartado III), está en línea con los modelos de otros Estados de la UE y entronca

(2) El propio F. J. GÓMEZ GÁLLIGO reconoce expresamente la autoría de la redacción de la Memoria justificativa de la LCGC, siendo promovida la iniciativa legislativa por la propia DGRN (GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., «La Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación», en *RCDI*, núm. 648, septiembre-octubre de 1998, pág. 1587).

(3) ALFARO AGUILA-REAL, J., «El Derecho de las condiciones generales y las cláusulas predispuestas», en *RJC*, 2000-I, pág. 30.

con las previsiones del artículo 7 de la Directiva 93/13/CEE, del que, sin embargo, no se desprende la necesidad de instaurar un Registro de Condiciones Generales, como lo demuestra la realidad normativa de diversos países integrantes de la UE, al tiempo que aquellos pocos países que lo han creado y regulado [caso de Alemania, en cuyo Ordenamiento Jurídico se preveía ya en el art. 20 de la Ley Reguladora de las Condiciones Generales de la Contratación de 9 de diciembre de 1976, manteniéndose tras la reforma de la misma llevada a cabo por Ley de 19 de julio de 1996 (4); y de Portugal, país en el que el Decreto-ley 220/1995, de 31 de agosto, dio una redacción nueva, entre otros, a los artículos 34 y 35 del Decreto-ley 446/85, de 25 de octubre, sobre *cláusulas contratuais gerais* (5)] lo han configurado como un Registro de demandas y resoluciones judiciales —en orden a facilitar el conocimiento de las cláusulas que han sido consideradas abusivas por decisión judicial, además de atribuirle al Registrador la obligación de informar y aclarar las cuestiones que le sean suscitadas dentro del ámbito de sus respectivas atribuciones— (6), pero no como en el caso español, como un Registro en el que se depositan clausulados de condiciones generales. En efecto, el RCG español parece no tener parangón en el Derecho comparado, si bien resulta adecuada la justificación de su creación al amparo del artículo 7 de la Directiva 93/13/CEE, pues aunque el precepto en cuestión no se refiere expresamente al mecanismo registral, limitándose a establecer que los Estados miembros de-

(4) Las sentencias que estimen las acciones de control abstracto previstas, además de publicarse en el Diario Oficial, se inscriben en un Registro Público de ámbito estatal que se lleva por la *Oficina Federal Antimonopolio (Bundeskartellamt)* y al que han de ser comunicadas por el Tribunal sentenciador, pudiendo ser invocada cuando se demande la nulidad de cláusulas similares a las declaradas nulas que hayan sido insertadas en contratos concretos. En este Registro se inscriben también las demandas que se entablen en el ejercicio de acciones colectivas de cesación o de retractación y aquéllas en que se recurran *sentencias divergentes* (o *ilegales*) al amparo del artículo 19 de la misma Ley de Condiciones Generales, así como la terminación de los procesos iniciados que concluyan por una forma distinta del pronunciamiento de una sentencia.

(5) En el caso de que se trate de contratos celebrados con consumidores, la sentencia condenatoria que resuelva una acción inhibitoria será registrada en el Registro a que alude el artículo 35 del Decreto-ley 446/85 (art. 11.3 de la Ley 24/1996, de 31 de julio, que establece el régimen legal aplicable a la defensa de los consumidores). Por su parte, el Decreto-ley 146/99, de 4 de mayo, que establece los principios y las reglas a que debe obedecer la creación y el funcionamiento de las entidades privadas de resolución extrajudicial de conflictos de consumo prevé también un sistema de registro voluntario de procedimientos de resolución extrajudicial de estos conflictos.

(6) En términos similares se pretendía configurar también este Registro en el Ordenamiento Jurídico español por el GP de Coalición Canaria, proponiendo una enmienda de modificación del Proyecto de Ley en su tramitación parlamentaria, en el sentido de que fuesen únicamente objeto de inscripción o de anotación las sentencias firmes estimatorias de las acciones individuales o colectivas y la interposición de las mismas, respectivamente (BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A, núm. 78-6, de 23 de octubre de 1997).

ben velar «*porque existan medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas*», y en el apartado 2.º se precisa que «*esos medios incluirán disposiciones que permitan a las personas y organizaciones que (...) tengan un interés legítimo en la protección de los consumidores, acudir, según el Derecho nacional a los órganos judiciales o administrativos competentes con el fin de que éstos determinen si ciertas cláusulas contractuales, redactadas con vistas a su utilización general, tienen el carácter abusivo y apliquen medios adecuados y eficaces para que cese la aplicación de tales cláusulas*», es claro que los Estados miembros pueden libremente establecer aquellos mecanismos de tutela general-preventiva dirigidos a evitar la inserción de cláusulas abusivas en contratos de condiciones generales redactadas con vistas a su utilización por los profesionales de forma general y uniforme en las relaciones contractuales que formalicen en el ámbito de su tráfico jurídico. La indeterminación de la Directiva en cuanto a los medios para conseguirlo permite que los diversos legisladores nacionales puedan optar por el establecimiento de mecanismos judiciales, administrativos y, ¿por qué no?, registrales (7).

El RCGC en el Derecho español fue contemplado por vez primera en un Anteproyecto de Ley de Condiciones Generales elaborado en 1984 en el seno de la Comisión General de Codificación. A diferencia de las previsiones contenidas en el Anteproyecto de LCGC reformado y adaptado a la LGDCU en 1988 por los profesores J. DUQUE y F. RODRÍGUEZ ARTIGAS, la inscripción o el depósito en el RCG es, como regla general, voluntaria («*podrán inscribirse*» se dispone en el núm. 2 del art. 11 de la LCGC y lo mismo se deriva de la DT única) (8) y, como no podía ser de otra manera, así se dispone expresamente en el artículo 5 del Reglamento del RCGC: «*De los distintos objetos de inscripción en el RCG, sólo el depósito de las CGC es voluntario*», salvo que el Gobierno imponga la inscripción obligatoria en determinados sectores específicos de la contratación (arts. 11.2 LCGC y 5 RRCGC) (9), en

(7) BUSTO LAGO, J. M., «El control abstracto de las condiciones generales de los contratos», *op. cit.*, pág. 1.

(8) El arancel de los Registradores de Condiciones Generales de la Contratación ha sido aprobado por el Real Decreto 1975/1999, de 23 de diciembre (BOE núm. 9, de 11 de enero de 2000).

(9) En la tramitación parlamentaria de la LCGC, el GP Vasco había propuesto una enmienda de supresión de la posibilidad de que el Gobierno establezca sectores en los que la inscripción sea obligatoria, argumentando que esta posibilidad es reprobable por imponer una obligación costosa y desproporcionada, poco sensible con la multitud de deberes formales que recaen ya en la actualidad sobre las empresas españolas (BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A, núm. 78-6, de 23 de octubre de 1997, pág. 25). Por otra parte, la reserva de esta facultad en exclusiva como competencia del Gobierno central, a propuesta del Departamento Ministerial correspondiente que se hace en el inciso final del artículo 11.2 de la LCGC, no podría restringir las facultades normativas de las CCAA, si

cuyo caso la no inscripción se sancionará —por la Administración del Estado, a través del Ministerio de Justicia, lo que suscita conflictos con las CCAA con competencia en materia de consumo— con una multa *ex* artículo 24 de la LCGC [sanción ciertamente extraña en el ámbito del Derecho privado —al menos, al español (10)—, lo mismo que si se persiste en la utilización o en la recomendación de CG respecto de las que haya prosperado una acción de cesación o retractación —sorprende que en caso de desobediencia de una sentencia, la sanción sea una multa de carácter administrativo—]. La misma sanción se prevé para el caso de que se desobedezca una orden judicial, esto es, para el caso de que se sigan utilizando o recomendando condiciones generales respecto de las que haya prosperado una acción de cesación o de retractación. La multa será equivalente al «*duplo de la cuantía de cada contrato*» (la forma de cálculo de la cuantía de las sanciones presenta un elevado grado de dificultad) (11), al margen de que se pueda imponer otra multa por infracción de la normativa sobre consumidores y usuarios (en la DA 1.^a-5 se añade un núm. 9 al art. 34 de la LGDCU en el que se califica como infracción en materia de defensa de los consumidores «*la introducción de cláusulas abusivas en los contratos*»). En todo caso, se trata de una sanción que carece de finalidad resarcitoria y que ha de ser impuesta por la Administración

es que a éstas constitucionalmente les fuese atribuible esta competencia lo que, a mi juicio, podría resultar dudoso no por tratarse de legislación mercantil, sino porque con ello se podría vulnerar la reserva a favor del Estado de *las bases de las obligaciones contractuales*. Sin embargo, tratándose de una competencia del poder ejecutivo y no afectando al contenido obligacional del contrato (vid. ORTÍ VALLEJO, A., «Competencia civil de las Comunidades Autónomas en materia de legislación sobre protección al consumidor según la jurisprudencia del TC», en *Competencia en material civil de las Comunidades Autónomas* [B. Moreno, coord.], Ed. Tecnos - Parlamento de Andalucía, Madrid, 1989, págs. 204 y sigs.) no se ve la razón por la cual no puede ser asumida por las CCAA.

(10) Se hace expresamente esta salvedad porque, *v.gr.*, en el Ordenamiento Jurídico privado portugués, el artículo 829-A del Código Civil contempla una *sanción pecuniaria compulsoria* que se destina en parte al acreedor y en parte al Estado y que se impone al deudor incumplidor en el caso de obligaciones no personalísimas con prestación infungible. Con la misma denominación se contempla una sanción que el Tribunal sentenciador puede imponer al profesional vencido en una acción inhibitoria en el artículo 33 del Decreto-ley 446/85, en la redacción que le ha dado al mismo el Decreto-ley 220/95, de 31 de agosto; y, en similares términos, en el artículo 10.2 de la Ley 24/96, de 31 de julio, en la que se *establece o regime legal aplicável à defesa dos consumidores*, remitiéndose expresamente al artículo 829-A del Código Civil. La peculiaridad en el Derecho español resulta de que la sanción no la impone un órgano jurisdiccional, como en el caso portugués, sino la Administración Pública en virtud, como se deriva de las exigencias constitucionales, de un procedimiento administrativo sancionador en el que se hayan adoptado todas las garantías de defensa del profesional predisponente.

(11) Vid. TRAYTER JIMÉNEZ, J. M., «Comentario al artículo 24 de la LCGC», en *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación* [R. Bercovitz, coord.], Ed. Aranzadi, Pamplona, 1999, pág. 635 (§ 40).

Pública competente, siguiendo el procedimiento que se establezca *ad hoc* y, en defecto del mismo, a través del procedimiento que rige con carácter general para el ejercicio de la potestad sancionadora.

La posibilidad de imponer con carácter preceptivo el depósito —inscripción— de las condiciones generales de la contratación en determinados sectores (*v.gr.*, el financiero/bancario, energético, etc.) supondrá, en opinión de los autores que se han pronunciado sobre esta cuestión antes de su puesta en práctica y, en consecuencia, antes de que sus afirmaciones pudiesen resultar empíricamente contrastadas, un coste añadido a la contratación y una ralentización del tráfico económico (12), lo que, si se produjese, resultaría más reprochable si se tiene en cuenta que, como se expone a continuación, el depósito en el RCGC, excepción hecha del cómputo de la prescripción de las acciones colectivas, no produce prácticamente ningún efecto de trascendencia jurídica.

Entre las acciones colectivas de control preventivo o abstracto de las condiciones generales de los contratos, en el apartado 4.º del artículo 12 de la LCGC se prevé la llamada acción declarativa, cuyo objeto es, precisamente, la obtención de una sentencia que reconozca una cláusula como condición general de la contratación y ordene su inscripción en el RCGC cuando ésta sea obligatoria de acuerdo con lo previsto en el artículo 11.2 de la LCGC (arts. 12.4 —al que ha dado una nueva redacción la DF 6.ª-3 de la LEC 1/2000— y 20.3 de la LCGC). Estimada la acción, si el predisponente no cumple voluntariamente el fallo de la sentencia, el demandante podrá instar la ejecución en forma específica a su costa (art. 706.1 de la LEC 1/2000). A estos efectos, el Juez librará mandamiento al Registrador competente en orden a que éste proceda a la inscripción de las condiciones generales en cuestión.

Por otra parte, el artículo 23.2 de la LCGC obliga a los Notarios a advertir de la obligatoriedad de la inscripción de las condiciones generales de la contratación en los casos reglamentariamente establecidos, y el artículo 24 de la LCGC prevé una sanción administrativa —una multa— para el caso en que, tratándose de condiciones generales de inscripción obligatoria, el predisponente no la haya instado, resultando de las previsiones establecidas en los artículos 11.2 y 24 de la LCGC que la obligación de inscribir surge desde el momento en que se utilicen o se recomiende su utilización (13). Así las cosas,

(12) ABRIL CAMPOY, J. M., «Comentario a los artículos 11 y 13 de la LCGC», en *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación* (coordinados por I. Arroyo y J. Miquel Rodríguez), Ed. Tecnos, Madrid, 1999, pág. 114; ATAZ LÓPEZ, J., «Comentario al artículo 11 de la LCGC», en *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación* [R. Bercovitz, coord.], *op. cit.*, pág. 339 (§§ 72 y 73).

(13) Para los contratos de condiciones generales celebrados antes de la entrada en vigor de la LCGC, la DT única de la misma dispone que, a partir de su entrada en vigor podrán inscribirse y en el caso de pertenecer a un sector en el que el Gobierno declare la inscripción obligatoria, la norma en que se establezca fijará el plazo para que el

los legitimados, para ejercitar la acción declarativa, podrán optar simplemente por denunciar el hecho (art. 69 de la LRJAP y PAC), iniciándose un procedimiento sancionador que, si se cumplen los presupuestos, desembocará en la imposición de la sanción administrativa por incumplimiento de la obligación de inscribir.

El carácter voluntario de la inscripción registral de las condiciones generales de los contratos como regla general suscita serias dudas sobre la eficacia del mismo, aunque se insiste en la Exposición de Motivos de la LCGC, que se trata de un «*Registro jurídico regulado por el Ministerio de Justicia, que aprovechará la estructura dispensada por los Registradores de la Propiedad y Mercantiles*» [quizá, como veremos, simplemente con la finalidad de atribuir la competencia sobre su ordenación al Estado en virtud de la reserva competencial prevista en el art. 149.1, regla 8.^a *in fine*, de la CE —ordenación de registros e instrumentos públicos—, frente a la propuesta que se articuló a través de la enmienda número 30 del Grupo Parlamentario Socialista, que proponía la calificación del Registro como «*administrativo*» y, en consecuencia, la posibilidad de crear por las distintas CCAA, Registros de CGC (14). Con la misma finalidad se ha utilizado, a mi juicio, desafortunadamente, el argumento de que la regulación de las condiciones generales es materia mercantil reservada en exclusiva al Estado —acaso, si es esto lo que se pretende, quienes estiman conveniente mantener a ultranza la competencia legislativa del Estado en esta materia deberían de deparar en las *bases de las obligaciones contractuales* del artículo 149.1.8.^a CE— y ello tanto por la discutible naturaleza, civil o mercantil, de la materia, como porque de acuerdo con la doctrina del TC, el artículo 149.1.8.^a de la CE se refiere exclusivamente a registros de naturaleza civil, lo que excluye de su ámbito de aplicación al Registro Mercantil y a los que puedan calificarse como *mercantiles* (15)]; y en el artículo 1 del RRCGC se define como un «*Registro de*

predisponente proceda a realizarla, lo que, a juicio de TRAYTER (*op. cit.*, pág. 658), salvaría el principio constitucional de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras.

(14) Esta afirmación se asienta en la tesis conforme a la cual la reserva constitucional de competencia estatal exclusiva sobre la *ordenación de los Registros e instrumentos públicos* recae exclusivamente sobre los Registros *jurídicos*, en oposición con los *administrativos*, propugnada, entre otros, por CHICO Y ORTIZ, J. M.^a, «La penetración del Derecho público en el privado: su reflejo constitucional y la repercusión en el Registro de la Propiedad», en *RCDI*, núm. 552, septiembre-octubre de 1982, págs. 175 a 1179; MARÍN LÓPEZ, J. J., «La ordenación de los Registros e instrumentos públicos como título competencial del Estado», en *Derecho Privado y Constitución*, núm. 2, 1994, pág. 146; LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E., *La diversidad de legislaciones civiles en España*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pág. 97.

(15) SSTC 71/1983, de 29 de julio, y 103/1999, de 3 de junio (sobre esta última, vid. el comentario realizado por M.^a L. LLOBREGAT HURTADO en *Derecho Privado y Constitución*, núm. 13, enero-diciembre de 1999, especialmente la pág. 171).

trascendencia jurídica en el ámbito privado». El calificativo de «*jurídico*» resulta poco adecuado, pues con él lo que se pretende, según se deduce de la Instrucción de la DGRN de 17-2-1998, es situarlo en pie de igualdad con los Registros de la Propiedad, Mercantiles, Mercantil Central, de Venta a Plazos de Bienes Muebles, de Buques y Aeronaves y de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin desplazamiento, que son los Registros Públicos destinados a la atribución de plenos efectos jurídicos a los derechos en ellos inscritos y no sólo a la difusión pública y general de su contenido (16). Es evidente que el carácter voluntario del Registro de los clausulados en nada incide sobre la calificación del RCGC como *jurídico* (piénsese en el Registro de la Propiedad, indudablemente jurídico, pero siendo la inscripción, como norma general, voluntaria). Mayor relevancia ha de concederse a estos efectos al hecho de que en él no se inscriben derechos, de manera que no puede entenderse que su publicidad formal sea una publicidad jurídica, entendiendo por ésta, en palabras de la precitada Instrucción de la DGRN, la que «*constituye el medio técnico-jurídico que permite el desenvolvimiento de los especiales y naturales efectos que al derecho inscrito atribuye nuestro Ordenamiento Jurídico (publicidad civil y mercantil organizadas)*».

En efecto, la publicidad otorgada por un Registro puede, simplemente, constituir un instrumento para dotar de publicidad al contenido de sus asientos, o puede añadir a esta publicidad —mera información pública— una garantía de veracidad y certeza. Sólo en este último caso el Registro puede reputarse acreedor del calificativo de Registro de carácter «*jurídico*». Sin embargo, del RCGC no cabe derivar prácticamente ningún efecto jurídico del depósito de las condiciones generales de los contratos o de las anotaciones preventivas que en él se practiquen, ni tampoco de la inscripción de las ejecutorias de resoluciones judiciales, al margen de la previsión contenida en los artículos 19 LCGC y 17 del RRCGC acerca de la prescripción de las acciones colectivas de cesación y retractación cuyo cómputo se iniciará el día en que se practique el asiento de presentación a inscripción de las condiciones generales cuya utilización o recomendación se pretende hacer cesar (17). No existe tampoco ninguna presunción de exactitud del Registro y no cabe atribuir a los asientos ni eficacia de-

(16) COCA PAYERAS, M., «El Registro de Condiciones Generales de la Contratación y el Registro de la Propiedad», en *Las condiciones generales de la contratación y la Ley 7/1998, de 13 de abril* (S. Espiau Espiau, Editor), Ed. M. Pons, Madrid-Barcelona, 1999, pág. 98.

(17) En efecto, los Registros que despliegan efectos jurídicos civiles o *procesales*, de acuerdo con la tesis mencionada en la nota núm. 2 de este estudio, están sometidos a la reserva de regulación por el Estado *ex* artículo 149.1.8.ª, precisamente por recaer sobre ellos la calificación de *jurídicos* y no de administrativos [VÁZQUEZ DE CASTRO, L., *Pluralidad de Derechos civiles españoles* (El art. 149.1, regla 8, de la CE), Ed. Civitas, S.A., Madrid, 1997, pág. 100].

clarativa ni constitutiva, de manera que no es posible hablar de una publicidad material del RCGC, sino meramente informativa. Por ello, se puede afirmar que, pese al calificativo de la Exposición de Motivos de la LCGC, se trata de un Registro Administrativo (similar al *Registro de préstamos declarados nulos* que se lleva en el Ministerio de Justicia en cumplimiento de la previsión contenida en el art. 7 de la *Ley de Represión de la Usura*, de 23 de julio de 1908, en el que se depositan las sentencias firmes que declaren la nulidad por usurario de un determinado contrato) (18).

En contra de este parecer, GÓMEZ GÁLLIGO (19) defiende la naturaleza del RCGC como Registro de Trascendencia Jurídica, de manera que no puede ser calificado como meramente administrativo y ello porque, además de posibilitar el conocimiento de las condiciones generales en él depositadas (publicidad formal) a efectos de eventuales impugnaciones judiciales de las mismas, atribuye otros efectos: 1.º) Del artículo 19 de la LCGC se derivaría tácitamente la presunción de legitimación en el tráfico comercial de las condiciones generales de los contratos en él depositadas. Sin embargo, este mismo autor, al hablar de las facultades del Registrador en orden a proceder o no a la inscripción de las condiciones generales que se presenten, señala que la del Registrador, en este caso, no es propiamente una calificación registral, resultando más adecuado hablar, como hace el Dictamen del Consejo de Estado, de 17 de junio de 1999, de *verificación* de que lo presentado a depósito son condiciones generales de la contratación (20). De esta forma, la inscripción

(18) ALFARO AGUILA-REAL, J., «El Proyecto de Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación: Técnica legislativa, burocracia e intereses corporativos en el Derecho privado», en *RDBE*, núm. 67, julio-septiembre de 1997, pág. 878. La regulación del *Registro Central de Préstamos Declarados Nulos* previsto en el artículo 7 de la Ley de Usura, se realizó mediante Real Decreto del Ministerio de Gracia y Justicia, de 27 de febrero de 1910 (G. de 1 de marzo de 1911). La Circular de 21 de mayo de 1932 (G. de 21 de mayo) y la Orden de 22 de mayo de 1934 (G. de 24 de mayo) encomendaron a los Jueces y Tribunales la más exacta puntualidad en el cumplimiento de las obligaciones impuestas por la Ley de Usura en lo que se refiere a la remisión de antecedentes al mentado Registro Central.

(19) GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., «El Registro de Condiciones Generales de la Contratación», en *Condiciones Generales de la Contratación y Cláusulas Abusivas* (U. Nieto Carol, dir.), Ed. CGCOCC – Lex Nova, Valladolid, 2000, págs. 357 y 364 y sigs.

(20) En este aspecto ha de concederse cierta razón a ALFARO («El Proyecto de Ley sobre...», *op. cit.*, pág. 882) cuando precisa la dificultad que ésta, en apariencia sencilla, verificación conlleva, puesto que el artículo 1 de la LCGC, al definir las condiciones generales de la contratación, precisa que son cláusulas predispuestas que han sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos, *con independencia de su apariencia externa*, de su extensión y de su autoría. En consecuencia, si el Registrador no puede tomar en consideración el aspecto externo que normalmente tienen las condiciones generales, plasmadas en modelos contractuales tipo o en ejemplares del mismo, sino que lo determinante es aquella intención del profesional, lo que significa que el Registrador habrá de confiar en la manifestación de voluntad que al respecto haga el

lo único que aportaría es la conveniencia de esta calificación jurídica, pero de ella no se puede derivar ninguna presunción de adecuación del contenido a las exigencias de las normas que disciplinan éste. 2.º) Determinación del *dies a quo* del cómputo del plazo bianual de prescripción de las acciones colectivas de cesación y de retractación. Es este el único elemento de relevancia jurídica del depósito de las condiciones generales de la contratación. 3.º) La inscripción en el RCGC de sentencias declarativas de nulidad o de no incorporación dictadas como consecuencia de acciones individuales o colectivas (art. 22 de la LCGC) permite su eficacia *erga omnes* (21). 4.º) Posibilidad de someter la validez de las cláusulas de condiciones generales a un dictamen vinculante del Registrador antes del ejercicio de acciones colectivas.

El efecto *ultra partes* de las sentencias firmes —estimatorias o no— que constituyesen doctrina legal cuando hubiesen sido dictadas en relación con una cláusula contractual similar y respecto del mismo predisponente, que se derivaba de la previsión contenida en el artículo 20.4 de la LCGC y que había suscitado dudas en la doctrina acerca de su constitucionalidad (22), pues se establecía que dichas sentencias vinculaban a todos los jueces en ulteriores procesos en los que se inste la nulidad de las mismas, ha dejado de producirse como consecuencia de la derogación del artículo 20 de la LCGC por la Disposición Derogatoria única, 2, número 15.º de la LEC 1/2000.

El RCGC, desde la perspectiva de la publicidad formal, se halla abierto a la posibilidad de consulta por todo aquél que desee conocer el contenido de sus asientos [art. 11.6 de la LCGC y art. 19 del RRCG, en el que, a diferencia de lo dispuesto en el art. 221 de la LH, respecto del Registro de la Propiedad, no se exige el interés conocido (el art. 228 de la LH contempla una serie de

profesional que pretende la inscripción (o depósito) y verificar si objetivamente son cláusulas contractuales constitutivas de modelos contractuales.

(21) Esta afirmación requiere una precisión inmediata y es que el cuestionado (vid. nota siguiente) artículo 20.4 de la LCGC limita los efectos de las sentencias declarativas de nulidad o de no incorporación de cláusulas de condiciones generales al mismo predisponente cuando haya insertado cláusulas similares en otros contratos distintos de aquél que fue objeto de la sentencia, siempre y cuando, además, las sentencias hayan sido dictadas en recurso de casación y constituyan doctrina legal. En consecuencia, las sentencias sólo vincularán a los demás jueces que conozcan de cláusulas idénticas empleadas por el mismo profesional, pero carecen de efectos en relación con otros profesionales que utilicen cláusulas contractuales similares.

(22) La constitucionalidad del artículo 20.4 de la LCGC había sido puesta en tela de juicio a causa de su incompatibilidad con el sometimiento exclusivo de los Jueces y Tribunales a la Ley en el ejercicio de la función jurisdiccional *ex* artículo 117.1 de la CE. Vid., sobre esta cuestión, GARCÍA DE ENTERRÍA, J., «La pretendida vinculación de los jueces a las sentencias del Tribunal Supremo en materia de cláusulas abusivas. Sobre la inconstitucionalidad del artículo 20.4 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación», en *La Ley*, 1998-V, págs. 1671 a 1676.

recursos contra la negativa del Registrador a facilitar la publicidad solicitada), se establece que «todas las personas tienen el derecho a conocer el contenido de los asientos registrales», al tiempo que en el art. 21 del RRCGC se prevé que el Registrador Central de CGC realice una publicación anual donde consten las sentencias judiciales inscritas como consecuencia del ejercicio de acciones individuales o colectivas de nulidad o no incorporación, así como de acciones colectivas de cesación, retractación o declarativas de condiciones generales, clasificadas por sectores y predisponentes, a la que tendrá acceso cualquier interesado y que será remitida gratuitamente al Consejo de Consumidores y Usuarios, al Instituto Nacional de Consumo y a los órganos responsables de consumo de las CCAA].

El artículo 11.7 de la LCGC, desarrollado en el párrafo 2.º del RRCGC, impone al Registrador el control y la responsabilidad de la publicidad del RCG. Respecto de los medios de dar a conocer el contenido del Registro —la publicidad formal—, el artículo 20 del RRCGC dispone que podrá realizarse mediante certificación (que será expedida en un plazo máximo de dos días) o nota simple informativa (que habrá de ser expedida el mismo día que se solicita), recogiendo, en ambos casos literalmente, las condiciones generales depositadas. Se prevé también la posibilidad de solicitar información continuada que permita tener un conocimiento inmediato de las condiciones generales depositadas en todos o en algún sector específico de la contratación o de las resoluciones judiciales que les afecten que hayan sido anotadas o inscritas en el RCGC (art. 20.6 del Reglamento).

El sistema de folio personal es la forma elegida para llevar el RCGC (art. 8 RRCGC): Se abre un folio a cada profesional y, dentro de él, un subfolio para cada clausulado de condiciones generales de la contratación que utilice, de acuerdo con la denominación atribuida a la misma por el propio profesional, lo que no obsta que la consulta pueda efectuarse tanto por profesionales —a estos efectos, el RCGC (art. 13) obliga a llevar un índice de profesionales—, como por materia o, incluso, por sectores específicos de contratación (art. 8.2 RCGC). La modificación o la rectificación de condiciones generales ya depositadas debe hacerse en el mismo folio, mediante nota al margen del asiento relativo a las condiciones generales modificadas (art. 12 RCGC). Del mismo modo se practicarán las anotaciones preventivas.

2. AMBITO DE LA PUBLICIDAD FORMAL DEL RCGC

Son objeto de *inscripción* o de *anotación preventiva* en el RCGC, en los términos que se exponen a continuación, las condiciones generales de la contratación y las resoluciones judiciales que les afectan (arts. 11, núms. 2, 3 y 4 de la LCGC y 2 del RRCGC):

1. El RCGC publica la **existencia y contenido de las condiciones generales de los contratos que voluntariamente se inscriban en el mismo**, así como de las que lo sean en virtud de mandamiento judicial en que se ordene la anotación de la demanda o la inscripción de una resolución judicial.

Se trata de un Registro creado para depositar condiciones generales de la contratación. En efecto, es un mero depósito de clausulados, no un Registro de derechos o de contratos (23). El depósito se realiza mediante la presentación de cualquier documento, ejemplar, tipo o modelo en que se contengan —el principio de libertad de forma se acoge expresamente en el art. 7 del RRCGC— por duplicado (arts. 11.2 de la LCGC y 9.3 del RRCGC). Uno de estos ejemplares quedará en el Registro y el otro se devolverá al interesado que lo haya presentado con la nota acreditativa de la presentación al efecto (art. 9.7 del RRCGC). Si la presentación se realiza en un Registro no competente —el art. 9.2 del RRCGC permite la presentación en cualquiera de los Registros de la Propiedad, Mercantiles o de Bienes Muebles de España—, el Registrador practicará el asiento de presentación en su diario y remitirá el mismo día al Registrador de destino competente por telecopia, correo electrónico o similar, copia de los modelos presentados, lo que hará constar al pie de la solicitud. Por la misma vía, el Registrador de destino acusará recibo en el mismo día o, si éste es inhábil en su Registro, el día siguiente hábil y en lo sucesivo se entenderá con el presentante, consignando el Registrador de origen el acuse de recibo por medio de nota al margen del asiento de presentación en el Libro diario (art. 9.8 del RRCGC).

Están legitimados para realizar el depósito de los modelos de condiciones generales de la contratación en el Registro, los predisponentes —profesionales que los utilicen en los contratos que realicen, sean personas físicas o jurídicas— así como cualquier adherente —sea persona física o jurídica—, siempre que conste la autorización para ello del predisponente en el mismo contrato o mediante escrito suscrito por él o por su representante, que el Registrador archivará. Con estos mismos requisitos (salvo el de la previa adhesión, por lo tanto, con el requisito de la autorización del predisponente, pues en otro caso habrá de estarse al resultado de la acción declarativa —art. 11.8.b) de la LCGC— como se deriva necesariamente del carácter de acto voluntario del predisponente), podrá hacerlo cualquier entidad legitimada para interponer las acciones colectivas (declarativa, de cesación o retracción *ex* arts. 16 de la LCGC) (art. 9, apart. 3 y 4 del RRCGC). En caso de ausencia de autorización por el predisponente, sólo podrán ser objeto de depósito las condiciones generales de los contratos en virtud de la ejecutoria

(23) GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., «El Registro de Condiciones Generales de la Contratación», *op. cit.*, pág. 360.

de una sentencia judicial firme estimatoria de una acción colectiva. Mientras la acción no se resuelva, se tomará anotación preventiva de la demanda si el Juez, a instancia de los interesados, así lo ordena.

¿Es compatible el depósito de las condiciones generales de los contratos con la calificación registral? El artículo 11.9 de la LCGC impone al Registrador, en todo caso, el deber de extender los asientos solicitados, lo que implica la previa calificación de la concurrencia de los requisitos establecidos. Esta previsión parece que implica que aunque el Registrador considere que las condiciones generales son nulas ha de proceder a su inscripción en el Registro creado *ad hoc* (24), si bien, para ello habrá de determinar si se trata, efectivamente, de condiciones generales de la contratación conforme al concepto de las mismas que ofrece el artículo 1 de la LCGC, así como si se han cumplido los requisitos reglamentariamente establecidos de carácter estrictamente formal de acceso al Registro (legitimación activa —autorización del predisponente, en su caso—, estructura y formato de los ejemplares, etc.). En efecto, en el artículo 14 del RRCGC se atribuyen al Registrador específicamente estas funciones de calificación, otorgándole la facultad de denegar en el plazo de cinco días hábiles el depósito de las condiciones generales en los siguientes casos: 1.º) Cuando la persona que solicita el depósito no estuviera legitimada para ello o no acreditase suficientemente su representación (*ex* núms. 3 y 4 del art. 9 del RRCGC); 2.º) Cuando se trate de cláusulas contenidas en contratos administrativos, de trabajo, de constitución de sociedades, reguladores de relaciones de familia o sucesorios (contratos excluidos de la aplicación de la LCGC en virtud de lo dispuesto en el párrafo 1.º de su art. 4); 3.º) Cuando el predisponente no sea un profesional, condición que habrá de acreditar por cualquier medio admitido en Derecho y, en particular, mediante el certificado de alta en el IAE (el art. 2.1 excluye de la aplicación de la LCGC a los contratos que, aunque sean de cláusulas predispuestas, el predisponente no sea un profesional actuando dentro del marco de su actividad profesional o empresarial —pública o privada—); 4.º) Cuando de las circunstancias concurrentes resulte que las cláusulas no han sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos. Se entenderá que lo han sido, al margen de que aquella finalidad se pueda acreditar de cualquier otra forma, cuando se acompañe más de un contrato en el que se hubieran incorporado.

(24) Así lo entienden, entre otros, PAGADOR LÓPEZ, J., *Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas (La Ley de Condiciones Generales de la Contratación)*, Ed. M. Pons, Madrid-Barcelona, 1999, pág. 594; COCA PAYERAS, M., «El Registro de Condiciones Generales de la Contratación y el Registro de la Propiedad», *op. cit.*, pág. 100.

En consecuencia, lo único que la inscripción —*rectius*, el depósito— registral de las condiciones generales de la contratación garantiza es que les conviene esta calificación de acuerdo con su naturaleza jurídica —que son realmente condiciones generales de la contratación— y ello porque cumplen con los requisitos que establece el artículo 1 de la LCGC para que hayan de ser consideradas como tales y sometidas a la disciplina normativa de esta Ley, pero no la validez de las mismas ni, en consecuencia, la de los contratos que las incorporen. De esta forma, la labor realizada, en este momento, por el Registrador encargado del RCGC, no puede considerarse como calificación registral en sentido estricto, sino como mera verificación de que lo que se deposita son condiciones generales de la contratación por concurrir los requisitos que exige para ello la LCGC, de conformidad con la definición que asume de las mismas. Es este el parecer generalizado en la doctrina asentado el artículo 10.9 de la LCGC (25).

Sin embargo, puesto que la inscripción puede servir también para cumplir con las reglas de control de incorporación en los casos de contratos no escritos con entrega de resguardo justificativo de la contraprestación recibida, ya que el artículo 5.2 *in fine* de la LCGC considera suficiente que el predisponente de cualquier otra forma garantice al adherente una posibilidad efectiva de conocer su existencia y contenido en el momento de la celebración (en estos casos, la inscripción en el RCGC garantiza esta posibilidad de conocimiento efectivo. Así lo prevé expresamente el art. 18 del RRCGC, relativo a la incorporación de condiciones generales depositadas: «*Los requisitos establecidos en los artículos 5 y 7 de la LCGC se entenderán cumplidos cuando conste en las condiciones particulares del contrato una referencia y un recibo, firmados por el adherente, a los datos de inscripción de las mismas en el*

(25) Así, entre otros, GÓMEZ GÁLLIGO («El Registro de Condiciones Generales de la Contratación», *op. cit.*, pág. 262) manifiesta expresamente que no se trata de una calificación registral, de la misma forma que ocurre en otros ámbitos de la calificación registral basada en la técnica del depósito; ATAZ (ATAZ LÓPEZ, J., «Comentario al artículo 11 de la LCGC», en *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación* [R. Bercovitz, coord.], *op. cit.*, pág. 377), por su parte, después de plantear si esta calificación puede extenderse al control de los requisitos de incorporación y, en particular, al previsto en el artículo 5.4 de la LCGC, relativo a las exigencias de transparencia, claridad y sencillez de la redacción, responde de forma negativa en atención a que el artículo 7 de la LCGC admite la validez de las cláusulas incomprensibles expresamente aceptadas por escrito por el adherente y el artículo 6 de la LCGC establece que las dudas se interpretarán a favor del adherente. En estos casos, lo que, a juicio de este último autor, puede hacer el Registrador es, amparado en el artículo 14.4 del RRCGC, suspender la práctica de la inscripción en cuanto se aclaran sus términos por el predisponente, cuando las condiciones generales sean ilegibles, si bien se trata de una previsión que ha de ser interpretada restrictivamente y sólo en el supuesto en que el texto en que se incorporan tenga una «*mala calidad de impresión*».

Registro de CG y en la que figure que se le ha entregado un ejemplar de ellas») y el tenor literal del 11.9 lo permite, la calificación de la concurrencia de los requisitos establecidos que el Registrador habrá de realizar, *en todo caso*, por imperativo de este precepto, parece que habrá de extenderse al control abstracto del contenido de las mismas, rechazando aquéllas que, en todo caso, hayan de reputarse nulas por estar contenidas en la mentada *lista negra* o por no reunir los requisitos de claridad que en orden a su incorporación exige, en todo caso, la LCGC (26). A esta afirmación no puede oponerse la posibilidad de que el adherente las pueda aceptar expresamente en un concreto contrato, ya que si esto es así estaremos en presencia de cláusulas negociadas individualmente cuya calificación conveniente no es ya la de condiciones generales de los contratos (*ex art. 1.2 de la LCGC*). Limitar a estos supuestos las facultades de *control abstracto* del Registrador parece que no supone interpretar la LCGC en sentido contrario a lo previsto en su propia Exposición de Motivos, en cuyo apartado III se señala expresamente que *«las funciones calificadoras nunca se extenderán a lo que es competencia judicial, como es la apreciación de nulidad de las cláusulas»*, ya que en los casos señalados la nulidad de la cláusula deriva con toda objetividad sin necesidad de realizar un análisis del contenido contractual completo.

El hecho de que las condiciones generales de los contratos figuren inscritas en el Registro, obliga al Notario a hacer constar en el contrato por él autorizado esta naturaleza de las cláusulas contractuales incorporadas al mismo (art. 23.3 de la LCGC).

2. El RCGC publica las **anotaciones preventivas de las demandas ordinarias de nulidad o de declaración de no incorporación de una condición general de la contratación en un concreto contrato** (art. 11.3 de la LCGC en relación con los arts. 7, 8, 9 y 10 de la misma). Dada la ausencia de efectos sustantivos de estas anotaciones, parece que la única finalidad perseguida por las mismas es la de facilitar información sobre la pendencia de los procesos en que se ejercitan las mentadas acciones individuales (al igual que ocurre, como vemos seguidamente, con las acciones colectivas).

El asiento de cancelación de tales anotaciones preventivas se llevará a cabo a solicitud de parte interesada cuando la acción, colectiva o individual,

(26) En sentido contrario, significativamente, GÓMEZ GÁLLIGO considera que *«no es un Registro de calificación sistemática de la validez de las condiciones generales en la medida que su declaración de nulidad corresponde en exclusiva a los jueces. El Registrador de las Condiciones Generales no tiene facultades para denegar el depósito de contratos en los que se contengan condiciones generales que estime nulas. La declaración de nulidad de las mismas es de competencia exclusivamente judicial»* (GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., «La Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación», *op. cit.*, pág. 1605).

no hubiese prosperado por desestimiento, hubiese habido transacción extrajudicial (en cuyo caso habrá de ratificarse ante el Juez que hubiese ordenado la anotación preventiva) o por caducidad, cuando hayan transcurrido cuatro años desde la fecha de su anotación, sin que se haya prorrogado dentro del plazo de vigencia inicial (art. 2.3 del RRCGC) (27).

3. También publica las **anotaciones preventivas de las demandas en que se ejerciten las acciones colectivas** de cesación, retractación y declarativa de condiciones generales de los contratos (art. 11.3 de la LCGC, en relación con su art. 12). Estas anotaciones preventivas tendrán una vigencia de cuatro años a contar desde su fecha, la cual podrá ser prorrogada hasta la terminación del procedimiento, en virtud de mandamiento judicial (art. 11.3.2.º de la LCGC).

Es precisamente en el ámbito de las acciones colectivas donde despliega su eficacia la previa inscripción registral de las condiciones generales de los contratos, ya que el artículo 19 de la LCGC determina que *«las acciones colectivas de cesación y de retractación prescriben por el transcurso de dos años desde el momento en que se practicó la inscripción de las CGC cuya utilización o recomendación pretenden hacer cesar»*. A estos efectos, en el párrafo 1.º del artículo 17 del RRCGC se especifica que se tomará como fecha de inscripción la del asiento de presentación que deberá constar en la inscripción misma.

En principio, parece que el establecimiento de un plazo de prescripción bienal para el ejercicio de acciones colectivas frente a condiciones generales potencialmente ilícitas choca con los principios básicos de protección del consumidor. Con su establecimiento lo que se pretende es incentivar la inscripción registral por parte de los empresarios y profesionales, si bien este estímulo resulta relativizado por el hecho de que la acción declarativa es imprescriptible (art. 19, párr. 3.º de la LCGC), como también resulta desmentido aquel efecto contradictorio con la protección del consumidor que pudiera apreciarse *prima facie*, porque, en el caso de que se obtenga una sentencia judicial firme que declare la nulidad o la no incorporación de una cláusula de condiciones generales respecto de un determinado contrato como consecuencia del ejercicio de una acción individual u ordinaria, aunque hayan transcurrido más de dos años desde la fecha de la inscripción registral de aquélla, renace la legitimación activa de las entidades legitimadas *ex* artículo 16 de la LCGC para el ejercicio de las acciones colectivas durante el año siguiente a la fecha de tal resolución judicial firme (art. 19, párr. 2.º de la LCGC) (el remedio que esta previsión supone en relación con el establecimiento de la

(27) Sobre el plazo de vigencia de las anotaciones preventivas, vid. la nota número 28 de este estudio.

prescripción bienal posterior al depósito registral se ve mermado en su potencialidad por la normal desidia de los particulares para entablar acciones de nulidad individuales, frecuentemente por tratarse los contratos de consumo de contratos de poca entidad económica y la poca apetencia que a los particulares les provoca acudir a un costoso y, en todo caso, proceloso y largo proceso judicial). Es éste el único efecto «jurídico» del depósito de las condiciones generales en el Registro, pero su eficacia tampoco ha de sobrevalorarse, puesto que una asociación de defensa de los intereses de los consumidores —y lo mismo puede predicarse en relación con cualquier otra entidad que goce de legitimación activa para el ejercicio de acciones colectivas *ex art. 16 de la LCGC*— que pretenda entablar una acción colectiva de cesación frente a determinadas condiciones generales utilizadas por un empresario, si ha transcurrido el plazo de dos años desde el depósito de éstas, podrá valerse de la presentación de una demanda individual de nulidad para, una vez obtenida la sentencia firme declarativa de dicha nulidad, interponer la acción colectiva de cesación.

Con carácter previo a la interposición de las acciones colectivas, las partes *podrán* —carácter potestativo y no preceptivo (con el que, sin embargo, se configuraba en el Proyecto de LCGC)— someter la cuestión al Registrador de condiciones generales de la contratación provincial competente para que, en el plazo de quince días hábiles siguientes a la solicitud, emita un *dictamen de conciliación* sobre la adecuación a la Ley de las cláusulas controvertidas (arts. 13 de la LCGC y 22 del RRCGC) —un dictamen sobre la legalidad de la cláusula—. Es decir, al Registrador que, como se ha visto, no se le atribuyen facultades para calificar el contenido de las condiciones generales que ha de inscribir, se le atribuye la función de conciliar, pudiendo incluso proponer una nueva redacción de las mismas. Sin embargo, el dictamen del Registrador se contempla como no vinculante en el artículo 13 de la LCGC. La única finalidad de su establecimiento, y así se desprende de los debates parlamentarios habidos en la elaboración de la LCGC, es la de una consulta previa sobre la legalidad de la cláusula controvertida, evitando así el acudir al cauce judicial. La función, en todo caso, parece más propia de otros profesionales (Notarios, Profesores de Universidad con conocimientos especializados en esta materia, Abogados, etc.) a los que, evidentemente, pueden acudir, con la única diferencia de que los Registradores vienen obligados a emitir el informe si el legitimado para interponer la acción lo pide (y, además, por cierto, con un coste mucho menor según el arancel aprobado que el que supondría acudir a otros profesionales de similar cualificación). Además, al ser voluntaria la inscripción registral de las CGC, el conocimiento de las mismas por la entidad que promueve la acción colectiva ha podido ser extrarregistral.

El carácter potestativo y no vinculante del dictamen de conciliación ante el Registrador se mantiene, como no podía ser de otra manera, en el RRCG,

si bien con dos precisiones importantes: Será vinculante si así lo hicieran constar expresamente las partes en la solicitud y también cuando, en virtud del examen realizado, el Registrador deduzca que alguna de las cláusulas del contrato de condiciones generales de los contratos está incluida en la *lista negra* contenida en la DA 1.^a de la LGDCU (art. 22.2 del RRCGC).

4. El RCGC publica **las resoluciones judiciales que acuerden la suspensión cautelar de la eficacia de una condición general de la contratación** [arts. 11.3 y 11.8.c) de la LCGC y 2.2.a) del RRCGC]. Estas resoluciones judiciales cautelares, en las que se ordene la suspensión en la utilización o en la recomendación de la utilización de unas determinadas cláusulas de condiciones generales de los contratos, se publicarán en el RCGC mediante la práctica de una anotación preventiva junto al texto de la cláusula afectada —no, por lo tanto, de todo el clausulado de condiciones generales, si es que éste no ha sido objeto de inscripción previa—. En el caso de que la demanda formulada no prospere, se remitirá mandamiento judicial al Registrador competente en orden a que se anote el texto de la resolución judicial que declare la validez de la cláusula de condiciones generales de la contratación impugnada. La suspensión cautelar puede ser revocada por decisión judicial. Si el demandante, tanto si ha ejercitado una acción individual como una acción colectiva, desiste, se procederá también a la cancelación de la anotación [art. 2.3.a) del RRCGC] y los mismos efectos produce la transacción extrajudicial, que deberá ser ratificada ante el Juez que hubiese ordenado la anotación. En otro caso, la vigencia de estas anotaciones preventivas es de cuatro años a contar desde la fecha misma de la anotación, siendo prorrogable en virtud de mandamiento judicial, hasta la terminación del procedimiento judicial en el que se debate su validez [art. 2, núms. 2, último párrafo, y 3.d) del RRCGC, en el que establece un plazo similar al previsto en el art. 86 de la LH con carácter general para la caducidad de las anotaciones preventivas practicadas en el Registro de la Propiedad] (28). Ante el silencio normativo

(28) Una vez prorrogada la vigencia de la anotación preventiva en cuestión, sólo se cancelará en virtud de mandamiento judicial cuando se haya terminado el procedimiento judicial en el curso del cual se realizó el mandamiento en orden a la práctica de dicha anotación, tanto si se realiza una ejecución provisional de la sentencia (arts. 524 y sigs. de la LEC 1/2000), como, en todo caso, si se ha dictado sentencia firme (GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., «El Registro de Bienes Muebles», en *RCDI*, núm. 657, enero de 2000, pág. 1033). Tras la modificación del artículo 86 de la LH, en virtud de la DF 9.^a-2 de la LEC 1/2000, estableciendo que las prórrogas de los plazos de vigencia de las anotaciones preventivas que se practiquen a partir de la entrada en vigor de esta última disposición general, serán como máximo de cuatro años —pudiendo prorrogarse por ulteriores plazos, sometidos también éstos al límite cuatrienal—, se puede plantear la duda acerca de si con ello se modifica también el artículo correspondiente del RRCGC, de lo que parece no caber duda, dado el carácter reglamentario de esta norma y el hecho de que en el párrafo 2.º del artículo 11.3 de la LCGC no se establezca nada acerca de la duración de las prórrogas de

acerca de los efectos de la anotación de la suspensión, mediante mandamiento judicial de una cláusula de condiciones generales, se ha dicho que serán los de la mera información o la mera publicidad (29), de manera que cualquier tercero pueda tener conocimiento de que se está sustanciando un procedimiento acerca de la validez de la cláusula de condiciones generales de que se trate. Sin embargo, reconocerles este simple efecto a las anotaciones preventivas de las resoluciones judiciales que acuerden la suspensión cautelar de la eficacia de la cláusula de condiciones generales de cuya validez esté conociendo un órgano jurisdiccional determina que su eficacia no sea distinta de la correspondiente a las anotaciones preventivas de la simple interposición de acciones individuales de nulidad o de las acciones colectivas. Es por esta razón por la que considero que si el órgano jurisdiccional que conoce de tales acciones —individuales o colectivas— ha acordado dictar, mediante auto, una resolución de suspensión de la eficacia de la cláusula de condiciones generales cuya validez ha sido cuestionada y ésta ha sido objeto de inscripción en el Registro de Condiciones Generales, han de concedérseles unos efectos distintos y de mayor trascendencia que los propios derivados de la anotación preventiva de la simple interposición de la demanda y ello porque parece evidente que la resolución judicial de suspensión se amparará en apreciaciones objetivamente fundadas de que la cláusula en cuestión puede estar viciada de nulidad, aún sin prejuzgarla. Pero, ¿cuál es o cuál puede ser esta trascendencia de mayor relieve de la anotación preventiva de suspensión?

A mi juicio, dos son los efectos que pueden anudarse a la anotación preventiva de suspensión. Del primero de ellos nos pone en la pista ATAZ LÓPEZ al comentar el artículo 11 de la LCGC (30). Se trata de la eficacia a efectos de prejudicialidad civil de la anotación preventiva de suspensión de la cláusula de condiciones generales cuya validez está siendo enjuiciada, en la medida en que la autorizan las leyes procesales civiles. En efecto, cuando

las anotaciones preventivas realizadas en virtud de mandamiento judicial. Sobre la interpretación de la modificación normativa señalada, vid. la Instrucción de la DGRN de 12-12-2000 (BOE núm. 306, de 22 de diciembre), *sobre interpretación del artículo 86 de la LH en la nueva redacción dada por la disposición novena de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil*; y, en la doctrina, MARTÍN PASTOR, J., «La vigencia, la prórroga y la caducidad de la anotación preventiva judicial en el Registro de la Propiedad y el nuevo artículo 86 de la Ley Hipotecaria, reformado por la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil», *RCDI*, núm. 660, julio-agosto de 2000, especialmente las págs. 2429 y sigs.

(29) En este sentido se han pronunciado expresamente, entre otros, ABRIL CAMPOY, J. M., «Comentario a los artículos 11 y 13 de la LCGC», *op. cit.*, pág. 114; FUENTE NORIEGA, M., «La protección coetánea a la realización de contrato», en *Derechos de los consumidores y usuarios (Doctrina, normativa, jurisprudencia, formularios)* (A. de León Arce, dir.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pág. 281.

(30) ATAZ LÓPEZ, J., «Comentario al artículo 11 de la LCGC», *op. cit.*, pág. 368.

un juez esté conociendo de una acción individual de nulidad cuyo objeto sea precisamente la cláusula respecto de la que se ha dictado la suspensión, las partes o la parte interesada puede solicitar la suspensión del curso de las actuaciones, en el estado en que se hallen, hasta que finalice el proceso en el seno del que se ha dictado la suspensión de la eficacia de la cláusula y ello al amparo de lo dispuesto en el artículo 43 de la LEC 1/2000. El juez, oída, en su caso, la contraparte, *podrá* decretar mediante auto la suspensión solicitada. El segundo de los efectos aludidos se deduce del mismo tenor literal del artículo 11.3 *in fine* de la LCGC: la suspensión cautelar que se acuerda por el órgano jurisdiccional y que es objeto de anotación preventiva afecta a la *eficacia* de las condiciones generales. Pues bien, como estos efectos no pueden hacerse extensivos a la eficacia de los contratos suscritos entre el predisponente y cualesquiera adherentes utilizando el clausulado de condiciones generales de la contratación en el que esté inserta la cláusula controvertida con anterioridad a la fecha de la anotación preventiva de la suspensión, lo serán respecto de los contratos que, integrado su contenido por aquel clausulado, se suscriban con posterioridad a la fecha de la anotación, de manera que la remisión que en los mismos se haga al clausulado de condiciones generales de la contratación inscrito en el RCGC lo será a todo él menos, precisamente, a la cláusula —o cláusulas— afectada por la suspensión que, mientras la anotación esté vigente —no haya caducado o no se haya revocado— no integrará el contenido dispositivo de los contratos que celebre el predisponente utilizando el clausulado en cuestión.

5. El RCGC publica también las ejecutorias, conteniendo **sentencias firmes estimatorias de demandas** en las que se ejerciten acciones **ordinarias de nulidad, o de declaración de no incorporación**, de una condición general de la contratación en un concreto contrato, así como las estimatorias de demandas a través de las que se hayan ejercitado **acciones colectivas de cesación y de retractación** (arts. 11.4 y 22 de la LCGC; respecto de las acciones colectivas declarativas, el art. 12.4 de la LCGC, en relación con el inciso final del art. 11.2 de la misma Ley, ya prevé la inscripción de estas sentencias a los efectos procedentes). La sentencia puede proceder de cualquier órgano judicial. A estos efectos, el Juez dictará mandamiento al titular del RCGC para la inscripción en el mismo de la sentencia (el Juez estará obligado, siempre que hubiese prosperado una acción de las contempladas en el art. 22 de la LCGC a librar el correspondiente mandamiento de oficio, sin necesidad previa de solicitud de parte, lo que hará acompañando al mandamiento al efecto presentado por duplicado el contenido literal de la condiciones generales afectadas. Uno de estos ejemplares se devolverá al Juez que lo hubiera librado con nota de haberse practicado el depósito, archivándose el otro —art. 9.6 del RRCGC—). En el RCGC se publicará la sentencia íntegra y no sólo el fallo de la misma, como se

contempla respecto de la publicación en el BORM y/o en un periódico en el artículo 21 de la LCGC.

La Exposición de Motivos de la LCGC señala que con la inscripción de las sentencias estimatorias de las acciones colectivas o individuales de nulidad o de no incorporación de una cláusula de condiciones generales, lo que se pretende es que, además de los efectos *inter partes* que producen, alcancen una eficacia *erga omnes*, permitiendo la coordinación de la acción judicial, posibilitando que ésta sea uniforme y no se produzca una multiplicidad de procesos sobre la misma materia, descoordinados y sin posibilidad de acumulación. Sin embargo, pese al deseo del legislador expresado en la EM de la LCGC, no se ha establecido la acumulación obligatoria de todos los procesos que versen sobre el mismo objeto (sobre la solicitud de retractación o de cesación de una cláusula), lo que podría haberse hecho de forma similar a la prevista en el apartado 2 del artículo 119 de la LSA, respecto de las impugnaciones que tengan por objeto un mismo acuerdo social (se reparten todas al mismo Juez, si existe más de un Juzgado de Primera Instancia en la localidad que conociera de la primera y se espera a que transcurra el plazo de caducidad de cuarenta días previsto en el artículo 116.2 de la propia LSA). La eficacia de la inscripción de las sentencias proviene de la posibilidad de que el Notario o el Registrador no autoricen ni inscriban aquellos contratos o negocios jurídicos en los que se pretenda la inclusión de cláusulas declaradas nulas por abusivas en sentencia inscrita en el RCGC (*ex art. 10.5 del LGDCU*).

Con esta previsión, en definitiva el legislador español asume, aunque tíbiamente y ello porque acaso las exigencias constitucionales derivadas de la tutela judicial efectiva y del derecho de defensa no le permitan ir mucho más allá, las reivindicaciones formuladas hace una treintena de años por D. HART (31), partiendo de la escasa influencia estructural del sistema judicial en el ámbito de la protección del adherente en los contratos de condiciones generales que permite a los profesionales calcular el coste derivado de la eventualidad de ser condenadas en juicio por utilización de condiciones generales de la contratación que sean nulas.

6. El número 4, *in fine*, del artículo 11 de la LCGC determina que es inscribible la **persistencia en la utilización de cláusulas declaradas nulas**, a través del ejercicio de una acción individual o colectiva, cuando se le acredite este extremo suficientemente al Registrador. Desarrollando esta previsión, el artículo 15 del RRCGC prevé que tal inscripción registral podrá

(31) HART, D., «Un caso ejemplar: la jurisprudencia sobre las condiciones generales de los contratos», en BARCELLONA / HART / MÜCKENBERGER, *La formación del jurista (Capitalismo monopolístico y cultura jurídica)* (traducción de la edic. italiana por C. Latsarte), Ed. Civitas, Madrid, 1993 (reimpresión de la 3.ª edic.), pág. 133.

llevarse a cabo mediante el depósito, por cualquier adherente individual o por cualquier legitimado para el ejercicio de las acciones colectivas, del ejemplar de un contrato de condiciones generales en el que aparezcan las cláusulas declaradas nulas siempre que, previamente, se haya inscrito la sentencia judicial firme declarando la nulidad de la cláusula en cuestión y se acredite al Registrador la persistencia en dicha utilización. A estos efectos, el párrafo 2.º del artículo 15 del RRCGC establece la presunción de que existe persistencia en el abuso en el caso de que el contrato en que la cláusula declarada nula se incorpore sea de fecha posterior a la sentencia, siempre que hayan transcurrido tres meses desde la fecha de la inscripción de la sentencia firme en el RCGC. En estos casos, el Registrador comunicará al predisponente la presentación de estos contratos para que pueda hacer las alegaciones que tenga por convenientes en el plazo de siete días hábiles. La persistencia en la utilización de cláusulas nulas tiene como consecuencia la imposición de la sanción prevista en el artículo 24 de la LCGC, a cuyos efectos el Registrador habrá de comunicar este comportamiento al Ministerio de Justicia cuando practique las anotaciones preventivas por persistencia en la utilización de las cláusulas declaradas nulas (art. 15.5 del RRCGC).

III. EL CONTROL CONCRETO DE CONTRATOS CON CONDICIONES GENERALES POR EL REGISTRADOR QUE HAYA DE INSCRIBIR DERECHOS DERIVADOS DE ESTOS TITULOS

Cuando un contrato de condiciones generales de la contratación con trascendencia real, pues en otro caso, evidentemente, no tendría acceso al Registro de la Propiedad (32) —salvo las conocidas excepciones que el Ordenamiento Jurídico español prevé—, a diferencia de lo que sucede con el RCGC, al que tienen acceso todo tipo de condiciones generales de la contratación, al margen de que tengan trascendencia jurídico-real o jurídico-obligacional, pretenda tener acceso al Registro de la Propiedad, el Registrador habrá de desplegar la función calificadoradora que le atribuye el artículo 18 de la LH que se extiende,

(32) Dada la indudable naturaleza obligacional de la cláusula penal, ésta no resulta inscribible en el Registro de la Propiedad, pese a que las RRDGRN de 5-2-1990 [RJ 1990/727], 6-2-1990 [RJ 1990/728] y 7-2-1990 [RJ 1990/729] hayan considerado que son inscribibles al amparo de la unidad estructural del negocio en el que están insertas. La crítica a esta doctrina de la DGRN la realiza GARCÍA GARCÍA (vid., GARCÍA GARCÍA J. M., «La función registral calificadoradora, la protección de los consumidores y la cláusula penal en los autos del Presidente del TSJ de Cataluña», en *RCDI*, núm. 610, mayo-junio de 1992, págs. 1346 y sigs.).

entre otros extremos —legalidad de las formas extrínsecas, capacidad de los otorgantes—, a la validez de los actos dispositivos contenidos en él por lo que resulte de las escrituras que se le presentan y de los propios asientos del Registro. El Derecho Inmobiliario Registral ofrece vías de protección de los adherentes a condiciones generales y, en particular, de protección de los consumidores que participan en el tráfico jurídico, fundamentalmente a través de la información registral dirigida específicamente a los adherentes y a través del control que puede ejercer el Registrador sobre las cláusulas imprecisas y abusivas insertas en un contrato de condiciones generales.

En efecto, el Registrador habrá de calificar *la validez de los actos dispositivos* contenidos en las escrituras públicas que se presenten a inscripción, de manera que habrá de entrar en el fondo del negocio y de su examen resultará, en su caso, la denegación del acceso al Registro tanto de los pactos de naturaleza meramente obligacional (caso, *v.gr.*, de la cláusula penal), como de los que carezcan de validez por ser contrarios a normas de *ius cogens*. Si esto último no se admitiese, se estaría posibilitando y consintiendo el acceso al Registro de la Propiedad, con las consiguientes consecuencias que en orden a la presunción de validez resultan de la mera inscripción, de actos nulos de pleno derecho. En todo caso, aunque se mantenga la tesis aquí criticada conforme a la cual los medios limitados de que dispone el Registrador para realizar la calificación le impiden entrar en el análisis de la validez de las cláusulas de los contratos de condiciones generales que se presenten a inscripción, es preciso tener en cuenta que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 33 de la LH, la inscripción registral no convalida los actos o contratos que sean nulos con arreglo a las leyes y lo son, *ex* artículo 6.3 del Código Civil, aquéllos que contravengan una norma de *ius cogens* (imperativa o prohibitiva). La previsión expresa del artículo 33 de la LH presupone la posibilidad de que al Registro de la Propiedad tengan acceso actos o contratos nulos. La doctrina *hipotecarista* más reputada suele señalar expresamente al comentar este precepto que en ciertos casos es posible que tengan acceso al Registro de la Propiedad actos o contratos nulos por escapar de las redes de calificación del Registrador, matizando, acto seguido, esta afirmación con la observación expresa de que este hecho no es probable que se produzca, ocurriendo únicamente en los casos de error en la calificación registral del título o en aquellos otros casos en los que el vicio del título determinante de su invalidez escape al control calificador del Registrador, por no poder penetrar en lo hondo de la realidad del acto o negocio jurídico de que se trate, de igual forma que se han escapado previamente al control de legalidad del Notario autorizante (*v.gr.*, casos de falsificación o de falsedad del título, de simulación del acto o negocio jurídico, de reserva mental, de carencia de causa, de falta de identidad del otorgante, etc.), precisamente porque en la autorización y formalización del título que accede al Registro de la Propiedad habrá inter-

venido un Notario (art. 3 de la LH) u otro fedatario público similar que habrá de realizar un control de licitud y validez del título (el art. 145 del RN obliga al Notario a negar la autorización de la escritura pública cuando el acto o el contrato que pretenda en ella formalizarse sea contrario, en todo o en parte, a las leyes, a la moral o al orden público —en consecuencia, los pactos que vulneren disposiciones imperativas de la LGDCU o de la LCGC y que, por ello, sean nulos, no han de formalizarse en la escritura pública—) y, además, el Registrador habrá de llevar a cabo su labor de calificación con carácter previo a la inscripción (33). Sin embargo, pese a que la tesis criticada supone consagrar supuestos de acceso al Registro de cláusulas contractuales nulas e incluso de negocios jurídicos que adolecen de vicios determinantes de su nulidad *ipso iure*, lo que por inadmisibile que parezca sigue siendo tesis que goza de predicamento entre autores que gozan de merecido prestigio en nuestra doctrina.

La LCGC incide sobre esta materia en tres ámbitos, a saber: 1.º) Estableciendo la obligación del Registrador de informar a las partes sobre la aplicación de las normas sobre condiciones generales de la contratación. 2.º) Posibilitando al Registrador denegar, previa la correspondiente calificación, la inscripción en el Registro de la Propiedad de negocios jurídicos que contengan cláusulas de condiciones generales que hayan de reputarse nulas. 3.º) Estableciendo la libertad de comunicación directa del usuario con el Registrador (lo que se llama la «publicidad directa»). En las líneas que siguen se analiza cada uno de estos tres ámbitos relativos a la función y competencia de los Registradores en relación con los contratos de condiciones generales.

1.º LA OBLIGACIÓN DE INFORMACIÓN QUE RECAE SOBRE EL REGISTRADOR

El artículo 23 de la LCGC establece reglas de información específicas sobre condiciones generales de los contratos que recaen sobre los Notarios y sobre los Registradores. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 23.1 y 4 de la LCGC, los Notarios, Registradores de la Propiedad y Mercantiles y los Corredores de Comercio «*advertirán en el ámbito de sus respectivas competencias de la aplicación de esta Ley, tanto en sus aspectos generales como en cada caso concreto sometido a su intervención*». Al Notario, además, se le atribuyen importantes funciones de control de incorporación, pues ha de velar por el cumplimiento de los requisitos de incorporación en los

(33) ROCA SASTRE, R. M.^a y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho hipotecario*, T. II (*Fundamentos de la publicidad registral*), Ed. Bosch, Barcelona, 1995 (8.^a edic.) pág. 711.

documentos que autorice (art. 23.2 de la LCGC), imponiéndosele, además, el deber de advertir a las partes de la obligatoriedad, en su caso, de la inscripción de las condiciones generales. La LCGC regula, por lo tanto, la actuación de los profesionales oficiales al servicio de la protección del consumidor (34). El Ministerio de Justicia, al presentar esta norma en su *Boletín de Información* (núm. 1.820) resume las funciones de tales profesionales en los siguientes términos:

«Los Notarios, en la redacción de las escrituras velarán por la incorporación de las condiciones generales al contrato y porque su redacción se ajuste a las exigencias de transparencia, claridad, concreción y sencillez, sin incluir condiciones ilegibles, ambiguas, oscuras o incomprensibles. Asimismo, advertirán e informarán al consumidor, antes de la firma, de la existencia de condiciones generales y de la aplicación de esta Ley, con sus derechos y obligaciones. No podrá autorizar escrituras que contengan cláusulas declaradas judicialmente nulas por abusivas.»

A los Corredores de Comercio les corresponde la labor de informar al consumidor sobre la aplicabilidad, tanto de esta Ley como de la LGDCU, en los contratos en que intervengan.

(34) También en otros Ordenamientos Jurídicos de países integrantes de la UE las nuevas disposiciones normativas en materia de protección de los consumidores y de regulación de los contratos de condiciones generales han supuesto la imposición de nuevas obligaciones a los Notarios al acentuar su participación activa en orden a adecuar los contratos que autoricen a aquella normativa, especialmente en materia de contratos bancarios de financiación. Así lo pone de manifiesto, *v.gr.*, en el Ordenamiento Jurídico italiano, L. FAUSTI. Este autor, Notario de profesión, expone que no son de recibo los argumentos esgrimidos por la jurisprudencia italiana en orden a negar la compatibilidad entre la función notarial y el control de las cláusulas abusivas insertas en contratos de condiciones generales celebrados con consumidores y que se pueden sintetizar en los tres siguientes: 1.º) La proveniencia del acto del Notario excluiría de raíz que se pueda hablar de un acto de predisposición unilateral. Frente a este argumento, FAUSTI pone de relieve que en la realidad se puede verificar no sólo como los contratos de financiación no sólo vienen predispuestos unilateralmente por las Entidades de crédito, sino también que el *funcionario* encargado de la forma no tiene poder para cambiar su contenido a iniciativa propia ni de parte. 2.º) La doble firma del contrato de condiciones generales que exige el artículo 1.341 del *Codice Civile* contrastaría con la forma de los actos notariales prevista en el artículo 51 de la Ley núm. 89, de 16 de febrero de 1913. Frente a este argumento, el Notario FAUSTI alega que la forma del acto público es compatible con las exigencias derivadas de lo dispuesto en el artículo 1.341 del *Codice Civile*, siendo suficiente la doble firma del documento notarial si en él están incluidas las cláusulas consideradas abusivas. En caso contrario, será suficiente una expresa declaración de aprobación *ad hoc* en el cuerpo del acto. 3.º) La necesaria lectura del acto notarial garantizaría, en todo caso, el conocimiento —la cognoscibilidad— de las cláusulas de condiciones generales exigida por la Ley. Este argumento es el considerado más fuerte

Por último, los Registradores informarán al consumidor sobre sus derechos y obligaciones en orden a la aplicación de esta Ley, redactando las notas de inscripción, las notas simples informativas y las certificaciones con claridad y sencillez, facilitando la consulta del Registro con las debidas garantías y velando por la protección de datos de carácter personal. Asimismo, advertirán de la aplicación de esta Ley y denegarán la inscripción de las cláusulas nulas y declaradas nulas por abusivas».

Las disposiciones enunciadas de la LCGC impusieron una necesaria reforma del RH, llevada a cabo a través del Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, en cuya Exposición de Motivos se expone de manera explícita que una de las causas que hizo necesaria la reforma del RH que se opera a través de tal Real Decreto es la promulgación de la LCGC que ha afectado a la legislación hipotecaria, señalándose que la misma exige «un cambio de redacción de los preceptos reglamentarios relativos a la publicidad formal, información registral y asesoramiento (arts. 332 a 334 y 335) para adecuarlos a la LCGC, a la normativa sobre protección al consumidor y a la legislación sobre protección de datos de carácter personal».

Sin embargo, no todos los aspectos de la información profesional contemplada en la LCGC han tenido una respuesta correlativa en la reforma del RH. Así, la obligación profesional de advertencia contemplada en el artículo 23 del Capítulo VI de la LCGC («Los Notarios y Registradores de la Propiedad y Mercantiles advertirán, en el ámbito de sus respectivas competencias, de la aplicabilidad de esta Ley, tanto en sus aspectos generales como en cada caso concreto sometido a su intervención»). Pese a no ser objeto de transposición o reconocimiento expreso en el RH, en sus aspectos prácticos el precepto en cuestión ha sido objeto de desarrollo por la Circular 8/1998, de 24 de abril, del Decano del Colegio de Registradores, en la que se considera que dicha obligación de advertencia se concreta en la expresión genérica de la misma mediante una *breve nota* y es absolutamente independiente del carácter inscribible o no de las cláusulas configuradas como condiciones generales. Por lo tanto, la obligación del Registrador de realizar las advertencias es absolu-

por el autor que nos ocupa, pero pone de manifiesto que los contratantes pueden consentir que se omita la lectura del acto notarial, si bien el hecho de que no sean leídas por el Notario no excluye la exigencia legal de su conocimiento. Por esta razón señala que *de iure condendo* el acento habría de ponerse no tanto en la exigencia de la lectura del contenido de las estipulaciones del contrato autorizado por el Notario, sino en la necesaria *explicación* del mismo a los contratantes. Vid. FAUSTI, L., «I contratti bancari di finanziamento ed il ruolo del notaio», en *Consumatori, contratti, conflittualità* (a cura di C. Vaccà), Ed. EGEA, Milano, 2000, especialmente las págs. 460 a 463.

tamente independiente del carácter inscribible o no de las cláusulas configuradas como condiciones generales de la contratación.

En todo caso es claro que dicha nota habrá de servir para poner de manifiesto que el documento contiene condiciones generales, haciendo patente al usuario del Registro, tanto si es consumidor como si es un profesional, que el documento se halla bajo la especial protección de la LCGC. En consecuencia, la advertencia realizada por el Registrador facilitará al contratante (consumidor o no) la prueba de que el contrato está sometido a la LCGC. Sin embargo, el deber de advertencia que se impone al Registrador, en la práctica, resulta de difícil cumplimiento y de escasa virtualidad, dada la falta de inmediatez del Registrador con el negocio, lo que le imposibilita, generalmente, que pueda constatar la presencia de los requisitos necesarios para la calificación de una cláusula como condición general de la contratación (además, no parece muy necesario acumular esta advertencia a la que ya debería haber realizado el Notario en idéntico sentido).

Lo paradójico es que, *v.gr.*, en la constitución de la hipoteca las cautelas y obligaciones impuestas al Registrador se traducen en la advertencia que ha de realizar éste al predisponente de que el contrato contiene condiciones generales, pues es precisamente el predisponente quien se queda con el título. En estos casos, en orden a asegurar el éxito de la información profesional del Registrador, se requeriría el establecimiento de la obligación de hacer llegar al prestatario una copia inscrita del crédito hipotecario que recogiese las advertencias del Registrador [posibilidad que puede apoyarse en los arts. 5.1 de la LCGC y 10.1.a) de la LGDCU].

Si las condiciones generales constan en escritura pública, el artículo 23 de la LCGC, en su apartado 2, impone al Notario que vele por el cumplimiento de los requisitos de incorporación a que se refieren los artículos 5.º y 7.º de la LCGC. En orden a satisfacer esta exigencia, parece que será suficiente que el Notario se asegure de la referencia en el contrato a las condiciones generales, imponiéndole el apartado 3.º del mismo artículo 23 de la LCGC, la obligación de hacer constar en el contrato el carácter de condiciones generales de las cláusulas que tengan esta naturaleza y que figuren previamente inscritas en el RCGC, o la manifestación en contrario de los contratantes.

El artículo 147 del RN ya impone a los Notarios, además del deber de informar de forma insistente a una de las partes sobre el contenido de las cláusulas propuestas por la otra, prestando especial asistencia al otorgante necesitado de ella —parece indudable que se tratará del adherente, sea o no consumidor o usuario—, que expresen, en su caso, en el texto del documento, el hecho de haberse redactado la escritura conforme a minuta, su origen si pudiera determinarse, así como el carácter de condiciones generales de las cláusulas, lo que, al menos en el plano teórico, limita la posibilidad de discusión.

El párrafo 4.º del artículo 23 de la LCGC establece que «*los Corredores de Comercio en el ámbito de sus competencias, conforme a los artículos 93 y 95 del Código de Comercio, informarán sobre la aplicación de esta Ley*». Se trata de funciones de información y de control de legalidad equiparables a las de los Notarios, con lo que sirve lo expuesto en relación con éstos.

2.º LA FACULTAD DEL REGISTRADOR DE DENEGAR LA INSCRIPCIÓN
DE LAS CLÁUSULAS NULAS INSERTAS EN CONTRATOS DE CONDICIONES
GENERALES

a) *El marco normativo vigente*

La DA 1.ª-2 de la LCGC ha dado una nueva redacción al artículo 10 de la LGDCU y, en particular, a su apartado 6, en cuyo párrafo 1.º se dispone, ahora, que «*los Notarios y Registradores de la Propiedad y Mercantiles, en el ejercicio profesional de sus respectivas funciones públicas, no autorizarán ni inscribirán aquellos contratos o negocios jurídicos en los que se pretenda la inclusión de cláusulas declaradas nulas por abusivas en sentencia inscrita en el Registro de Condiciones Generales*» (35). En definitiva, el precepto en cuestión no hace más que aportar un elemento adicional, al margen de los

(35) El párrafo 1.º del artículo 10.6 de la LGDCU, a diferencia de lo que sucede en el párrafo 2.º del mismo precepto, al prever el deber de prestar información a los consumidores que se impone a los Registradores, Notarios y Corredores de Comercio, no alude a estos últimos. La elisión ha sido interpretada como un olvido del legislador al resultar indiscutible que la participación de éstos, en contratos celebrados con consumidores, puede darse —art. 93 del Código de Comercio— (SOLÉ RESINA, J., «Comentario a la DA 1.ª-2 de la LCGC», en *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación* [I. Arroyo, J. Miquel Rodríguez, coords.], *op. cit.*, pág. 281; BONARDELL LENZANO, R., «Comentario a la DA 1.ª-2 de la LGDCU», en *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación* [R. Bercovitz, coord.], *op. cit.*, pág. 749), afirmándose la facultad del Corredor de Comercio de negarse a intervenir en un contrato en el que se inserte una cláusula cuya nulidad haya sido declarada ya por una sentencia judicial inscrita, en atención a una interpretación teleológica del precepto que nos ocupa y a lo dispuesto expresamente en el artículo 83.1.c) del RIECC, modificado por el Real Decreto 1251/1997, de 24 de julio. En efecto, la interpretación conjunta de los dos incisos de este último precepto revela que el Corredor de Comercio advertirá a las partes del posible incumplimiento de las prescripciones contenidas en las normas de protección de los consumidores y usuarios —basándose para ello en su juicio fundado y ponderado—, pudiendo únicamente negarse a autorizar el contrato cuando este resultado negativo del control de legalidad del mismo se derive no sólo de su opinión, sino de la existencia de una resolución judicial firme al efecto. Esta última posibilidad es advertida también por U. NIETO CAROL («Información sobre condiciones generales y cláusulas abusivas: El papel del Corredor de Comercio colegiado», en *Condiciones Generales de la Contratación y Cláusulas Abusivas* [U. Nieto Carol, dir.], *op. cit.*, pág. 525).

previstos en los artículos 18 de la LH y 81 del RH, para calificar los negocios jurídicos en orden a su autorización a la inscripción registral de los derechos que de ellos se derivan. Por lo tanto, en principio parece que el Registrador no puede denegar la inscripción cuando entienda que una cláusula de un contrato de condiciones generales es nula, sino cuando tal nulidad conste inscrita en el Registro de Condiciones Generales y ello, parece evidente, aunque la sentencia en que se contenga la declaración de nulidad se refiera a contratos distintos a aquél que se pretende inscribir. Esta última afirmación se asienta en los siguientes argumentos: 1.º) El precepto hace referencia a las «cláusulas declaradas nulas». 2.º) La prohibición de uso de cláusulas abusivas se extiende a todos los contratos de condiciones generales. 3.º) Las cláusulas de condiciones generales se caracterizan por su propia naturaleza, por ser de uso uniforme y general, de manera que se muestran indiferentes frente a las circunstancias personales del adherente del concreto contrato singular al que se incorporan (las cláusulas predispuestas, por definición, adoptan la forma abstracta, ajena a las circunstancias personales de las partes, y en virtud de esta característica, cobran autonomía frente a la singularidad del contrato).

Sin embargo, la nueva redacción del apartado 2.º del artículo 258 de la LH, debida a la DA 2.ª de la LCGC («el Registrador denegará la inscripción de aquellas cláusulas nulas de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 2.º del artículo 10.bis de la LGDCU»), permite una interpretación más amplia de las facultades calificadoras del Registrador, como veremos a continuación. Interpretación más amplia que resulta más congruente con la afirmación contenida en la STC 4-7-1991 (BOE 29-7-1991), de conformidad con la cual, «la inscripción registral da fe de la validez del título», que a su vez se corresponde con la afirmación doctrinal de que, entre otros extremos, el ámbito de la labor de calificación abarca la comprobación de la validez y licitud del acto material contenido en el título que se presenta al Registro (36). Si esto es así, resulta claro que el Registrador no ha de ver restringidas sus facultades de calificación y, en concreto, la facultad de denegar la inscripción cuando considere fundadamente que alguna o algunas de las cláusulas que lo integran son nulas de pleno derecho. En efecto, la calificación realizada por el Registrador ha de ser completa y amplia en orden a evitar que accedan al Registro actos nulos o anulables ya que, de otra forma, el Registro, en vez de informar, crearía confusión respecto de su contenido y efectos (37).

(36) SERRANO ALONSO, E., *Conceptos fundamentales del Derecho Hipotecario*, Ed. Forum, Oviedo, 1993 (2.ª edic.), pág. 128.

(37) GARCÍA GARCÍA, J. M., «La función registral calificadora, la protección de los consumidores y la cláusula penal en los autos del Presidente del TSJ de Cataluña», *op. cit.*, pág. 1319.

El artículo 258.2 de la LH dispone que «*el Registrador denegará la inscripción de aquellas cláusulas declaradas nulas de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 2.º del artículo 10.bis de la LGDCU*». En el artículo de la LGDCU, al que se remite la LH, se establece la sanción de nulidad de pleno derecho de las condiciones y estipulaciones insertas en contratos celebrados con consumidores o con usuarios que tengan el carácter de abusivas, al tiempo que se prevé la subsistencia del resto del contenido del contrato, si es posible, que se integrará por el Juez que declare la nulidad mediante los mecanismos de integración contractual prevenidos en el artículo 1.258 del Código Civil. Por su parte el párrafo 1.º del artículo 10.6 de la propia LGDCU, al que podría entenderse que se remite en el precitado artículo de la LH, ambos en la redacción que les ha dado la LCGC, establece que «*los Notarios y los Registradores de la Propiedad y Mercantiles, en el ejercicio profesional de sus respectivas funciones públicas, no autorizarán ni inscribirán aquellos contratos o negocios jurídicos en los que se pretenda la inclusión de cláusulas declaradas nulas por abusivas en sentencia inscrita en el Registro de Condiciones Generales*». Tres son las diferencias que se aprecian entre los artículos 10.6, párrafo 1.º, de la LGDCU y el 258.2 de la LH:

1.ª) El artículo 10.6 de la LGDCU se refiere sólo a *cláusulas abusivas* que, además, constituyan condiciones generales de la contratación, mientras que el artículo 258.2 de la LH tiene un ámbito objetivo de aplicación más amplio: las cláusulas abusivas, sean o no condiciones generales (ambos conceptos coinciden en que se trata de cláusulas no negociadas, sino impuestas unilateralmente por una parte, pero para que la cláusula predispuesta sea, además, *condición general*, ha de estar destinada a aplicarse a una pluralidad de contratos, de manera que si determina un desequilibrio contractual contrario a la buena fe en detrimento del contratante consumidor o usuario podrá reputarse *abusiva ex* artículos 8.2 de la LCGC y 10 bis, apartado 1.º de la LGDCU).

2.ª) El artículo 10.6 de la LGDCU prohíbe la inscripción del propio contrato que contenga condiciones generales abusivas, mientras que el artículo 258.2 de la LH, más acertadamente (y en congruencia tanto con el art. 10.1 de la LCGC que, conforme a la máxima «*utile per inutile non vitiatur*», permite la subsistencia parcial del contrato, una vez eliminadas las cláusulas declaradas nulas, como con la legislación hipotecaria, que permite la denegación parcial de la inscripción), prevé la no inscripción en el Registro de la Propiedad de la cláusula declarada nula por abusiva —no necesariamente de todo el contrato—. En efecto, el contrato singular al que se incorporan cláusulas que tengan la naturaleza de CGC es, o puede ser, divisible, de manera que si puede subsistir sin la cláusula de CGC que ha de reputarse nula por abusiva (o por otro motivo), el contenido contractual subsistente puede tener acceso al Registro de la Propiedad.

3.^a) El artículo 10.6 LGDCU parece limitar, en atención a su tenor literal, las facultades de control del Registrador de la Propiedad y de no inscripción del contrato, únicamente al caso en que alguna de las cláusulas contenidas en él hayan sido declaradas nulas por abusivas en sentencia inscrita en el RCG. Por el contrario, el artículo 258.2 de la LH permite que el Registrador aprecie la nulidad de las cláusulas contractuales en el momento de realizar la calificación del título cuya inscripción registral se pretende, sin estar limitado por la existencia o no de sentencia inscrita que declare la nulidad de la cláusula.

b) *Interpretaciones doctrinales*

En cualquier caso y pese al tenor literal del artículo 10.6 de la LGDCU, no parece correcto considerar, como hacen algunos autores (38), que el Registrador sólo pueda impedir el acceso al Registro de la Propiedad de la cláusula que haya sido declarada judicialmente nula por abusiva e inscrita en el RCGC la sentencia que así la haya declarado, considerando que otra cosa supondría atribuir a los Registradores funciones cuasi jurisdiccionales. Antes bien, si se toma en consideración la naturaleza de la calificación registral, parece correcto entender que las facultades de calificación del Registrador se extienden, al menos, a la denegación de la inscripción de las cláusulas declaradas por la Ley como *abusivas* en todo caso (las contenidas en la *lista negra* de la DA de la LGDCU), aunque parece claro que algunas de éstas, por utilizar conceptos jurídicos indeterminados (v.gr., la «*indemnización desproporcionadamente alta*» contemplada en la cláusula 3.^a) o cláusulas generales, han de ser valoradas por el órgano encargado de aplicar el Derecho en el caso concreto.

Si la cláusula en cuestión ha sido declarada nula por medio de una sentencia judicial que resuelva una acción individual de nulidad o una acción colectiva de cesación o de retractación en virtud de la cual se haya declarado su nulidad debido a su carácter abusivo, como necesariamente tal resolución judicial ha de acceder al RCGC, el Registrador habrá de comprobar si en los libros de depósito de las condiciones generales de los contratos (con consulta

(38) Entre otros, ALFARO AGUILA-REAL, J., «El Proyecto de Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación», *op. cit.*, págs. 889 y sigs.; ABRIL CAMPOY, J. M., «Comentario a los artículos 11 y 13 de la LCGC», en *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación* (coordinados por I. Arroyo y J. Miquel Rodríguez), *op. cit.*, pág. 115; MARCO MOLINA, J., «La modificación por la nueva LCGC del sistema de publicidad formal en el Registro de la Propiedad», en *Las Condiciones Generales de la Contratación y la Ley 7/1998, de 13 de abril* (S. Espiau Espiau, Ed.), *op. cit.*, pág. 158.

al Registro Central) está inscrita la sentencia de declaración de nulidad de la cláusula en cuestión. Si es así, denegará la inscripción de la misma, en virtud de lo dispuesto expresamente en el artículo 10.6 de la LGDCU, puesto que la calificación del Registrador está vinculada por la sentencia inscrita en el RCGC (efecto prejudicial o prerregistral de las sentencias que se preveía también en relación con las resoluciones judiciales posteriores en el art. 19.4 del Proyecto de LCGC: «*La sentencia que estime la acción de cesación, una vez adquiera firmeza [cosa juzgada formal] vinculará a todos los jueces [cosa juzgada material en su función positiva o prejudicial] en los eventuales ulteriores procesos en que se inste la nulidad de cláusulas idénticas [identidad de cosas y causas] a las que hubieran sido objeto de la referida sentencia, siempre que se trate del mismo predisponente [identidad de personas y calidades]*», pero que fue modificado en la tramitación parlamentaria).

Pero el problema, como se ha advertido ya, se plantea en el caso de que la cláusula que puede reputarse, por su contenido, abusiva, no ha sido objeto de declaración judicial como tal. Parece que, de conformidad con el artículo 18 de la LH, y evidentemente sin perjuicio de las funciones propias de la jurisdicción (que se traduce en que, en todo caso, y al margen de la llamada vía gubernativa, la calificación registral es siempre susceptible de revisión judicial —en efecto, de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 66 de la LH y art. 101 del RH, los interesados pueden acudir a los Tribunales para que éstos se pronuncien expresamente sobre la nulidad o validez de la cláusula en cuestión. La calificación registral no impide que se entable proceso ante los Tribunales ni prejuzga su resultado—), el Registrador deberá calificar, en orden a la inscripción, *bajo su responsabilidad* (no puede delegar en otra persona ni consultar con sus superiores —art. 273 de la LH— y no está vinculado por los criterios seguidos anteriormente por el propio Registrador ni por sus antecesores en el cargo, ni puede recibir órdenes de sus superiores que le señalen la calificación procedente, de manera que únicamente está vinculado por las resoluciones que dicten los Presidentes de los TTSSJJ o la DGR en la vía gubernativa, pero sólo para el caso que las motiva, no para los sucesivos), *el carácter abusivo de las cláusulas que afecten a la eficacia real de los derechos inscribibles, denegando su inscripción, sin perjuicio de los recursos judicial o gubernativo, regulados por la legislación hipotecaria, que pudieran interponerse*. En similar sentido ha de interpretarse el artículo 258.2 de la LH. Esta tesis es defendida por la generalidad de los registradores (39)

(39) PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derechos reales. Derecho Hipotecario*, T. II (*Derechos reales de garantía. Registro de la Propiedad*), Ed. CER, Madrid, 1999 (3.^a edic.), pág. 150 (donde al hablar del contenido del derecho de hipoteca y, en particular de la hipoteca con cláusula de interés variable, expresamente escribe que «*las cláusulas, en su caso, deben atenerse a las exigencias de la legislación de defensa de los consumi-*

y también por algunos autores provenientes del ámbito universitario (40) o de la judicatura (41).

En efecto, a mi juicio, cuando son cláusulas abusivas las que son objeto de calificación, el Registrador de la Propiedad puede *enjuiciarlas* sin que haya de limitarse a comprobar si respecto de la cláusula en cuestión se ha dictado sentencia firme declarando su nulidad por abusiva, y sin que tampoco haya de limitarse a la comprobación de si tal cláusula está incluida en la *lista negra* de cláusulas que han de considerarse, en todo caso, como abusivas y,

dores. Por ejemplo, sería abusiva y **debe rechazarse por Notarios y Registradores** una cláusula que sólo prevea la variabilidad del interés en beneficio del acreedor»); GARCÍA GARCÍA, J. M., «La función registral calificadora...», *op. cit.*, págs. 1335 y sigs.; DÍAZ FRAILE, J. M.^a, «La protección registral al consumidor y la Directiva sobre cláusulas contractuales abusivas de 1993», en *RCDI*, núm. 622, mayo-junio de 1994, págs. 1033 y 1034; GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, J. L., «La incidencia de la legislación comunitaria sobre protección de los consumidores en la calificación registral de los préstamos hipotecarios» (Ponencia presentada al IX Congreso de Derecho Registral, 1993), en *La calificación registral (Estudio de las principales aportaciones doctrinales sobre la calificación registral)* (F. J. Gómez Gállico, Ed.), Ed. Civitas, Madrid, 1996, pág. 692; CHICO Y ORTIZ, J. M.^a, *Estudios sobre Derecho Hipotecario*, T. I, Ed. M. Pons, Madrid, 1994, pág. 605; BALLUGUERA GÓMEZ, C., «La información registral (arts. 332-334 y 335)», en *La reforma de los Reglamentos Hipotecario y del Registro Mercantil (por Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre)*, Ed. Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1998, pág. 257. De este parecer mayoritario se hacía eco también, antes de la promulgación de la LCGC y, por consiguiente, de la reforma del artículo 258.2 de la LH, aunque sin pronunciarse expresamente, GÓMEZ GÁLIGO, F. J., «La calificación registral», en *La evolución del Derecho Registral Inmobiliario en los últimos cincuenta años*, Ed. CRPME-CER, Madrid, 1997, pág. 187. En el ámbito de los profesionales que ejercen la fe pública, se manifestaban en sentido contrario en el momento de promulgación de la LCGC, CABANAS TREJO y NAVARRO VIÑUALES, «La intervención notarial en la nueva Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación: una propuesta de reflexión», en *La Notaría*, núm. 5, mayo de 1998, págs. 199 y sigs.

(40) Entre otros, ALBIEZ DOHRMAN, K. J., «El control de las condiciones generales imprecisas y abusivas en el ámbito registral», en *RCDI*, núm. 168, septiembre-octubre de 1993, págs. 1483 y sigs.; GUILARTE ZAPATERO, V., «Pactos en la hipoteca inmobiliaria», en *Tratado de garantías en la contratación mercantil* (U. Nieto Carol, coord.), T. II (*Garantías reales*), vol. 2 (*Garantías inmobiliarias*), Ed. Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio – Civitas, Madrid, 1996, pág. 170; ATAZ LÓPEZ, J., «Comentario al artículo 11 de la LCGC», *op. cit.*, pág. 378 (§ 215). En sentido contrario, tras la modificación del artículo 258.2 de la LH por la LCGC, se manifiesta expresamente MONSERRAT VALERO, quien considera que, precisamente con esta reforma, se viene a confirmar el criterio restrictivo sostenido por las RRDGRN de 1991 y 1992, «pues ordena al Registrador denegar la inscripción de aquellas cláusulas declaradas nulas, según lo dispuesto en el artículo 10.bis, párrafo segundo, de la LGDCU. Es decir, el Registrador sólo denegará la inscripción de las cláusulas declaradas judicialmente nulas, no la de las que él considere que lo sean» (MONSERRAT VALERO, A., *Derecho Inmobiliario Registral*, Ed. Civitas, S.L., Madrid, 2000, pág. 100).

(41) RAPOSO FERNÁNDEZ, J. M., «Las cláusulas abusivas en el préstamo y crédito bancarios», en *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 17, enero-marzo de 1996, págs. 228 y 229.

en consecuencia nulas, si no que en todos los supuestos en que considere que una cláusula incorporada en un contrato de condiciones generales es contraria a la buena fe, rompe el justo equilibrio de las contraprestaciones o perjudica de manera desproporcionada al consumidor o usuario la cláusula que tenga trascendencia real (arts. 2 de la LH y 51, regla 6.^a, *in fine* del RH) no debe ser inscrita.

Así, por ejemplo, la doctrina considera contrarias al justo equilibrio de las contraprestaciones y, en consecuencia, nulas, las cláusulas de interés variables previstas en los créditos hipotecarios (válidas *ex art.* 131.3.^a de la LH en su redacción anterior a la entrada en vigor de la LEC 1/2000 y art. 3 de la *Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios*) en las que se prevé la posibilidad de aumento, pero no la de disminución, así como aquéllas en las que se fija un tipo mínimo de fluctuación desproporcionado con el máximo previsto (42). Por su parte, la jurisprudencia ha considerado nula por abusiva, al perjudicar de forma desproporcionada o no equitativa al comprador consumidor y favorecer exclusivamente al vendedor profesional predisponente, la cláusula inserta en un contrato de compraventa de vivienda y anejos celebrado entre particulares y una inmobiliaria-financiera en el que el precio se abonaba mediante un pago inicial, varios posteriores mensuales, otra parte a la entrega de las llaves y el resto mediante la subrogación en un crédito con garantía hipotecaria que había sido previamente concertado por la inmobiliaria con una determinada entidad financiera. La cláusula contractual cuya validez se discutía en los casos resueltos por las sentencias de la AP de Navarra de 27-7-1998 [AC 1998/1722] y de la AP de Asturias de 5-3-1999 [AC 1999/1320] era aquélla pactada unilateralmente por la inmobiliaria con la entidad financiera en la que se establecía que la facultad de subrogación de los compradores en la posición de la inmobiliaria, en el crédito hipotecario previamente concertado por ésta, incluía el abono de los gastos de subrogación y de cancelación, incluidos los del Registro de la Propiedad, por los compradores y que podía variar en más o en menos, siendo necesaria, en consecuencia, una regularización posterior. Llegado el momento de la subrogación, los compradores advirtieron las diversas condiciones económicas del préstamo y ante la negativa de la inmobiliaria a considerar abusiva aquella cláusula optaron por cancelar anticipada-

(42) Entre otros, GARCÍA GARCÍA, J. M., «El Registrador de la Propiedad ante las cláusulas de interés variable de las hipotecas», en *RCDI*, núm. 560, enero-febrero de 1984, pág. 21; MURO VILLALÓN, J., «Hipoteca en garantía del interés. Los intereses variables. El llamado interés de demora», en *Hipotecas y seguridad jurídica* (AA.VV.), Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1991, pág. 153; ALVAREZ OLALLA, P., *La garantía de los intereses en el préstamo hipotecario*, Ed. Comares, Granada, 1999, pág. 173.

mente el préstamo en el que se habían visto obligados a subrogarse para lo que tuvieron que hacer frente al pago de la penalización por cancelación anticipada. En la demanda interpuesta solicitaban a la inmobiliaria demandada el abono de la cantidad satisfecha en concepto de penalización, la cantidad proporcional a los intereses correspondientes a la ampliación del nuevo préstamo necesaria para hacer frente al pago de la penalización, así como de los gastos derivados de la cancelación registral de aquel préstamo hipotecario. Las sentencias de las AAPP comentadas llegaron a la conclusión de que la cláusula discutida en la que se contenía la obligatoriedad de la subrogación perjudicaba de forma desproporcionada y no equitativa a los compradores y favorecía solamente al vendedor (contraria, pues, a lo establecido en el art. 10.bis 1 de la LGDCU en la redacción que le ha dado la LCGC —que, si bien no estaba en vigor en el momento en que se concertaron los contratos en cuestión, no es sino una precisión de la previsión contenida en el art. 10.1.c) de la LGDCU—) al que facilitaba una construcción más económica a costa de aquéllos, pues el crédito constituido por la inmobiliaria demandada lo había sido para financiar la construcción o promoción de las viviendas vendidas a los actores, ya que la subrogación no se produjo hasta el momento de entrega de las mismas ya construidas. Estos gastos han de ser soportados por el vendedor, debiendo el comprador soportar únicamente el precio de venta y, en su caso, los costes de financiación del mismo (43).

Por otra parte, si se redujese la facultad de control registral a las cláusulas abusivas incluidas en la mentada *lista negra*, el análisis de los Ordenamientos Jurídicos comparados que, con anterioridad al español, han adoptado este sistema, revela que en la práctica se convierte en un mecanismo de control inútil, puesto que los empresarios y profesionales predisponentes tratan de adaptar las condiciones generales que utilizan en su tráfico jurídico a las exigencias del Derecho (44).

La facultad de poder examinar, en el momento de realizar la calificación del título que se pretende tenga acceso al Registro de la Propiedad, el carácter abusivo de las cláusulas de condiciones generales no ha de ser confundida

(43) Las sentencias a las que me refiero, a las que pueden añadirse otras anteriores en el mismo sentido, como la SAP de Madrid de 11-11-1996 [RGD 1997, pág. 2969] han sido recibidas con el lógico beneplácito doctrinal. Así, E. RUBIO TORRANO, en la «nota» que les dedicó bajo el título «Préstamo hipotecario: nulidad de la cláusula de subrogación» en la sección «Tribuna» del núm. 11 de *Aranzadi Civil*, correspondiente a octubre de 2000, escribió: «Resoluciones de este tenor confirman la confianza depositada en la legislación protectora del consumidor, a la par que ponen de manifiesto cómo la misma va calando en los sectores sociales directamente afectados, en particular, en nuestro caso, en los adquirentes de viviendas» (pág. 13).

(44) ALBIEZ DOHRMAN, K. J., «El control de las condiciones generales imprecisas y abusivas en el ámbito registral», *op. cit.*, pág. 1478.

con las dificultades que pueden surgir cuando se interpretan las cláusulas utilizando simplemente la escritura pública en que se formaliza el contrato de condiciones generales y los asientos existentes en el Registro, aunque ambas cuestiones son confundidas con inusitada frecuencia en la doctrina que se ha ocupado del estudio de esta cuestión (45). En efecto, pese a ello, algún autor ha ponderado la sensatez de una línea doctrinal seguida por un importante número de resoluciones de la DGRN (aunque en realidad solamente resuelven tres cuestiones diversas) de principios de la década de los noventa en la que se mantiene precisamente que los limitados medios de calificación de que dispone el Registrador le impiden calificar el carácter abusivo de las cláusulas contractuales a tenor del artículo 10 de la LGDCU por derivarse de *conceptos jurídicos genéricos e imprecisos*, como son los de «buena fe y justo equilibrio de las contraprestaciones», «perjuicio desproporcionado o no equitativo del consumidor» o el «desequilibrio entre los derechos y las obligaciones de las partes en perjuicio del consumidor» (46).

(45) En este sentido, LLAVERO RODRÍGUEZ-PORRERO, M., «Las condiciones generales de la contratación y su control en el ámbito registral», en *La Ley*, 1998-I, pág. 1735.

(46) DE PABLO CONTRERAS, P., «Comentario al artículo 18 de la LH», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dirigidos por M. Albaladejo y S. Díaz Alabart), T. VII, vol. 4.º (arts. 18 a 41 de la LH), EDESA, Madrid, 1999, pág. 50, nota núm. 77. En el sentido restrictivo de las facultades del Registrador se había manifestado expresamente, entre otros, DE PRADA, J. M.: «Inscribibilidad de las cláusulas de los créditos hipotecarios», en *La Ley*, 1989-II, especialmente la pág. 1118; FERNÁNDEZ DE TEMES, E., «La seguridad jurídica en la contratación de créditos y préstamos bancarios: Clausulado y ejecución de estos contratos», en *La seguridad jurídica y el tráfico mercantil* (J. Bolás Alfonso y otros), Ed. Civitas, Madrid, 1993, pág. 154. Es este el criterio utilizado por la RDGRN de 6-2-1996 [RJ 1996/1025] para defender que en la calificación que ha de efectuar el Registrador Mercantil en el caso de la inscripción del acuerdo de revocación del nombramiento del auditor adoptado por acuerdo de la Junta General de una Sociedad Anónima alegando *justa causa* (ex art. 204.3 del TRLSA) no ha de entrar a valorar si la motivación alegada es legítima o no, que es cuestión reservada en exclusiva a la valoración de los órganos jurisdiccionales, sino que solamente ha de verificar que el acuerdo de revocación se ampara en una causa reputada por la Junta General como legítima y manifestada de forma expresa en el mismo (vid., compartiendo el parecer de la DGRN, SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., «La apreciación registral de la justa causa en la revocación del auditor de cuentas», en *RDBB*, núm. 62, abril-junio 1996, págs. 496 y 497). En este caso, la solución dada por la RDGRN en cuestión puede reputarse adecuada sin prejuzgar con ello cuál sea la respuesta adecuada la que nos preocupa en este estudio y es que la determinación de la concurrencia de la *justa causa* a efectos del artículo 204.3 del TRLSA se vincula con situaciones fácticas de apreciación discrecional que no tiene por qué resultar con nitidez del texto del acuerdo (v.gr., cambio del control de la sociedad, vulneración por el auditor de preceptos de la LSA en relación con el objeto, menciones preceptivas y plazo de emisión del informe de auditoría, etc.), mientras que la apreciación de las circunstancias que determinan la nulidad de las cláusulas de contratos de condiciones generales resulta del contenido obligacional del contrato cuya inscripción se pretende.

A juicio de los autores que preconizan este parecer, la limitación de las facultades de calificación de las cláusulas de los contratos de condiciones generales por el Registrador se deriva necesariamente del hecho de que en el procedimiento registral la prueba está tasada (*ex arts. 18 y 65, párr. 4.º, ambos de la LH*), lo que supone que el Registrador no puede tener en cuenta datos que conozca por circunstancias extrarregistrales (datos de los que no exista constancia en los libros del Registro), de manera que la calificación de los títulos habrá de realizarla en función de lo que resulte de ellos y de los asientos registrales vigentes (incluidos los asientos de presentación pero no los ya cancelados, obviamente). Eso sí, el Registrador está legitimado para pedir la presentación de los documentos complementarios que, a su juicio, le resulten necesarios para realizar la calificación (no se trata de que exija su presentación, sino de que la solicita, anunciando que, de no ser presentados, procederá a la suspensión o a la denegación de la inscripción). Por esta razón, resultaría posible que el *control de incorporación* de las condiciones generales al contrato pueda realizarlo el Registrador en la calificación, pues pese a que el artículo 23.2 de la LCGC cita sólo al Notario, la no incorporación exige únicamente un control extrínseco y formal del contrato, de manera que su apreciación puede realizarla el Registrador con los medios de prueba de que dispone: la no incorporación de las condiciones generales resultará de la propia escritura (art. 18 de la LH), se deducirá del texto de los documentos presentados para la inscripción o podrá conocerse a través de ellos (como señala el art. 98 del RH). Es esta misma razón la esgrimida en orden a afirmar que el *control de contenido o juicio de validez* de las condiciones generales queda sustraído de las facultades calificadoras del Registrador, que deberá limitarse a hacer suyo, en su caso, el derivado de una sentencia judicial firme e inscrita en el RCGC (47).

Desde esta perspectiva se enjuicia negativamente la modificación del artículo 258.2 de la LH llevada a cabo por la LCGC (DA 2.^a-4), admitiendo con ello que, en el momento presente, es claro que el Registrador al calificar puede apreciar la nulidad de una cláusula de un contrato de condiciones generales en atención a la infracción de normas imperativas de la LCGC o de cualquier otra Ley, pertenezca al sector del Ordenamiento Jurídico integrante del llamado *Derecho de consumo* (*v.gr.*, LGDCU, LCC, etc.) o no (*v.gr.*, LH, LCGC, LVPBM, etc.). Ciertamente los conceptos utilizados por el legislador en orden a definir cuándo determinadas cláusulas contractuales han de considerarse nu-

(47) COCA PAYERAS, M., «El Registro de Condiciones Generales de la Contratación y el Registro de la Propiedad», *op. cit.*, pág. 108; SOLÉ RESINA, J., «Comentario a la DA 1.^a-2 de la LCGC», en «Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación», *op. cit.*, pág. 281.

las por abusivas son cláusulas generales, diacrónicamente mutables de conformidad con las modificaciones de los fundamentos ideológicos de la conciencia social, que han de ser integradas en el caso concreto y en el momento presente (48), pero no llega a entenderse por qué el Registrador, del exclusivo análisis del contrato que constituye el título del que se derivan los derechos de naturaleza real que pretenden inscribirse, no puede llegar a la conclusión de que en el mismo se han insertado cláusulas que contravienen la buena fe, objetivamente considerada —como principio de equidad contractual— (49), o que rompen el justo equilibrio de las posiciones de las partes resultantes del contrato en cuestión [recuérdese que, de acuerdo con la tesis preconizada por R. BERCOVITZ (50) ya sobre la redacción originaria del art. 10.1.c) de la LGDCU, frente a las opiniones que consideraban que el precepto permitía un control de precios al interpretar estrictamente la exigencia del «justo equilibrio de las contraprestaciones», confirmada expresamente en el Derecho positivo tras la modificación operada por la LCGC, se exige un justo equilibrio entre «los derechos y obligaciones de las partes», de manera que la exigencia del justo equilibrio ha de extenderse a todo el contrato y no «únicamente a las prestaciones objeto del mismo»], pues estos conceptos suponen el reenvío a *standars* resultantes de la conciencia social apreciables por cualquier operador jurídico, sin perjuicio del ulterior control judicial.

La interpretación restrictiva de las facultades del Registrador en la calificación del contrato en el que se inserten cláusulas que puedan reputarse condiciones generales, se asienta fundamentalmente en el hecho de que en el trámite parlamentario de elaboración de la LCGC y, en concreto, en el trámite de aprobación del Proyecto de Ley por la Comisión de Justicia e Interior del Congreso, obedeciendo a una proposición *in voce* realizada por el GP Catalán, en la misma línea que una enmienda presentada por el GP de Coalición Canaria, basadas ambas iniciativas en el Dictamen del Consejo de Estado sobre el Proyecto de LCGC, se modificó el texto original del artículo 258.2 de la LH que asignaba al Registrador de la Propiedad la obligación de denegar la inscripción de cláusulas que fuesen nulas, de manera que el propio Registrador debía decidir sobre la licitud de dichas cláusulas conforme a la LGDCU y a la LCGC. Atribuir esta función al Registrador de la Propiedad se consideraba por los enmendantes como una invasión de funciones jurisdiccionales por aquél (en la enmienda

(48) ALPA, G., *Introduzione allo studio critico del diritto privato*, G. Giappichelli Ed., Torino, 1994, págs. 214 y sigs.

(49) ALVAREZ MORENO, M.^a T., *El desistimiento unilateral en los contratos con condiciones generales*, EDESA, Madrid, 2000, pág. 44.

(50) BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «La defensa contractual del consumidor o usuario en la LGDCU», en *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores* (A. Bercovitz/R. Bercovitz), Ed. Tecnos, Madrid, 1987, pág. 200.

núm. 123 presentada por el GP Catalán se afirmaba que «*la función calificadora no puede alcanzar el rechazo de la inscripción (...) porque este modo de proceder podría suponer una invasión en la libertad de los particulares y en la tutela judicial de los derechos*»). Definitivamente se aprueba el vigente texto en el que se establece que «*el Registrador denegará la inscripción de aquellas cláusulas nulas de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 2.º del artículo 10.bis de la LCGC*» (art. 258.2 LH) sin necesidad de que exista una previa declaración judicial al efecto, a diferencia de lo que se establece en el artículo 10.6 de la LGDCU en el texto aprobado en la misma DA 1.ª de la LCGC, en el que se exige que la no inscripción del contrato por el Registrador se ampare en la existencia de una sentencia inscrita en el RCGC, declarando nula una cláusula inserta en un contrato que pretenda acceder al Registro de la Propiedad. Con ello, en definitiva, se está afirmando que, en la función calificadora, el Registrador no ha de prescindir de lo que dispone la LGDCU sobre nulidad de las cláusulas no negociadas individualmente insertas en un contrato celebrado con consumidores o usuarios.

A las razones hasta el momento expuestas, en orden a justificar la limitación de la función calificadora del Registrador cuando lo presentado a inscripción es un contrato concertado a través de condiciones generales de la contratación, se pueden añadir algunas otras esgrimidas por ALFARO (51) respecto del *Proyecto de Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación* publicado en el *BOCG* de 5 de septiembre de 1997 (52), en el que ya se preveía la modificación, finalmente aprobada, del artículo 258.2 de la LH. Aporta este autor, fundamentalmente, cuatro argumentos en orden a rechazar, en la fase de elaboración de la LCGC, que ésta conceda legitimación a los Registradores para calificar como abusivas cláusulas contractuales que pretendan su inscripción en el Registro de la Propiedad:

1.º) La atribución a los Registradores de esta facultad supone una contradicción de plano de las afirmaciones realizadas en la propia Exposición de Motivos de la LCGC respecto de lo que ha de ser la regulación que se contenga en el texto legislativo proyectado. Pues bien, con independencia del valor que haya de darse a las Exposiciones de Motivos de las leyes —que, en todo caso carecen de valor normativo directo, aunque tienen un indudable valor de interpretación auténtica del texto articulado de las mismas—, las afirmaciones contenidas en el apartado III de la Exposición de Motivos del texto de la LCGC aprobado («...*las funciones calificadoras nunca se extenderán a lo que es com-*

(51) ALFARO AGUILA-REAL, J., «El Proyecto de Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación...», *op. cit.*, págs. 889 a 891.

(52) *BOCG*, Congreso de los Diputados, VI Legislatura, 5 de septiembre de 1997, Serie A, núm. 78-1.

petencia judicial, como es la apreciación de la nulidad de las cláusulas, sin perjuicio...») —idénticas a las afirmaciones a las que alude ALFARO contenidas en el Proyecto de Ley de septiembre de 1997— se refieren exclusivamente a las funciones calificadoras del Registrador encargado de la llevanza del Registro de Condiciones Generales de la Contratación respecto de la inscripción —si se quiere, *depósito*— de modelos contractuales en dicho Registro con absoluta independencia de su inclusión en concretos contratos y, por lo tanto, en nada afectan a las tareas propias de calificación registral que ha de realizar cuando se pretenden inscribir en el Registro de la Propiedad derechos reales derivados de títulos constituidos por contratos de condiciones generales.

2.º) Contradice la doctrina de la DGRN. La afirmación es parcialmente cierta, ya que el autor criticado omite la cita de la RRDGRN en las que este órgano directivo acoge una, a mi juicio, más acertada línea resolutive y que se comentan de inmediato. En todo caso, la existencia de una determinada línea jurisprudencial no es obstáculo alguno para que el legislador decida modificar el marco normativo o, como a mi juicio hizo con la modificación del artículo 258.2 de la LH, aclararlo en un determinado sentido, cuando podía ser objeto de interpretaciones dispares.

3.º) La función calificadora no puede alcanzar a rechazar la inscripción alegando el incumplimiento de requisitos legales o la nulidad de determinadas cláusulas ya que ello supondría una invasión intolerable en la libertad de los particulares y en la tutela judicial de los derechos. La afirmación del profesor ALFARO, amén de que, en sus presupuestos, parece no tomar en consideración la esencia de la calificación registral (53), no puede menos que sorprender en el marco de la legislación protectora del adherente a condiciones generales (y más sorprenderá cuando el adherente sea un consumidor o un usuario). No se puede afirmar que la calificación que realice el Registrador interfiere en la autonomía de la voluntad de los particulares más de lo que lo hacen las normas imperativas o de orden público contempladas como límites de la misma en el artículo 1.255 del Código Civil, o es que, ¿se pretende que los operadores jurídicos que realizan funciones públicas respalden con sus decisiones infracciones de las normas imperativas y las doten de efectos jurídicos frente a terceros a través de su inclusión en un Registro público con efectos jurídicos? Si los particulares, en el ejercicio de su autonomía privada, quieren concluir pactos prohi-

(53) No ha de olvidarse que, en afirmación debida a Díez-PICAZO al exponer, precisamente, el objeto de la calificación registral, pero que podría atribuirse a la generalidad de los tratadistas del Derecho Inmobiliario Registral, «no podrán tener acceso al Registro de la Propiedad los actos o negocios que jurídicamente deban calificarse como nulos, inexistentes o anulables» [cfr. Díez-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial*, vol. III (*Las relaciones jurídico-reales. El Registro de la Propiedad y la posesión*), Ed. Civitas, Madrid, 1995 (4.ª edic.), pág. 386].

bidos por la legislación reguladora de los contratos de condiciones generales, para obviarlos, si no se trata de contratos entre profesionales y consumidores o usuarios, pueden acudir a un sencillo expediente cual es el constituido por la conclusión de un contrato con el mismo contenido pero negociado, todo él, de forma bilateral. En todo caso, si la inscripción no es constitutiva, la denegación de la misma no obsta la eficacia obligacional del contrato.

4.º) Supone la atribución de competencia a la jurisdicción contencioso-administrativa para conocer sobre el carácter abusivo o no de las cláusulas contractuales insertas en contratos celebrados entre particulares, puesto que contra la calificación del Registrador debería acudirse a esta jurisdicción y no a la civil. Ciertamente ha sido cuestión debatida en la jurisprudencia y en la doctrina la jurisdicción competente para conocer de la tutela judicial frente a la decisión del recurso gubernativo por la DGRN. Sin embargo, frente a la afirmación realizada por el especialista en Derecho mercantil es necesario poner de relieve que a partir de la STS (Sala 1.ª) de 22-12-1994 [RJ 1994/10498] —en la que se conocía de la impugnación de una RDGRN en materia mercantil—, seguida por otras de la misma Sala y por el Auto de 21-7-1997, la impugnación de las Resoluciones de la DGRN han de realizarse ante el orden jurisdiccional civil (54).

Frente a las afirmaciones en las que se apoyan las tesis limitativas de la función del Registrador ante la calificación de contratos de condiciones generales, GARCÍA GARCÍA pone de manifiesto que la inteligencia restrictiva de las facultades del Registrador asentada en la afirmación del tópico de la limitación de los medios de que dispone en la función calificadora *ex* artículo 18 de la LH, olvida un dato fundamental: que junto a los documentos presentados en orden a la práctica de la inscripción registral y a los asientos del Registro (entre los que han de incluirse ahora las inscripciones de las ejecutorias de sentencias

(54) La STS citada en el texto viene a confirmar pronunciamientos en el mismo sentido vertidos en las SSTSJ de Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 23-12-1993, 7-9-1994, 7-2-1995 y 28-11-1998; así como en la STSJ de Andalucía, de 26-5-1997. Vid., entre otros, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., «Derechos Reales. Derecho Hipotecario», T. II, *op. cit.* (3.ª edic.), pág. 476; GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., «Procedimiento registral y modo de llevar el Registro...», en *La reforma de los Reglamentos Hipotecario y del Registro Mercantil*, *op. cit.*, págs. 167 y sigs.; GÓMEZ GÁLLIGO, F. J.-DEL POZO CARRAS-COSA, P., *Lecciones de Derecho Hipotecario*, Ed. M. Pons, Madrid, 2000, especialmente la pág. 90; SÁNCHEZ-PEGO FERNÁNDEZ, F. J., «Comentario al artículo 66 de la LH», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dirigidos por M. Albaladejo y S. Díaz Alabart), T. VII, vol. 5.º (arts. 42 a 103 de la LH), EDESA, Madrid, 2000, págs. 432 y sigs.; MONSERRAT VALERO, A., «Derecho Inmobiliario Registral», *op. cit.*, pág. 121. Esta solución jurisprudencial había recibido confirmación legislativa expresa en la redacción que el Real Decreto 1867/98, de 4 de septiembre, le había dado al último párrafo del artículo 131 del RH, si bien, como es sabido, la STS (Sala 3.ª) de 22-5-2000 (AJA ref. 445/2) ha declarado nula tal reforma por infracción de la reserva de ley a que está sometida esta materia.

declarando nulas determinadas cláusulas de condiciones generales) a que alude el artículo 18 de la LH, el Registrador ha de tener en cuenta toda la legalidad, todas las leyes del Ordenamiento Jurídico para comprobar si los documentos presentados se acomodan o no a ellas, sin que pueda limitarse la calificación a un examen de adecuación sólo a determinadas leyes (55).

c) *La doctrina de la DGRN*

En la Resolución de 7-9-1988 [RJ 1988/7000], la DGRN admitió la aplicación directa de las previsiones contenidas en el artículo 10 de la LGDCU por el Registrador en la calificación, de manera que podría en este momento apreciar la nulidad de pleno derecho de una cláusula del contrato de condiciones generales que se haya presentado a inscripción y, en consecuencia, denegarla respecto de la cláusula —o cláusulas— aquejada de tal vicio. En el caso resuelto por esta RDGRN se trataba de determinar si era inscribible en el Registro de la Propiedad una cláusula inserta en un contrato de préstamo con garantía hipotecaria en la que se establecía un tipo de interés remuneratorio variable. Para analizar adecuadamente los supuestos de este tipo, ha de partirse de la admisión de las dos premisas siguientes que, a mi juicio, y en el de la común doctrina, resultan incuestionables: 1.^a) El principio de especialidad proclamado en el artículo 12 de la LH exige que en las inscripciones registrales de las hipotecas se determine no sólo el importe principal del crédito garantizado, sino también el de los intereses si se hubiesen estipulado (especificación que ha de completarse con las previsiones de los arts. 114, 115 y 147, todos de la LH) (56). 2.^a) La LGDCU, como también la LCGC, cuando se trata de contratos celebrados con cláusulas predispuestas, es apli-

(55) GARCÍA GARCÍA, J. M., «La función registral calificadora...», *op. cit.*, pág. 1335.

(56) Vid., por todos, ROCA SASTRE, R. M.^a y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho Hipotecario*, T. VIII (*Hipotecas*), Ed. Bosch, Barcelona, 1998 (8.^a edic.) págs. 80 y sigs. Del principio registral de especialidad, la DGRN (entre otras, Resoluciones de 24-3-1997 [RJ 1997/2047], y seis de fecha 21-7-1997 [RJ 1997/5799, 5800, 5801, 5802, 5803 y 5804]) ha derivado la no inscribibilidad del pacto de anatocismo, de manera que en el momento de la ejecución de la hipoteca «el acreedor no puede pretender el cobro del eventual exceso de los intereses devengados sobre los garantizados con cargo a la cantidad fijada para la cobertura del principal, ni a la inversa. Y así lo impone legalmente el necesario respeto de la limitación legal de la responsabilidad hipotecaria en perjuicio de tercero establecida en el artículo 114 de la LH» (FJ 2.^o RDGRN 24-3-1997) y ello con independencia de la validez obligacional del pacto en virtud de lo dispuesto en los artículos 1.109.1 del Código Civil y 317 del Código de Comercio (sobre esta cuestión, vid., entre otros, DUQUE DOMÍNGUEZ, J. F., «Condiciones abusivas de crédito», en *Crédito al consumo y transparencia bancaria*, *op. cit.*, págs. 620 a 623; BLASCO GASCÓ, F. DE P., *La hipoteca inmobiliaria y el crédito hipotecario*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, págs. 280 y 281).

cable a los contratos bancarios (57). A estos efectos ha de tenerse especialmente en cuenta la precisión establecida en el artículo 1.2 de la LCGC y, en parecidos términos en el párrafo 2.º del artículo 10.bis.1 de la LGDCU, de conformidad con los cuales el hecho de que ciertos elementos de una cláusula o alguna cláusula aislada hayan sido objeto de negociación individual, no excluye la aplicación de la LCGC al resto del contrato, en el primer caso, ni del artículo 10.bis de la LGDCU, en el segundo.

En la cláusula contractual cuya validez se cuestionaba en la RDGRN, antes citada, se preveía que el tipo de interés anual aplicable sería idéntico al que rigiese en la misma entidad financiera como tipo de interés preferencial para los préstamos con garantía hipotecaria. El Registrador denegó su inscripción al considerar que se incurría en el defecto insubsanable de dejar la fijación de los intereses al arbitrio exclusivo de la entidad acreedora, infringiendo de esta forma el principio general consagrado en el artículo 1.256 del Código Civil, en tanto que determina que no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes la validez y eficacia del contrato, siendo nulo el pacto que faculte al acreedor para fijar unilateralmente la variación de los intereses, puesto que mediante una modificación sustancial al alza del tipo de interés por el prestamista se podría provocar el ejercicio de la facultad de rescisión del contrato por el prestatario (58). Interpuesto recurso gubernativo por la

(57) Vid., por todos, CUÑAT EDO, V., «Las fuentes reguladoras de la actividad contractual bancaria», en *Estudios de Derecho bancario y bursátil (Homenaje a E. Verdura y Tuells)*, T. I, Ed. La Ley, Madrid, 1994, especialmente las págs. 617 y sigs.; ANDREU MARTÍ, M.ª M., *La protección del cliente bancario*, Ed. Tecnos, Madrid, 1998, págs. 60 y sigs.; RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., «Contratación bancaria y protección de los consumidores. El Defensor del Cliente y el Servicio de Reclamaciones del Banco de España», *Instituciones del mercado financiero (Contratos bancarios)* (J. Martínez-Simancas Sánchez; A. Alonso Ureba, dirs.), vol. I, Ed. La Ley – Actualidad / BSCH, Madrid, 1999, págs. 61 y sigs.

(58) La generalidad de la doctrina coincidía con estas apreciaciones al señalar que establecer como índice para la determinación del tipo de interés variable de los créditos hipotecarios el preferencial de la propia Entidad prestamista o de otras del grupo empresarial al que pertenezca (en este sentido, SAP de Madrid de 28-2-1995; comentada por R. COLINA GAREA en *RDBB*, núm. 63, julio-septiembre de 1996, págs. 721 y sigs.) no satisface la exigencia de que se fije con arreglo a índices de naturaleza objetiva; vid., entre otros, AVILA NAVARRO, P., *La hipoteca (Estudio registral de sus cláusulas)*, Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1990, págs. 109 y sigs.; YSÁS SOLANES, M.ª: «Las obligaciones garantizadas con hipoteca en el contrato de préstamo», en *Derecho de los Negocios*, núm. 34-35, julio-agosto de 1993, pág. 7; *ibidem*, *El contrato de préstamo con garantía hipotecaria*, Ed. La Ley, Madrid, 1994, págs. 97 y sigs. Precisamente como consecuencia de la toma de postura de los Registradores y de la propia DGRN en relación con este tipo de cláusulas de fijación de los intereses variables de los créditos hipotecarios por referencia al tipo preferencial de la propia entidad prestamista, la normativa sectorial recogió la prohibición de los mismos. Pocos meses después de la publicación de la RDGRN de 7-9-1988 [RJ 1988/7000], la

representación de la Entidad financiera, argumentando la validez de la cláusula en la que se toma como referencia para fijar el interés el tipo preferencial propio, pues se publica y comunica al Banco de España, citando a favor de su tesis la Circular 12/1981, de 24 de febrero, del Banco de España, dictada en desarrollo de la Orden de 17 de enero de 1981, en la que se recomendaba, entre otros, la utilización de este criterio para fijar el tipo de referencia para créditos, el Presidente de la AT de Valladolid revocó la nota del Registrador al considerar que la cláusula en cuestión no comportaba dejar al arbitrio de uno de los contratantes el cumplimiento del contrato. La DGRN acordó confirmar la nota del Registrador, pues a juicio de la misma resultaba *«evidente que la estipulación va contra la norma que establece que “la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los*

Circular del Banco de España 15/1988, de 5 de diciembre, estableció que *«los tipos publicados o practicados por la propia Entidad, o por otras de su grupo, no podrán ser utilizados por ninguna de estas Entidades como referencia en las operaciones activas o pasivas concertadas a tipo de interés variable a partir de la entrada en vigor de esta Circular»*. Posteriormente la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda, de 12 de diciembre de 1989, *sobre tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad*, publicada al amparo de la previsión contenida en el artículo 48.2.d) de la Ley 267/1988, de 29 de julio, de *Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito* (en este artículo se faculta al MEH para que, con la finalidad de proteger los legítimos intereses de la clientela activa y pasiva de las entidades de crédito, y sin perjuicio de la libertad de contratación, dicte las normas necesarias para que la publicidad, por cualquier medio, de aquellas entidades, incluya todos los elementos necesarios para apreciar sus verdaderas condiciones, regulando las maneras de control administrativo de la misma, pudiendo establecer el régimen de control previo), en el apartado 4.d) de su artículo 7 estableció esta misma prohibición, al exigir que en los contratos relativos a operaciones activas o pasivas en las que intervenga el tiempo habrán de figurar *«los derechos que contractualmente correspondan a la entidad de crédito en orden a la modificación del tipo de interés pactado, que no podrá tomar como referencia los de la propia entidad u otras de su grupo, o la modificación de las comisiones o gastos repercutibles aplicados; el procedimiento a que deberán ajustarse tales modificaciones, que en todo caso deberán ser comunicadas a la clientela con antelación razonable a su aplicación; y los derechos de que, en su caso, goce el cliente cuando se produzca tal modificación»*, al tiempo que se prevé que la obligación de comunicación personal de las variaciones a los clientes puede sustituirse mediante la publicación, con anterioridad a su aplicación, en un diario de difusión general de la modificación del tipo de interés que sirva de referencia, si es que esta posibilidad se haya prevista en el contrato y se ha indicado el medio en que la publicación ha de realizarse. La Circular del Banco de España 8/1990, de 7 de septiembre, que desarrolla esta Orden, se limita a matizar algunas de sus previsiones, estableciendo que si se interrumpe la publicación del diario previsto contractualmente para dar publicidad a la variación de los tipos de interés convenidos, se notifique la sustitución a los clientes, así como la necesidad de que la comunicación de la primera variación se haga de forma personalizada, pudiendo aplicarse de forma automática las modificaciones si son en beneficio del cliente. Vid. ORDÁS ALONSO, M., *La deuda de intereses en las pólizas de crédito bancario (adaptada a la Ley 46/1998, de 17 de diciembre, sobre introducción del Euro)*, Ed. Comares, Granada, 1999, págs. 481 y sigs.

contratantes" (cfr. arts. 1256 del Código Civil y 10.c.2.º de la LGDCU)», frente a lo que «no cabe objetar que los nuevos intereses no vinculan necesariamente a los prestatarios, puesto que éstos tienen un mes para optar por devolver el préstamo» (59). En este sentido, recuérdese que entre las cláusulas o estipulaciones que, en todo caso, tienen el carácter de abusivas recogidas en la DA 1.ª de la LGDCU, tras su reforma por la DA 1.ª de la LCGC, se enuncian expresamente aquéllas que suponen una vinculación del contrato a la voluntad del profesional y, entre éstas «la reserva a favor del profesional de facultades de interpretación o modificación unilateral del contrato sin motivos válidos especificados en el mismo, así como la de resolver anticipadamente un contrato con plazo determinado si al consumidor no se le reconoce la misma facultad o la de resolver en un plazo desproporcionadamente breve o sin previa notificación con antelación razonable un contrato por tiempo indefinido, salvo por incumplimiento del contrato o por motivos graves que alteren las circunstancias que motivaron la celebración del mismo», precisándose en el párrafo siguiente que «en los contratos referidos a servicios financieros lo establecido en el párrafo anterior se entenderá sin perjuicio de las cláusulas por las que el prestador de servicios se reserve la facultad de modificar sin previo aviso el tipo de interés adeudado por el consumidor o al consumidor, así como el importe de otros gastos relacionados con los servicios financieros, cuando aquéllos se encuentren adaptados a un índice, siempre que se trate de índices legales y se describa el modo de variación del tipo, o en otros casos de razón válida, a condición de que el profesional esté obligado a informar de ello en el más breve plazo a los otros contratantes y éstos puedan resolver inmediatamente el contrato. Igualmente podrán modificarse unilateralmente las condiciones de un contrato de duración indeterminada, siempre que el prestador de servicios financieros esté obligado a informar al consumidor con antelación razonable y éste tenga la facultad de resolver el contrato, o, en su caso, rescindir unilateralmente, sin previo aviso en el supuesto de razón válida, a condición de que el profesional informe de ello inmediatamente a los demás contratantes» (DA 1.ª-I.2.ª de la LGDCU) (60). Entre otras consecuencias, de esta disposición se deriva que

(59) En el mismo sentido, DÍAZ ALABART señala que la cláusula discutida no sólo contraría los apartados 2.º y 5.º del artículo 10.1.c) de la LGDCU (en su redacción original) a los que alude el Registrador, sino que también encontraría acomodo en su apartado 4.º en el que se mencionan las condiciones abusivas del crédito [DÍAZ ALABART, S., «Comentario al artículo 10.1.c) de la LGDCU», en *Comentarios a la LGDCU* (R. Bercovitz y J. Salas, coords.), Ed. Civitas, S.A., Madrid, 1992, pág. 282].

(60) ALVAREZ MORENO, en relación con la exención que introduce este párrafo, expone que la *causa válida* a que hace referencia ha de ser equivalente a *razón objetiva, justa y suficiente* que, en todo caso, ha de consignarse en el contrato y reflejar no sólo la atribución de esta facultad extintiva a la entidad financiera, sino también las causas en

la cláusula contractual inserta en un contrato celebrado con un consumidor (sea persona física o jurídica) por una entidad financiera en la que se permita a ésta modificar unilateralmente las condiciones del crédito —tipos de interés, comisiones, gastos repercutibles al consumidor— será nula por abusiva si no se ajusta a la normativa sectorial sobre transparencia bancaria protectora del cliente en la que, por ser precisamente ésta la finalidad última de la misma, se permite aplicar automáticamente las modificaciones de aquellos elementos que impliquen claramente un beneficio para éste.

En el mismo sentido que la RDGRN que se acaba de analizar, pueden citarse las Resoluciones del mismo órgano directivo de 16-2-1990 [RJ 1990/730], 16-3-1990 [RJ 1990/2301], 26-12-1990 [RJ 1990/10497] y de 17-3-1994 [RJ 1994/2024]. En ellas también parece admitirse que la calificación registral se extienda al análisis de la validez de las cláusulas insertas en contratos de condiciones generales en virtud de las normas propias del Derecho de consumo, pues pese a que revocan el parecer del Registrador consistente en apreciar la nulidad de determinadas cláusulas de variación de intereses insertas en contratos de constitución de hipotecas, el criterio de la DGRN se asienta en la adecuación de las mismas a las normas de protección de los consumidores y no en la falta de competencia del Registrador para calificar en atención a éstas (o, en general, a las normas imperativas de protección del adherente en los contratos de cláusulas predispuestas). En efecto, así se deduce del siguiente fragmento contenido en los Fundamentos de Derecho de las antedichas RRDGRN: «*Tampoco es posible rechazar esta cláusula [se refiere a la cláusula de intereses variables en el préstamo con garantía hipotecaria] porque —en opinión de la Registradora plasmada también en la nota— “se encuentra bajo la sanción de nulidad del artículo 10 de la LGDCU”. Es claro que no puede cualquier cláusula de variación de interés ser tachada con nulidad ipso iure sin invocar otro motivo que el de “ser cláusula de variación de intereses en la contratación con el público” y, además, una protección que excluyera la posibilidad de intereses variables, se traduciría inmediatamente, en la práctica, en la exclusión del consumidor en las ventajas del crédito a largo plazo*». La Resolución se funda, en definitiva, en la admisión de la inscripción de la hipoteca en garantía de intereses variables siempre y cuando tales intereses puedan ser, en su momento, determinados con arreglo a un factor objetivo y se señale el límite máximo de responsabilidad hipotecaria y en que esta cláusula no infringe el principio hipotecario de especialidad ni puede reputarse

las que puede basarse el ejercicio de la resolución (ALVAREZ MORENO, M.^a T., *El desistimiento unilateral en los contratos con condiciones generales*, EDERSA, Madrid, 2000, pág. 351).

nula *ipso iure* por vulnerar normas de protección de los consumidores contenidas en la LGDCU (61).

Por el contrario, la interpretación restrictiva de las facultades del Registrador en la calificación parece ser conforme con una línea interpretativa mantenida de manera uniforme por la DGRN en varias resoluciones de principios de la década de los años noventa. En ellas se consideraba que los medios de calificación de que dispone el Registrador, *ex* artículo 18 de la LH, le impiden apreciar si las concretas estipulaciones insertas en un contrato que se le presenta tienen, o no, carácter abusivo conforme a las previsiones del artículo 10 de la LGDCU —el criterio sería extensivo, obviamente, a los motivos de nulidad derivados de la LCGC— (RRDGRN 8-10-1991 [RJ 1991/7494], 9-10-1991 [RJ 1991/7495], 10-10-1991 [RJ 1991/7496], 11-10-1991 [RJ 1991/7947] y 14-10-1991 [RJ 1991/7948], en las que se debatía, entre otras cuestiones —validez e inscribibilidad de la cláusula en la que se establece la inversión de la carga de la prueba en beneficio de la entidad vendedora y en perjuicio de los compradores— la inscribibilidad de la cláusula de resolución automática de la venta en virtud de notificación realizada por el vendedor, sin tener en cuenta lo que pueda alegar el comprador. Las mentadas RRDGRN declaran la inscribibilidad de una cláusula de resolución por impago respecto de la que se constata que estipulada al amparo del artículo 1.504 del Código Civil no es equiparable a la facultad discrecional de resolución que habrá de considerarse abusiva y, en consecuencia nula, *ex* artículo 10.1.c.2.º de la LGDCU, rebatiendo el parecer del Registrador que había sido confirmado por un Auto del Presidente del TSJ de Cataluña de 15-10-1990 (62).

En este sentido se pronuncian también las RRDGRN de 4-5-1992 [RJ 1992/4835; FJ 6.º]; 1-6-1992 [RJ 1992/5814; FJ 4.º]; 29-6-1992 [RJ 1992/5951; FJ 4.º]; 6-7-1992 [RJ 1992/6251; FJ 4.º]; 9-7-1992 [RJ 1992/6257]; 11-7-1992 [RJ 1992/6531]; 13-7-1992 [RJ 1992/6533]; 14-7-1992 [RJ 1992/6535] y de 11-7-1992 [RJ 1992/6541]. En las precitadas resoluciones se planteaba, además de otras cuestiones, como la relativa a la inscribibilidad de pactos de vencimiento anticipado del crédito hipotecario (en el caso de que

(61) Vid. BLASCO GASCÓ, F. DE P., «La hipoteca inmobiliaria y el crédito hipotecario», *op. cit.*, págs. 263 y sigs.

(62) El texto completo del mismo puede encontrarse en el núm. 610 de la *RCDI* (págs. 1339 a 1344). El Auto en cuestión resuelve los recursos acumulados presentados frente a cinco notas calificadoras denegadoras de la inscripción de determinadas cláusulas. El Auto, a su vez, fue revocado por las cinco Resoluciones de la DGRN, arriba citadas, lo que constituye una irregularidad, puesto que la apelación prevista en el RH es contra el Auto y no contra las notas calificadoras y la DGRN no revoca la decisión de acumulación tomada por el Presidente del TSJ de Cataluña (VIDAL FRANCÉS, P., «Comentario a las RRDGRN de 8, 9, 10, 11 y 14 de octubre de 1991», en *RCDI*, núm. 608, enero-febrero de 1992, pág. 194).

se revele la existencia de cargas o gravámenes no conocidos en el momento de formalización de la escritura, en el caso de falta de pago de contribuciones y tributos que graven la propiedad o la posesión de la finca hipotecada, en el caso de disminución por cualquier causa de la cuarta parte del valor de la garantía, etc.), la adecuación al artículo 10 de la LGDCU de la cláusula en la que se prevé la variabilidad de los intereses del crédito hipotecario de acuerdo con índices objetivos, siempre que, al tiempo, se establezca un límite máximo de responsabilidad (en sentido afirmativo se había manifestado ya la DGRN en sus Resoluciones de 26-12-1990 [RJ 1990/10497] y de 14-1-1991 [RJ 1991/588] y posteriormente, en el mismo sentido, las RRDGRN de 17-3-1994 [RJ 1994/2024]) y de 21-10-1998 [RJ 1998/8153]. En esta última, la DGRN confirma la nota en la que el Registrador denegaba la inscripción registral de una cláusula de intereses variables introducida en un préstamo con garantía hipotecaria al considerar la falta de objetividad del criterio previsto para la fijación del tipo de interés en cada período, dada la falta de determinación de algunos de los elementos a los que se aludía. La validez, al menos objetivamente considerados, de los pactos en los que se prevean intereses variables de acuerdo con criterios objetivos —lo que sucede cuando el tipo de interés de referencia se forme con absoluta independencia de la voluntad de las partes contratantes, de modo que ninguna de ellas pueda influir en su determinación (63)— parece alejada de toda duda si se tiene en cuenta la redacción de la DA 1.^a, 2.^o, párrafos 1.^o y 2.^o de la LGDCU realizada por la DA 1.^a-6 de la LCGC (64). Por su parte, la exigencia de que se establezcan criterios objetivos en la fijación de los tipos de interés cuando estos son variables, se deriva de lo establecido en los artículos 1.256 del Código Civil

(63) ORDÁS ALONSO, M., «Préstamo con garantía hipotecaria. Cláusula sobre variabilidad de intereses: falta de objetividad; conversión en fijos (Comentario a la RDGRN de 21-X-1998)», en *CCJC*, núm. 49, enero-marzo de 1999, pág. 375 (§ 1345).

(64) De acuerdo con este precepto, tienen carácter abusivo, a los efectos previstos en el artículo 10.bis de la LGDCU, las estipulaciones en las que se establezca *«la reserva a favor del profesional de facultades de interpretación o modificación unilateral del contrato sin motivos válidos especificados en el mismo, así como la de resolver anticipadamente un contrato con plazo determinado si al consumidor no se le reconoce la misma facultad»*, si bien en relación con los contratos de servicios financieros se especifica expresamente que la disposición anterior *«se entenderá sin perjuicio de las cláusulas por las que el prestador de servicios se reserve la facultad de modificar sin previo aviso el tipo de interés adeudado por el consumidor o al consumidor, así como el importe de otros gastos relacionados con los servicios financieros, cuando aquéllos se encuentren adaptados a un índice, siempre que se trate de índices legales y se describa el modo de variación del tipo, o en otros casos de razón válida, a condición de que el profesional esté obligado a informar de ello en el más breve plazo a los otros contratantes y éstos puedan resolver inmediatamente el contrato»*. Vid., en el sentido del texto, ALVAREZ OLALLA, P., «La garantía de los intereses en el préstamo hipotecario», *op. cit.*, pág. 171.

(lo contrario supondría dejar al arbitrio de una de las partes la determinación del contenido prestacional del contrato) (65), en general, y 8.2 y 3.c) de la Ley 7/1995, de 23 de marzo, para los créditos al consumo, si bien esta última Ley no es de aplicación a los créditos hipotecarios.

La exigencia del establecimiento de criterios de naturaleza objetiva, en orden a la fijación de los intereses variables para que resulte válido el pacto en que se prevén, ha de completarse con la necesidad de la fijación de una cuantía máxima de la garantía. Esta cifra está limitada tanto por la posible calificación del préstamo como usurario, como por su carácter abusivo (66) de acuerdo con la previsión expresa tras la reforma de la LGDCU operada por la LCGC, contenida en el número 19 de la DA 1.^a de la LGDCU, en la que se relacionan las cláusulas que, en todo caso, habrán de reputarse abusivas a efectos del artículo 10.bis de la misma Ley («*La imposición de garantías desproporcionadas al riesgo asumido. Se presumirá que no existe desproporción en los contratos de financiación o de garantías pactadas por entidades financieras que se ajusten a su normativa específica*»). Con independencia de las críticas razonables que puede suscitar el segundo inciso del precepto transcrito al hacer recaer la carga de la prueba de la *desproporción* sobre el con-

(65) En este sentido, ALMOGUERA señala que los límites de la autonomía de la voluntad en los contratos de préstamos hipotecarios son los generales en el Derecho común y en la normativa protectora de los consumidores y, en particular, respecto de la modificación de las condiciones contractuales precisa que éstas no pueden decidirse unilateralmente por una de las partes, tal como proclama el principio general consagrado en el artículo 1.256 del Código Civil y reitera el artículo 10 de la LGDCU, de manera que las partes tienen que consensuar en el propio contrato las variaciones del tipo de interés para adecuarlo a la evolución del mercado, sin que sean aceptables alteraciones no previstas en el clausulado o que no respondan a lo acordado en el contrato, aunque consistan en tarifas y comisiones comunicadas y registradas en el Banco de España [ALMOGUERA GÓMEZ, A., «Reflexiones sobre la protección del prestatario hipotecario», en *Crédito al consumo y transparencia bancaria* (U. Nieto Carol, dir.), Ed. CGPJ-CGCOCC-Civitas, Madrid, 1998, pág. 744].

(66) GUILARTE ZAPATERO, V., «Pactos en la hipoteca inmobiliaria», *op. cit.*, pág. 170; MUÑOZ CERVERA, M., «El interés y la usura», en *Crédito al consumo y transparencia bancaria*, *op. cit.*, págs. 831 y sigs. En general, sobre los requisitos de validez de la cláusula estableciendo intereses variables en los créditos hipotecarios, vid., DE PRADA, J. M.^a: «Inscribibilidad de las cláusulas de los créditos hipotecarios», *op. cit.*, pág. 1121; GARCÍA GARCÍA, J. M., «No inscribibilidad de determinadas cláusulas de las escrituras de hipotecas en garantía de créditos o préstamos», en *La Ley*, 1989-IV, págs. 1132 y sigs. Este mismo autor se había pronunciado sobre esta cuestión en «El Registrador de la Propiedad ante las cláusulas de interés variable», en *RCDI*, 1984, págs. 9 y sigs.; «Calificación registral de una cláusula de interés variable de hipoteca en que el tipo de referencia es el interés preferencial de la propia entidad acreedora», en *RCDI*, 1987, págs. 1463 y sigs.; «Calificación registral de una cláusula de interés variable de hipoteca en que el tipo de referencia es el interés preferencial de la propia entidad acreedora», en *Boletín del Colegio de Registradores*, núm. 248, septiembre de 1988, págs. 1677 y sigs.

sumidor en aquellos casos en que la entidad financiera adecúe el contrato a la normativa específica que, en su caso, regule las garantías del crédito concedido (67), habrán de reputarse abusivas en atención al mismo aquellas cláusulas insertas en contratos de constitución de garantías reales en las que la tasación del bien gravado sea inferior a su valor de mercado, las que impongan al consumidor o usuario la acumulación de garantías en virtud de

(67) Los préstamos hipotecarios que graven una vivienda, siendo el prestamista una entidad de crédito y el prestatario una persona física y cuyo importe sea igual o inferior a veinticinco millones de pesetas (o a su equivalente en divisas) están regulados por una Real Orden de 5 de mayo de 1994, *sobre Transparencia de las Condiciones Financieras de los Préstamos Hipotecarios* y son objeto de atención también de las Circulares del Banco de España 8/1990, de 7 de septiembre; 5/1994, de 22 de julio y 7/1999, de 29 de junio. La precitada Real Orden de 1994 establece un clausulado financiero estandarizado para los préstamos hipotecarios que son objeto de la misma, una de cuyas cláusulas se refiere precisamente a los intereses ordinarios que devengue el préstamo (art. 6 y Anexo II, 3.ª y 3.ª bis), en donde se precisa que se hará constar el tipo de interés nominal anual aplicable al préstamo, especificándose si es fijo o si tiene el carácter de variable a lo largo de la duración del contrato. En el primer caso se fijará su valor en una cifra que refleje el tanto por ciento nominal anual. En el caso de que el tipo de interés sea variable se expresará, generalmente, como suma de un diferencial o margen financiero o tipo de interés constante y de un índice o tipo de interés de referencia cuya definición habrá de constar en el contrato de préstamo, al igual que la entidad que lo elabore y la periodicidad o forma en que se hace público y es susceptible de conocimiento por el prestatario. Habrán de constar también en el contrato los límites máximo y mínimo del interés variable, así como la fecha de inicio de devengo de los intereses y la periodicidad y forma de su liquidación ordinaria. La DA 2.ª de la precitada OM de 5 de mayo de 1994 y, también, la DA 2.ª de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, *sobre Subrogación y Modificación de Préstamos Hipotecarios*, que añade un apartado e) al artículo 48.2 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, *de Disciplina e intervención de las Entidades de Crédito*, instan al Banco de España para que, mediante Circular, defina índices o tipos de interés de referencia de carácter oficial, susceptibles de ser aplicables por las entidades de crédito a los préstamos hipotecarios de interés variable. Fruto de este mandato es la Circular del Banco de España 5/1994, de 22 de julio, en la que se establecen varios tipos de referencia oficiales, de entre los que destacan por su uso frecuente en la práctica, el tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años para adquisición de vivienda libre concedido por el conjunto de las entidades de crédito, el tipo activo de referencia de las Cajas de Ahorro (CECA), el tipo de interés del mercado interbancario a un año (MIBOR); a los que la Circular 7/1999, de 29 de junio, ha añadido el tipo de interés interbancario en la Unión Europea (EURIBOR), llamado a sustituir al MIBOR con la implantación de la moneda única (art. 32 de la Ley 46/1998, de 17 de diciembre, *sobre introducción del Euro*, que ha de completarse con las previsiones contenidas en la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 1-12-1999 [BOE núm. 290, de 4 de diciembre] sobre la fórmula de cálculo del tipo de interés del mercado interbancario a un año). La comunicación por las entidades de crédito a sus clientes de las modificaciones de los tipos de interés cuando utilicen estos índices se entiende realizada mediante la publicación de los mismos mensualmente en el BOE, siendo ésta una obligación que recae sobre el Banco de España. En los casos en que no se utilicen tales tipos objetivos oficiales o se prevea contractualmente la necesidad de notificación personal, el modo en que ha de realizarse ésta se puede prever contractualmente.

las que asegure una cantidad superior al crédito adeudado (68). En este sentido, la RDGRN de 23-10-1987 [RJ 1987/7660] precisó, entre otras cosas, que a efectos hipotecarios no caben los pactos que dejen los contornos del derecho real al arbitrio de una persona (sea el acreedor, sea el deudor, sea un tercero) por contravenir el principio de determinación, de igual manera que no cabe, por infringir este mismo principio, la cláusula en la que se engloba la responsabilidad por los intereses remuneratorios y por los moratorios. Si se quiere que éstos resulten también garantizados con la hipoteca, deben precisarse separadamente, así como la cifra máxima de responsabilidad respecto de los mismos (69). Precisa, por último, que no son válidos aquellos pactos que hagan depender el vencimiento del crédito de cualquier tipo de comportamiento del deudor distinto del incumplimiento mismo de la obligación específica garantizada (v.gr., la falta de suscripción del seguro con el que la entidad financiera pretende cubrir el riesgo derivado del fallecimiento, quiebra o situación de desempleo o similares del deudor, así como el impago de la prima de tal seguro una vez suscrito). Tampoco son válidas aquellas cláusulas en las que el vencimiento anticipado del crédito hipotecario se hace depender de determinados actos realizados por el deudor adherente, normalmente actos que han de ser considerados como ejercicio de las facultades de

(68) Sobre esta cuestión, vid. SÁNCHEZ ARISTI, R., «Comentario a la DA 1.^a Seis: DA 1.^a-IV-18.^a LGDCU», en *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación* (R. Bercovitz, coord.), *op. cit.*, especialmente las págs. 1112 y sigs.

(69) Por ello, la RDGRN de 18-12-1999 [RJ 1999/9419] ha admitido la siguiente cláusula de determinación de intereses remuneratorios y moratorios devengados por un crédito a efectos de su cobertura por la garantía hipotecaria: «a) Un año de intereses remuneratorios, calculados conforme a las cláusulas sobre intereses ordinarios y tipo de interés variable, si bien, a los únicos y exclusivos efectos de determinar un máximo de responsabilidad hipotecaria por intereses, éstos sólo quedarán garantizados hipotecariamente hasta un máximo de 12,5 por 100 anual, que asciende a 750.000 pesetas. b) Tres años de intereses moratorios, calculados conforme a lo convenido en la cláusula de intereses de demora, si bien, a los únicos y exclusivos efectos de determinar un máximo de responsabilidad hipotecaria por intereses de demora, éstos sólo quedarán garantizados hipotecariamente hasta un máximo de 12,5 por 100 anual, que asciende a 2.250.000 pesetas». La DGRN afirma en esta Resolución, que «la doctrina de este Centro Directivo de la computación conjunta de los intereses ordinarios y moratorios tampoco es argumento para rechazar la inscripción ahora pretendida, pues, con esta doctrina no se quiere afirmar otra cosa sino que unas mismas cantidades no pueden devengar simultáneamente intereses ordinarios e intereses de demora, mas respetando esta exigencia, ningún obstáculo hay para reclamar todos los intereses, tanto remuneratorios como moratorios devengados y cubiertos por las respectivas definiciones —dentro de los máximos legales— de la garantía hipotecaria, aun cuando se reclamen intereses remuneratorios de los cinco últimos años e intereses moratorios del mismo período, si así procediera por ser distintas y de vencimientos diferentes las cantidades que devengaron unos y otros». Sobre esta cuestión, vid., entre otros, ALVAREZ OLALLA, P., «La garantía de los intereses en el préstamo hipotecario», *op. cit.*, págs. 174 y sigs.

goce y de disfrute del propietario (*v.gr.*, enajenación de bienes sin consentimiento de la entidad acreedora, constitución de una hipoteca ulterior, etc.) (70). En efecto, la cláusula que permite la resolución por incumplimiento del contrato por el prestatario es evidentemente válida, de acuerdo con la regla general establecida en el artículo 1.124 del Código Civil para los contratos sinalagmáticos (71), como también es posible la resolución ejercitada por la entidad prestamista en los casos de pérdida del derecho al plazo contemplados en el artículo 1.129 del Código Civil.

d) *Conclusión y consecuencias*

A mi juicio, como queda dicho, las dificultades que puede experimentar el Registrador en el momento de realizar la calificación para apreciar la nulidad de cláusulas de contratos concluidos mediante la utilización de condiciones generales cuyo acceso al Registro de la Propiedad se pretenda, no han de ser confundidas con la imposibilidad ontológica de que así sea. Por otra parte, no parece razonable limitar esta posibilidad a los Registradores por entender que con ello se les atribuirían funciones jurisdiccionales, pues ello —con independencia de cuál sea la naturaleza que se atribuya a la función registral calificadora que ha sido objeto de una ya vieja controversia doctrinal que no considero oportuno repristinar en este momento— supone olvidar que el artículo 18 de la LH obliga al Registrador a entrar en el análisis de la legalidad intrínseca de los documentos que se le presentan para su inscripción («...la **validez de los actos dispositivos** contenidos en la escritura pública...»), realizando una función de aplicación del derecho, determinando si, con arreglo a la ley, el acto o contrato cuya inscripción se pretende está aquejado de algún vicio que incida en su eficacia o validez —es válido o no, eficaz o no, anulable, rescindible, etc.— que tiene como presupuesto indispensable el examen de todos los datos jurídicos del acto que aparecen en la escritura pública (requisitos de forma, de capacidad

(70) RAPOSO FERNÁNDEZ, J. M., «Las cláusulas abusivas en el préstamo y crédito bancarios», *op. cit.*, especialmente las págs. 253 y sigs.; ALVAREZ MORENO, M.^a T., «El desistimiento unilateral en los contratos con condiciones generales», *op. cit.*, pág. 343.

(71) Dentro de esta causa genérica en que puede ampararse la resolución unilateral, encuentran cobertura legal cláusulas que contemplen la resolución en el caso de que el prestatario deje de satisfacer las cuotas de amortización de los intereses remuneratorios, deje de pagar las comisiones pactadas, no reintegre la garantía prestada que haya sufrido una reducción de su valor o si no destina los fondos a la finalidad pactada, en su caso. En este sentido, vid., entre otros, NIETO CAROL, U., «Contratación bancaria y condiciones generales», en *Contratos bancarios y parabancarios*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 1998, especialmente las págs. 197 y sigs.; ALVAREZ MORENO, M.^a T., «El desistimiento unilateral en los contratos con condiciones generales», *op. cit.*, pág. 337.

de los otorgantes, personalidad y legitimación, posibilidad y licitud del contenido, identificabilidad del objeto, etc.) (72). En consecuencia, el control de legalidad (de validez) abarca a todos aquellos negocios que, al menos, son nulos de pleno Derecho y, entre éstos, no cabe duda de que han de situarse las condiciones generales a las que se refieren los dos párrafos del artículo 8 de la LCGC (las que, en perjuicio del adherente, contraríen lo dispuesto en la propia LCGC, así como las definidas como abusivas en la LGDCU y, en particular y en todo caso, las definidas en el artículo 10.bis y en la DA 1.^a de esta Ley) (73). Es obvio que el Registrador puede fundar su calificación exclusivamente o, además, en la legislación de consumo (74). En efecto, si se tiene en cuenta que la calificación registral tiene su fundamento en el principio de legalidad y que su finalidad estriba en que sólo tengan acceso al Registro de la Propiedad los títulos que reúnan los requisitos establecidos por las leyes, pues de otra forma, los asientos registrales sólo servirían para engañar al público, favorecer el tráfico ilícito y provocar nuevos litigios [en gráfica expresión utilizada por J. GONZÁLEZ y reproducida por LACRUZ/SANCHO (75)], no se explica la limitación de las facultades de calificación por el Registrador como abusivas de cláusulas incluidas en condiciones generales a aquellos supuestos en los que su nulidad se derive de la existencia de una declaración judicial previa inscrita o de ser una cláusula incluida en la mentada *lista negra* de la DA 1.^a de la LGDCU.

(72) LACRUZ BERDEJO, J. L., «Dictamen sobre la naturaleza de la función registral y la figura del Registrador», en *RCDI*, núm. 530, enero-febrero de 1979, pág. 130.

(73) ALBIEZ DOHRMAN, K. J., «El control de las condiciones generales imprecisas y abusivas en el ámbito registral», *op. cit.*, pág. 1447.

(74) Entre otros, recientemente, RAMÓN CHORNET, J. C., «Las condiciones generales de la contratación: El nuevo Registro especial de condiciones generales de la contratación. Las condiciones generales de la contratación y el Registro de la Propiedad», en *RCDI*, núm. 661, septiembre-octubre de 2000, pág. 2671; GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., «El Registro de Condiciones Generales de la Contratación», *op. cit.*, pág. 377. Resultan especialmente explícitas las conclusiones de la Primera Ponencia del IX Congreso Internacional de Derecho Registral celebrado en Torremolinos, en el mes de mayo de 1992, en las que se afirma de manera categórica que «la calificación del negocio inscribible (...) debe tener en cuenta las normas imperativas sobre derechos de los consumidores».

(75) GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ, J., *Estudios de Derecho Hipotecario y Derecho Civil*, T. I, Ed. Ministerio de Justicia, Madrid, 1948, pág. 432; LACRUZ BERDEJO, J. L./SANCHO REBULLIDA, F. A., *Derecho Inmobiliario Registral* (vol. III bis de *Elementos de Derecho Civil*), J. M.^a Bosch Ed., S.A., Barcelona, 1984, pág. 305. En este mismo sentido, MEZQUITA ha destacado que la calificación registral es un medio para conseguir la garantía de legalidad que, a su vez, constituye un presupuesto de la seguridad jurídica y que esto ha de ser así, puesto que la calificación se realiza bajo el prisma de la eficacia *erga omnes* de los derechos reales nacidos del contrato y de la vinculación de los terceros en función de la publicidad registral (MEZQUITA DEL CACHO, J. L., «La función registral calificadora», en *Seguridad jurídica y sistema cautelar para su protección preventiva en la esfera privada*, Ed. Bosch, Barcelona, 1989).

Pero el argumento decisivo nos lo aportan, una vez más, las enseñanzas de DE CASTRO, cuando al hablar de la eficacia general de las normas jurídicas y de la eficacia de los actos contrarios a la ley, señala que «*la nulidad se produce ipso iure. Los actos y contratos contrarios a las leyes son nulos en sí; no se requiere declaración judicial previa, y es obligación de los funcionarios públicos de todas clases negarles su cooperación* (negarles la entrada en los Registros Civil, de la Propiedad, de Tutela, de Ausencia, de la Propiedad Intelectual, de la Propiedad Industrial; los notarios no podrán prestarle autorización; *los funcionarios públicos de todas clases deberán rechazarlos de plano...*) (76). El mismo autor desarrolla estas ideas al hablar de los caracteres de la ineficacia de los negocios nulos y, precisando el alcance del efecto inmediato de la nulidad, afirma que «*los funcionarios, en general, han de tener en cuenta dicho carácter de la nulidad, pues habrán de negar su colaboración a cualquier título jurídico que sea visiblemente nulo (nulidad "apud acta")*». Así, *se negará la autorización notarial, cuando a juicio del Notario "el acto o el contrato, en todo o en parte, sean contrarios a las leyes, a la moral o a las buenas costumbres o se prescinda por los interesados de los requisitos necesarios para la plena validez de los mismos" (art. 145, párr. 2, Reg. Not.), y ellos serán también rechazados por los encargados de los Registros Públicos que hayan de calificarlos para su inscripción (arts. 18, 65, LH, arts. 41, 45, Reg. R.M., artículo 27, LRC)*» (77).

En definitiva, la denegación, previa la oportuna labor de calificación, de la inscripción registral de una condición general por considerarla el Registrador contraria a una norma imperativa, sea cual sea el sector del Ordenamiento Jurídico al que ésta pertenezca, resulta con toda nitidez de la legalidad que está obligado a defender el Registrador, así como de la seguridad en el tráfico jurídico que debe introducir la existencia de una inscripción registral de la que deriva la protección de derechos de terceros que actúan amparados en la existencia de aquella y cuyos derechos resultarían lesionados si se diese entrada al Registro de la Propiedad a derechos derivados de títulos nulos cuyo vicio no haya podido tomar en consideración el Registrador en atención a una formalista e injustificada limitación de las normas que ha de tener en cuenta a la hora de realizar la función calificadora.

La conclusión a la que se ha llegado concuerda plenamente con la posibilidad de que el Juez pueda examinar de oficio el carácter abusivo de una cláusula inserta en un contrato celebrado con consumidores o usuarios y, en

(76) DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho Civil de España*, T. I, Libro preliminar (*Introducción al Derecho Civil*), Ed. IEJ, Madrid, 1949 (2.^a edic.; edic. facsímil, Ed. Civitas, S.A., Madrid, 1984), pág. 539 y nota núm. 1.

(77) DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, Ed. Civitas, S.A., Madrid, 1985 (edic. facsímil de la del INEJ, Madrid, 1971), págs. 475 y 476 (§ 524).

su caso, declarar su nulidad, que ha sido ratificada por la STJCE de 27-6-2000, dictada en los Asuntos acumulados números C-240/98, C-242/98, C-243/98 *Océano Grupo Editorial, S.A., v. Rocío Murciano Quintero* (Asunto núm. C-40/98) y entre *Salvat Editores, S.A., v. José M. Sánchez Alcón Prades* (Asunto núm. C-241/98), *José Luis Copano Badillo* (Asunto núm. C-242/98), *Mohammed Berroane* (Asunto núm. C-244/98), como consecuencia de una cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de Primera Instancia número 35 de Barcelona al TJCE (78). El TJCE fundamenta su resolución favorable a la apreciación de oficio del carácter abusivo de una cláusula inserta en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor en el sistema de protección de éste establecido en la Directiva 93/13/CEE que, como es sabido, se basa en la consideración de que el consumidor se encuentra en una situación de inferioridad respecto al profesional, tanto en lo que se refiere a su capacidad de negociación como al nivel de información de que disponen ambos. A juicio del TJCE, el objetivo perseguido por el artículo 6 de la Directiva, que obligaba a los Estados miembros a prever que las cláusulas abusivas no vinculasen a los consumidores, no podría alcanzarse si éstos tuviesen que hacer necesariamente frente a la carga de instar la declaración judicial del carácter abusivo de las mismas. En consecuencia, la protección efectiva del consumidor sólo puede alcanzarse si se faculta al Juez nacional para apreciar de oficio la nulidad de las cláusulas que sean abusivas de acuerdo con las normas de protección de los consumidores (y, a mi juicio, lo mismo puede decirse en el Ordenamiento Jurídico español, respecto de las normas de protección de los adherentes, tengan o no la condición de usuarios). Por otra parte, añade el TJCE en su argumentación, el sistema tutelar instaurado por la Directiva se basa en la idea de que la situación de desequilibrio entre el consumidor y el profesional sólo puede compensarse mediante una intervención positiva ajena a las partes del contrato. Por ello, el artículo 7 de la Directiva que, como se ha señalado en la introducción de este estudio, exige a los Estados miembros prever normativamente medios adecuados y eficaces en orden a que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores, precisa, en su apartado 2.º, que entre estos medios han de figurar aquéllos que permitan a las organizaciones de consumidores acudir a los órganos jurisdiccionales en orden a que éstos decidan si ciertas cláusulas de condiciones generales redactadas con la finalidad de ser incorporadas a contratos que celebren los profesionales con consu-

(78) El texto completo de la sentencia puede encontrarse en <http://europa.eu.int>. Vid. la nota informativa que de la misma realiza R. GARCÍA GALLARDO, en *Derecho de los Negocios*, septiembre de 2000, págs. 54 a 57.

midores, con independencia de que se haya producido efectivamente esta incorporación o no, tienen o no la condición de abusivas y, en caso afirmativo, impedir su utilización (y su recomendación en el futuro). A juicio del TJCE, es difícil entender que en un sistema en el que se exige la existencia de acciones de tutela general-preventivas o de control abstracto, no se permita que los órganos jurisdiccionales, cuando conozcan de un litigio relativo a un determinado contrato de condiciones generales en el que se estipula una cláusula nula por abusiva, no puedan impedir la aplicación de la misma por no haberlo solicitado el consumidor. Por el contrario, la facultad de los órganos jurisdiccionales de examinar de oficio el carácter abusivo de una cláusula es un medio idóneo para alcanzar el resultado al que propende el artículo 6 de la Directiva, así como para ayudar a que se logre el objetivo contemplado en su artículo 7, ya que su admisión constituye un mecanismo que ejerce un efecto disuasorio de la utilización de cláusulas predisuestas abusivas. En consecuencia, el TJCE considera que de la protección que la Directiva 93/13/CEE dispensa a los consumidores se desprende que el Juez nacional puede apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula del contrato que haya sido sometido a su conocimiento por cualquier circunstancia (en el caso planteado y resuelto en la STJCE que nos ocupa, examinando la admisibilidad de una demanda presentada ante los órganos jurisdiccionales nacionales cuando en el contrato se había estipulado atribuir la competencia al juez del domicilio del profesional predisponente) (79). La posibilidad admitida por el TJCE resulta plenamente coherente con el régimen jurídico propio de la nulidad de pleno derecho, caracterizado, entre otras circunstancias, por su eficacia inmediata, cuya

(79) Esta posibilidad ha sido prevista expresamente en el Ordenamiento Jurídico italiano por la Ley 52/1996, de 6 de febrero, a través de la que se transpone la Directiva 93/13/CEE. El párrafo 2.º del apartado 3.º del artículo 1.469-*quinquies* del *Codice Civile* redactado por esta Ley, al regular la ineficacia de las cláusulas abusivas, establece expresamente que «*la ineficacia opera solamente a favor del consumidor y puede ser apreciada de oficio por el juez*». Comentando esta disposición, M. Nuzzo pone de manifiesto cómo la apreciabilidad de oficio de la nulidad de las cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores tiene como finalidad favorecer una tutela más intensa de los intereses de los consumidores que pueden resultar perjudicados por las cláusulas abusivas, negándose esta posibilidad cuando de la nulidad no se derive una ventaja para el consumidor, lo que supone una quiebra de la norma general prevista en el artículo 1.421 del *Codice Civile* en la que se establece la posibilidad de apreciar de oficio la nulidad contractual en cualquier caso y que es acorde con la concepción tradicional y unitaria de esta categoría jurídica (NUZZO, M., «Artículo 1.469-*quinquies*. *Inefficacia – comma 1.º e 3.º*», en *Commentario al capo XIV bis del Codice Civile: Dei contratti del consumatore* [a cura di C.M. Bianca e F.D. Busnelli], CEDAM, Padova, 1999, págs. 858 a 862). Las críticas doctrinales a la concepción unitaria de la categoría de la nulidad han sido expuestas en nuestra literatura jurídica reciente por PASQUAU LIAÑO, M., *Nulidad y anulabilidad del contrato*, Ed. Civitas, S.L., Madrid, 1997, especialmente las págs. 223 y sigs.

manifestación más llamativa consiste en que puede ser apreciada de oficio por los Tribunales de Justicia (80).

Otra cosa distinta es que, efectivamente, la denegación de la inscripción registral de la condición general que el Registrador reputa nula suponga una adecuada técnica de protección de los intereses de los adherentes y, en particular, de los consumidores (generalmente la parte contratante débil) o si sería mejor, desde la perspectiva de sus intereses, la suspensión de la inscripción de las cláusulas contractuales de condiciones generales nulas o la denegación de inscripción de todo el negocio jurídico contractual. La no inscripción registral de alguna cláusula de condiciones generales que el Registrador considera nula puede conllevar que la inscripción parcial del negocio suponga que lo inscrito no responda a la voluntad contractual (en estos casos, el Registrador tendrá que denegar o suspender íntegramente la inscripción (81), lo que puede salvarse por la vía del artículo 434.4 del RH, que exige la conformidad por quien solicita la inscripción registral, respecto de la inscripción parcial una vez excluidas las cláusulas consideradas nulas (en este caso, ya que no hay calificación por el Registrador, no cabe recurso gubernativo frente a la no inscripción, pudiendo recurrir los interesados, solamente si presentan nuevamente el título a inscripción, lo que sucederá, *v.gr.*, si admitieron la inscripción parcial con la finalidad de obtener cuanto antes la inscripción registral en orden a que se produjesen los efectos que de ella se derivan), si bien cabe también la inscripción parcial si los interesados solicitan la inscripción de los pactos cuya validez no cuestione el Registrador, extendiéndose por éste la nota de calificación denegatoria o suspensiva respecto de los pactos no inscritos, frente a la que cabrá el recurso prevenido en el artículo 113 del RH. Por otra parte, la RDGRN de 24-4-1992 [RJ 1992/3374] ha declarado que *«el funcionario calificador tiene que denegar o suspender íntegramente el ingreso del documento en el Registro de la Propiedad si entiende que las cláusulas que no deben acceder al Registro de la Propiedad inciden en el total contexto pactado por las partes. Pero lo que no puede hacer es alterar su contenido y transformar (...) una hipoteca que garantiza intereses variables en otra que sólo garantiza intereses fijos, inscribiendo lo*

(80) Por todos. DE CASTRO Y BRAVO, F., «El negocio jurídico», *op. cit.*, pág. 476 (§ 524); ALBALADEJO, M., *El negocio jurídico*, Ed. Librería Bosch, Barcelona, 1958, pág. 405.

(81) En efecto, como han declarado las RRDGRN de 18-4-1994 [RJ 1994/3068], 16-12-1996 [RJ 1996/9382] y de 17-12-1996 [RJ 1996/9383], si el Registrador considera que las cláusulas del documento calificado que no deben acceder al Registro trascienden la totalidad del negocio celebrado, tiene que denegar o suspender íntegramente la inscripción sin que pueda alterar su contenido reflejando en el asiento registral que extienda un negocio distinto del calificado.

que las partes no estipularon en la escritura pública». La suspensión o denegación de la inscripción solicitada puede ser adoptada por el Registrador también en el caso de que la no inscripción de determinados pactos solicitada por los propios interesados al amparo del artículo 434.4.º del RH altere o afecte sustancialmente al contenido del título (FD 2.º de la RDGRN de 18-4-1994 [RJ 1994/3068]). Si esto no ocurre, es decir, si con ello no se altera la voluntad contractual, la nulidad de una cláusula de un contrato de condiciones generales —nulidad parcial— con trascendencia real no impide la inscripción del resto del contrato (la inscripción parcial está expresamente prevista en el párrafo 4 del artículo 434 del RH), siempre y cuando con ello no se desvirtúe el negocio dando lugar a una inexactitud registral (art. 39 de la LH) derivada de un error del asiento registral cuya rectificación procedería de conformidad con lo previsto en los artículos 211 a 218 de la LH, que integran el Título VII de la misma, por remisión expresa de la letra c) del párrafo 1.º del artículo 40 de la propia LH.

En efecto, en aquellos casos en que la calificación realizada por el Registrador le lleve a denegar la inscripción en el Registro de una (o de algunas) cláusula inserta en el contrato por considerarla aquejada de nulidad, habrá de verificar si tal nulidad determina la de todo el contrato por afectar a alguno de sus elementos esenciales o por trascender al conjunto del negocio celebrado, de manera que el que reflejase el asiento registral fuese un negocio distinto del calificado (RDGRN de 16-12-1996 [RJ 1996/9382]) o si, por el contrario, es posible mantener la validez y eficacia del resto del contrato integrándolo de conformidad con las previsiones del artículo 1.258 del Código Civil —por lo tanto, es posible la integración con el Derecho dispositivo propio de la figura contractual típica de que se trate— y realizando la interpretación acorde con la regla del artículo 1.289 del propio Código Civil (preceptos a los que remite el art. 10.2 de la LCGC) (82). En el primer caso habrá de denegar la inscripción de todo el negocio, y en el segundo admitirá la inscripción parcial, suspendiendo o denegando la inscripción de la cláusula o de las cláusulas que reputa nulas. Esto es, el Registrador operará al modo en que ha de hacerlo el Juez cuando conoce de una demanda individual de nulidad —o en una declarativa de no incorporación—. Pero, a diferencia de

(82) DÍAZ FRAILE, J. M.^a, «La protección registral al consumidor y la Directiva sobre cláusulas contractuales abusivas de 1993», *op. cit.*, pág. 1034; *ibidem*, «La protección registral al consumidor y la Directiva sobre cláusulas contractuales abusivas de 1993. Situación actual de la cuestión», en *RCDI*, núm. 633, marzo-abril de 1996, pág. 556. Sobre la integración de los contratos con condiciones generales ineficaces a través de los expedientes dimanantes del artículo 1.258 del Código Civil, vid., especialmente, ALFARO AGUILA-REAL, J., *Las condiciones generales de la contratación*, Ed. Civitas, S.A., Madrid, 1991, págs. 442 y sigs.

lo que ocurre cuando es el Juez el que se pronuncia mediante sentencia sobre la nulidad o la no incorporación de determinadas cláusulas, produciendo efectos frente a todos y eliminando cualquier efecto de las mismas, el pronunciamiento del Registrador en la nota de calificación simplemente supone que la cláusula no será inscrita en el Registro de la Propiedad y, en consecuencia, no se producirán los efectos propios derivados de la existencia de la inscripción registral, sin perjuicio de que, si no se demanda o si, demandándola, no se consigue, la declaración judicial de nulidad o de no incorporación, siga desplegando plenos efectos *inter partes*.

En efecto, a pesar de la denegación de la inscripción registral, la cláusula de condiciones generales calificada por el Registrador como nula y, en consecuencia, no inscrita, sin embargo, va a seguir produciendo efectos *inter partes*, debiendo el contratante perjudicado, si así lo desea, acudir a los órganos jurisdiccionales a efectos de obtener la declaración de nulidad si entiende que la cláusula está aquejada de un vicio que determina esta consecuencia, si bien tiene a su favor, a estos efectos, un primer pronunciamiento de un profesional cualificado contrario a la validez de la cláusula cuya inscripción ha sido denegada.

Acaso porque, como queda dicho, la inscripción parcial del negocio en el que se contiene una cláusula reputada nula por el Registrador no supone un eficaz medio de protección de los derechos de los consumidores y usuarios, cuando se trata de contratos celebrados con éstos y sometidos a la LGDCU, el artículo 10.6 de esta Ley determina que los Registradores no inscribirán el negocio o el contrato en que se inserte una cláusula que haya sido declarada nula por abusiva en sentencia inscrita en el Registro de Condiciones Generales. A mi juicio, la no inscripción del negocio en su conjunto ha de limitarse a este supuesto, lo que supone una adecuada —acaso el tenor del precepto tampoco permita otra— interpretación literal del artículo en cuestión, dado que el principio general que inspira la LGDCU (también la LCGC), siguiendo en este aspecto las ideas preconizadas por DE CASTRO (83), es la eficacia parcial del contrato en que se insertan cláusulas nulas (art. 10.bis.2 de la LGDCU) y por ello la interpretación de las excepciones ha de ser restrictiva. Con ello, además, se compatibiliza el precepto, aplicable sólo a contratos celebrados con consumidores o usuarios, con lo dispuesto con carácter general en la Ley fundamental que regula la actividad del Registrador (art. 258.2 de la LH), respecto de lo que el artículo 10.6 de la LGDCU introduce una excepción.

Los artículos 253.3 de la LH y 333.3 del RH establecen, para el caso de suspensión o de denegación de la inscripción, que, a solicitud del interesado,

(83) DE CASTRO Y BRAVO, F., *Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes*, Ed. Civitas, S.A., Madrid, 1985 (2.^a edic.), págs. 87 y sigs.

el Registrador hará constar unas *observaciones* conteniendo los medios de subsanación, rectificación o convalidación de los defectos apreciados. El propio artículo 253 de la LH obliga al Registrador a poner al pie de todo título (su contenido está especificado en los arts. 429 y 434 del RH) que se inscriba la calificación realizada, así como la información relativa al resultado de la inscripción realizada y a los efectos de ésta. Esta nota habrá de coincidir con la nota realizada al margen del asiento de presentación (art. 435 del RH).

El artículo 253 de la LH faculta a los interesados para que soliciten la orientación del Registrador acerca de los medios para subsanar el defecto apreciado por el Registrador en la calificación. Se trata de una manifestación del doble carácter de funcionario público y de profesional del Derecho que reúne el Registrador. La traducción de la dimensión del Registrador como profesional del Derecho se concreta en la labor activa de información y asesoramiento de la que se le dota tras la reforma de la LH llevada a cabo por la LCGC que se concreta en las previsiones contenidas en los artículos 222.2, 222.4 y 22.7, todos de la LH, además de la prevista en el número 3 del artículo 253 de esta misma Ley.

En los supuestos antes enunciados de contratos de préstamo con garantía hipotecaria en los que la DGRN ha estimado la nulidad de la cláusula de intereses variables contenida en los mismos por estar fijada en atención a criterios considerados no objetivos, la apreciación de tal vicio determinaba la no inscripción en el Registro de la Propiedad de aquella cláusula, sin que ello, en principio, impidiese la del resto del contenido del derecho real de hipoteca (84). En estos casos lo que el Registrador no puede hacer es convertir un préstamo con intereses variables en uno con intereses fijos (como aconteció en el caso contemplado en la ya citada RDGRN de 21-10-1998 [RJ 1998/8153]), por ser esta consecuencia ajena a la voluntad de las partes (téngase en cuenta que la variabilidad de los tipos de interés a lo largo del *iter* contractual puede beneficiar tanto al prestamista como al prestatario) y sin que ello determine

(84) Ejemplos paradigmáticos nos los proporcionan dos recientes sentencias del TS en las que se han declarado nulas por contravenir lo dispuesto en la LGDCU determinadas cláusulas insertas en contratos de préstamos hipotecarios y cuya nulidad, a mi juicio, podría haber sido apreciada por el Registrador que las hubiese inscrito. Se trata de las SSTs de 1-6-2000 [RJ 2000/5090] y de 2-11-2000 [AJA, ref. 465/32]. En la primera de ellas se aprecia la nulidad de la cláusula en la que se dispone que el pago de los gastos de constitución del préstamo hipotecario que grava los pisos adquiridos sea a cargo del comprador por infringir el artículo 10.1.c) 11 de la LGDCU, en su redacción originaria. En la segunda, la cláusula declarada nula es aquella en la que se exige el pago de los intereses de todos los plazos vencidos y por vencer en el caso de que se proceda a la ejecución de la hipoteca, por vulnerar el artículo 10.4 de la LGDCU, también en su primigenia redacción.

tampoco la nulidad del contrato como acontece en el caso de los préstamos usurarios (arts. 1 y 3 de la *Ley usura* de 1908) en cuyo caso el prestatario sólo podría exigir la devolución de la suma efectivamente prestada, solución que se justifica sólo en atención a la finalidad preventiva de la *Ley de represión de la usura* (85). En consecuencia, en estos casos la necesaria integración del contrato puede realizarse acudiendo a tipos de referencia sustitutivos si éstos han sido pactados. Si no se han previsto índices sustitutivos o los previstos están también aquejados de nulidad, habrá que buscar un índice de referencia objetivo que determine el parámetro de la variación de los intereses. Cuando del análisis del completo clausulado contractual no sea posible inducir datos que permitan calcular el interés variable, éste podría ser el interés legal del dinero (que, como es sabido, es fijado anualmente en la LGPE, de conformidad con el art. 1 de la Ley 24/1984, de 29 de junio, pudiendo ser revisado por el Gobierno atendiendo a la evolución del interés de la Deuda Pública), el tipo de interés básico del Banco de España —o, en su caso, del Banco Central Europeo—. El carácter coyuntural de la determinación de estos índices, fijados en orden a la consecución de finalidades económicas o políticas, junto a la consideración de que el artículo 1.108 del Código Civil sólo prevea el interés legal del dinero como sustitutivo, en defecto de fijación convencional de los intereses moratorios, pero no de los remuneratorios, conduce a ORDÁS ALONSO, a mi juicio atinadamente, a ofrecer una solución alternativa para la integración de los contratos de préstamo en el caso de que el prestatario sea una entidad financiera o de crédito y el prestamista un consumidor o usuario. Esta solución se ampara en la previsión del artículo 8.1 de la LGDCU, de conformidad con el que el contenido de la publicidad de los productos será exigible por los consumidores aun cuando no figure expresamente en el contrato pactado o en el documento o comprobante recibido. De acuerdo con esta previsión, el contrato de préstamo con interés variable se integrará con el más bajo de los índices de referencia para créditos de similar naturaleza que se contengan en el tablón de anuncios que la entidad crediticia necesariamente ha de tener en todas y cada una de las oficinas abiertas al público de que disponga (86).

(85) En caso contrario, si pudiese recibir los intereses usuales, la norma no tendría efecto de prevención alguno en orden a evitar la celebración de este tipo de contratos (ALFARO AGUILA-REAL, J., «Las condiciones generales de la contratación», *op. cit.*, pág. 421).

(86) ORDÁS ALONSO, M., «Préstamo con garantía hipotecaria. Cláusula sobre variabilidad de intereses: falta de objetividad; conversión en fijos (comentario a la RDGRN de 21-X-1998)», *op. cit.*, pág. 381. La SAP de Madrid de 28-2-1995 (*cit.*) confirmó la solución adoptada por el Juzgador de Instancia que había sustituido el índice de fijación del interés variable de un crédito hipotecario de acuerdo con el tipo preferencial de la entidad prestamista establecido en el contrato y cuya estipulación fue declarada nula por no ser objetiva, por el tipo medio del mercado bancario determinado por el Banco de España.

3.º LA OBLIGACIÓN DEL REGISTRADOR DE FACILITAR LA PUBLICIDAD DIRECTA
(PUBLICIDAD FORMAL O INFORMACIÓN REGISTRAL): LA LIBERTAD
DE COMUNICACIÓN DEL USUARIO CON EL REGISTRADOR

Las Instrucciones de la DGRN de 5-2-1987 (*BOE* núm. 38, de 13 de febrero), sobre publicidad en los Registros de la Propiedad, y de 17-2-1998 (*BOE* núm. 50, de 27 de febrero; corrección de errores, *BOE* núm. 72, de 25 de marzo), sobre principios de publicidad formal y actuación de los Registradores de la Propiedad y Mercantiles en caso de petición en masa, estimulaban a los Registradores a que, «*en orden a la protección de los intereses jurídicos y económicos de los consumidores, la publicidad registral deberá expresarse con claridad y sencillez, haciendo constar su valor jurídico (claridad gráfica, claridad de conceptos, valor meramente informativo)*». En esta línea, en el artículo 222.4 de la LH, redactado por la DA 2.ª de la LCGC, se prescribe que «*la obligación del Registrador al tratamiento profesional de la publicidad formal implica que la misma se exprese con claridad y sencillez*». Se establece, artículo 258.1 de la LH (y art. 334.1 del RH), que *el Registrador, sin perjuicio de los servicios prestados a los consumidores por los centros de información creados por su colegio profesional, garantizará a cualquier persona interesada la información que le sea requerida (...) en orden a la inscripción de derechos sobre bienes inmuebles, los requisitos registrales, los recursos contra la calificación y la minuta de inscripción* (87).

El nuevo artículo 222 de la LH sanciona legalmente la posibilidad de que la publicidad se realice por cualquier medio (manifestación de los libros, nota simple informativa y certificación), sin que se encarezca ésta y asegurando la responsabilidad profesional del Registrador. Se consagra también (art. 222.8, párr. 2.º de la LH) el principio de libre elección de Registrador cuya viabilidad se abrió con la Instrucción de la DGRN de 29-10-1996. Esta libertad de elección por el usuario se enmarca dentro del principio de publicidad directa y se extiende a la posibilidad de obtención de información registral de cualquier finca por medio de nota simple informativa y a la libertad de dirigirse a cualquier Registrador para recabar información sobre el contenido del índice general informatizado de fincas y derechos (hasta este momento —IDGRN de 1996— la solicitud de la publicidad formal por medio de nota simple debía hacerse necesariamente ante el Registrador de la Propiedad

(87) El RH regula la publicidad formal en sus artículos 332 a 334, redactados de nuevo por el Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre (*BOE* núm. 233, de 29 de septiembre), en los que se introducen como principales novedades la aplicación de las normas sobre protección de datos personales y la posibilidad de utilizar las redes telemáticas para comunicar los datos del Registro.

competente por razón de territorio para emitir dicha publicidad). Para hacer efectiva esta libertad de elección de Registrador en la obtención de notas simples, se establece la obligación de colaboración entre Registradores por cualquier medio técnico de comunicación. El RH menciona expresamente el fax y el correo electrónico (88), pero cabe cualquier otro medio (art. 332.7 del RH), como puede ser el telex, la transmisión directa y telefónica de datos mediante una red interna (intranet), etc. Los únicos límites que se impone a la intermediación de la publicidad frente al interesado legítimamente en ella son los derivados de la necesidad de garantía de la protección de la integridad de la base de datos y el derivado de la manifestación del *interés conocido* que se impone al usuario del Registro. La exigencia del *interés conocido* del solicitante de la información que ha de ser apreciado por el Registrador (STS [c.-adm.] 16-6-1990 [RJ 1990/5622]) (89), concuerda con lo establecido en los artículos 221 de la LH y 607 del Código Civil, es justificada por la Memoria de la LCGC al señalar que con ello se pretende que el Registro de la Propiedad no se utilice como un instrumento de la investigación sobre la totalidad del patrimonio del titular registral (90) o con otras finalidades espúreas como puede ser la creación de registros privados paralelos o la utilización de datos de carácter personal (art. 332.6 del RH) (91), ya que la publicidad del mismo se justifica únicamente en atención a su finalidad propia: facilitar la contratación, dotando de seguridad al tráfico jurídico y facilitando el crédito.

(88) En relación con esta posibilidad ha de tenerse en cuenta la RDGRN de 10-4-2000 (BOE núm. 96, de 21 de abril; corrección de errores, BOE núm. 108, de 5 de mayo), *sobre publicidad formal e instrumental del contenido de los Registros de la Propiedad a través del correo electrónico*.

(89) Vid. GONZÁLEZ LAGUNA, M., «Comentario a la DA 2.^a Modificación de la legislación hipotecaria: Artículos 222, 253 y 258 LH», en *Comentarios a la LCGC* (R. Bercovitx, coord.), *op. cit.*, pág. 1352.

(90) Vid. BALLUGUERA GÓMEZ, C., «La información registral...», *op. cit.*, pág. 274. En este sentido, la RDGRN de 22-2-1991 [RJ 1991/9848] ya había declarado que «el derecho a obtener y recibir una información veraz, esgrimido por el interesado en la consulta de los libros del Registro, y avalado por el propio texto constitucional [art. 20.1.d)], ha de compatibilizarse, y así lo impone la misma norma invocada (art. 20.4 CE), con el derecho a la intimidad de quienes pueden resultar afectados, y en esta disyuntiva no puede desconocerse el carácter relativo y limitado de la publicidad registral en correspondencia con los objetivos específicos de esta institución, cuales son la seguridad del tráfico jurídico mobiliario y el fomento del crédito territorial, lo que impone el necesario rechazo de todas aquellas pesquisas que, encaminadas a la consecución de otros objetivos, absolutamente lícitos pero ajenos al tráfico jurídico, pueden comprometer los no menos legítimos intereses de quienes tienen sus titularidades al amparo de la institución registral».

(91) Vid. CIMENO SENDRA, V., «El Registro de la Propiedad y el derecho a la intimidad», en *La Ley*, 1997-III, págs. 1851 y sigs.

La posibilidad de acceso directo a la publicidad formal, en ningún caso significa que se acceda directamente a la base de datos de los Registradores, de forma que puedan ser alterados los archivos o manipulados, y ello porque una cosa es la plena libertad en la solicitud de información, por cualquier medio —físico o telemático—, y otra el acceso al núcleo central de la base de datos o demás componentes del archivo registral. El Real Decreto-ley 14/1999, de 17 de septiembre, *sobre firma electrónica*, ha posibilitado la presentación de documentos públicos electrónicos, así como la utilización de las técnicas telemáticas para la solicitud y expedición de certificaciones, requiriendo, en este caso, el uso de la firma electrónica avanzada debido al carácter de documento público de éstas (arts. 5 y 3 del Real Decreto-ley, respectivamente) (92). Por su parte, la RDGRN de 12-11-1999, resolviendo una consulta sobre el ámbito de aplicación del Real Decreto-ley 14/1999, de 17 de septiembre, en relación con la actuación de los Registradores de la Propiedad, admite el uso de técnicas telemáticas en numerosos ámbitos de la misma, entre los que cabe citar la expedición de notas simples informativas, la comunicación de defectos y los medios de subsanación al interesado, la transmisión de datos a efectos de expedir la publicidad formal solicitada desde un Registro distinto del competente, etc., y la Instrucción de la DGRN de 19-10-2000 (BOE núm. 269, de 9 de noviembre) que regula el uso de la firma electrónica por los fedatarios públicos.

JOSÉ MANUEL BUSTO LAGO
Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad de La Coruña

(92) Vid., entre otros, GARCÍA MÁZ, F. J., «La firma electrónica: Directiva 1999/93/CE, de 13 de diciembre de 1999, y Real Decreto-ley 14/1999, de 17 de septiembre», en *RCDI*, núm. 659, mayo-junio de 2000, especialmente las págs. 1964 y sigs.; CALVO GONZÁLEZ DE LARA, J. A., «El Registro e Internet», en *Derecho de Internet (contratación electrónica y firma digital)* (R. Mateu de Ros y J. M. Cendoya Méndez de Vigo, coords.), Ed. Aranzadi – ebankinter.com, Pamplona, 2000, págs. 630 y 631.

Eficacia de la firma electrónica en los Registros de la Propiedad y Mercantil

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. UTILIDAD Y FINALIDAD DE LA FIRMA ELECTRONICA.—III. LA FIRMA DIGITAL DESDE UN PUNTO DE VISTA TECNICO.—VI. LA FIRMA ELECTRONICA Y EL DOCUMENTO ELECTRONICO EN ESPAÑA ANTES DEL REAL DECRETO 14/1999.—V. LA REGULACION DE LA FIRMA ELECTRONICA EN ESPAÑA.—VI. EFECTOS JURIDICOS DE LA FIRMA ELECTRONICA.—VII. RESPONSABILIDAD DE LAS ENTIDADES DE CERTIFICACION.—VIII. PRESUPUESTOS PARA LA EXISTENCIA Y VALIDEZ DEL DOCUMENTO PUBLICO ELECTRONICO.—IX. PRESENTACION DE DOCUMENTOS NOTARIALES, JUDICIALES Y ADMINISTRATIVOS Y DE DOCUMENTOS PRIVADOS INSCRIBIBLES A LOS REGISTROS DE LA PROPIEDAD Y MERCANTIL POR VIA TELEMATICA.—X. CALIFICACION E INSCRIPCION DE LOS DOCUMENTOS PRESENTADOS POR VIA ELECTRONICA.—XI. EMISION DE CERTIFICADOS DE LOS REGISTROS DE LA PROPIEDAD Y MERCANTIL CON FIRMA ELECTRONICA.—XII. A MODO DE CONCLUSION.

I. INTRODUCCION

La Resolución-Circular de 26 de abril de 2000, de la Dirección General de Registros y del Notariado (DGRN) (1) sobre el ámbito de aplicación del Real Decreto-ley 14/1999, de 17 de septiembre, de firma electrónica, en relación con la actuación profesional de los Registros de la Propiedad y Mercantiles, había resuelto de forma clara y concluyente las consultas que había recibido la propia DGRN sobre el ámbito de aplicación de la legislación de firma electrónica respecto de los documentos que reciban y/o emitan los Registradores, completando así la Resolución de 12 de noviembre de 1999 sobre la materia.

(1) *BOE* de 18 de mayo de 2000.

Sin embargo, la Instrucción de 19 de octubre de 2000 (2) sobre el uso de la firma electrónica de los fedatarios, en un brevísimo plazo de tiempo, ha derogado la referida Resolución-Circular (Instrucción) de 26 de abril de 2000, en una postura que, en mi opinión, es excesivamente regresiva y recatada frente a los razonamientos, en mi opinión, todavía abiertos y defendibles de la citada Instrucción derogada, la cual, a diferencia de la vigente Instrucción, pecaba posiblemente de excesivamente aventurada.

En concreto, los problemas que resolvía la Instrucción de 26 de abril de 2000 son, si cabe, extender asiento de presentación de los documentos notariales, judiciales y administrativos y de los documentos privados inscribibles que se reciban en los Registros por vía telemática y con firma electrónica; si dichos documentos son susceptibles de calificación e inscripción; si cabe que el Registrador emita publicidad formal con la firma electrónica; si los Registros Mercantiles pueden llevar un libro auxiliar de las personas físicas o jurídicas prestadoras de servicios de certificación de firma electrónica y si, además de los anteriores, existen otros casos en que se puedan emplear, en las relaciones con el Registro, los medios tecnológicos previstos en el Real Decreto-ley 14/1999.

A todos estos interrogantes fue respondiendo de forma ordenada la DGRN, salvando todos los obstáculos legales en beneficio de la plena existencia y aplicabilidad del documento electrónico, con base en los preceptos del propio Real Decreto-ley 14/1999, de 17 de septiembre, sobre firma electrónica; en los artículos 1.216, 1.279 y 1.280 del Código Civil; en los artículos 3 y 18 de la Ley Hipotecaria; en el artículo 45 de la Ley 30/1992, de 21 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común; en el artículo 230 de la Ley Orgánica del Poder Judicial; en el artículo 249 del Reglamento Notarial; en artículos 416, 418 y 419 RH, y en la citada Resolución de la DGRN, de 12 de noviembre de 1999.

La citada Resolución-Circular contenía una doctrina jurídica sustentada en la legislación vigente que interpretaba y aclaraba la situación legal sobre la base del principio de dotar de validez a los actos jurídicos que se realizasen por vía electrónica y telemática, y con el deseo propio del principio que inspira la eficacia de la firma electrónica en relación con el documento firmado, de que el medio técnico empleado no pueda constituir un obstáculo serio para la referida validez del acto jurídico contenido en el documento.

Frente a la interpretación amplia que se propugnaba en la Resolución de 26 de abril de 2000, la Instrucción de 19 de octubre de 2000, aparte de regular aspectos más organizativos como la obligatoriedad del uso de la firma electrónica entre el Notariado para su uso con los Registros Públicos, deroga

(2) BOE de 9 de noviembre de 2000.

en bloque la Instrucción de la Dirección General, de 26 de abril de 2000, y se limita a decir en su apartado séptimo que «el uso de la firma electrónica (de notarios y registradores) estará limitado a las solicitudes y comunicaciones contempladas en los artículos 175 y 249 del Reglamento Notarial», lo que curiosamente incluye alguno de los supuestos sobre los que ya se pronunció la Instrucción derogada, y que desde un punto de vista interpretativo, en mi opinión, sí que podría predicarse su vigencia.

Lo cierto es que estos vaivenes han generado un cierto desconcierto sobre el uso de la eficacia de la firma electrónica por los fedatarios y funcionarios públicos en sus relaciones con los Registradores de la Propiedad y Mercantiles, especialmente en lo relativo a su eficacia y alcance.

De todos modos, antes de abordar directamente estas cuestiones, creo que es conveniente exponer el funcionamiento y utilidad de la firma electrónica, así como su régimen jurídico en nuestro Derecho.

II. UTILIDAD Y FINALIDAD DE LA FIRMA ELECTRONICA

El espectacular desarrollo que ha alcanzado en tiempos recientes la industria de la informática, junto con el uso generalizado, por parte de los usuarios de ordenadores, de las llamadas redes de comunicación, y en concreto de la más popular de todas las redes, Internet (3), ha generado un nuevo medio o entorno para la comunicación, pues permite a empresas y empresarios dar a conocer sus productos y servicios a otras empresas y consumidores de todas

(3) Vid. CARRASCOSA LÓPEZ, V.; POZO ARRANZ, M. A., y RODRÍGUEZ CASTRO, E. P., *La contratación informática, el nuevo horizonte contractual*, 2.^a ed., Ed. Comares, Granada, 1999; CORRIPIO GIL-DELGADO, M.^a ROSA, «Los contratos informáticos». *Deber de información precontractual*; CLIVE, G., y NATHASON, N., *The laws of the Internet*, Ed. Butterworths, Londres, 1997; DAVARA RODRÍGUEZ, M. A., *Manual de Derecho informático*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1997; DICKIE, J., *Internet and electronic commerce Law in the European Union*, Ed. Oxford, Orhtland, 1999; FERNÁNDEZ ESTEBAN, M. L., y ARAGÓN REYES, J. M., *Nuevas tecnologías, Internet y Derechos fundamentales*, Ed. McGraw-Hill, Madrid, 1998; GALINDO, F., «La regulación de Internet», en *La Ley*, 1997-6; GETE-ALONSO Y CALERA, «La contratación en materia informática», en *La Ley*, 1999-2; HANCE, O.; JUÁREZ RARRA, Y., y BARRIOS GARRIDO, G., *Leyes y negocios en Internet*, Ed. McGraw-Hill, México, 1996; IRIARTE AHON, E., «Algunas reflexiones sobre el desarrollo del Internet», en *REDI*, núm. 25, agosto de 2000; LLANEZA GONZÁLEZ, *Internet y comunicaciones digitales: régimen legal de las tecnologías de la información y la comunicación*, Ed. Bosch, Barcelona, 2000; MATEU DE ROS, R.; CENDOYA MÉNDEZ DE VIGO, J. M., y OTROS, *Derecho de Internet. Contratación electrónica y firma digital*, Ed. Aranzadi, Madrid, 2000; MENÉNDEZ MATO, *La oferta contractual*, Ed. Bosch, Barcelona, 1999; PARERAS, L., *Internet y Derecho*, Ed. Masson, Barcelona, 1997; PUYOL MONTERO, J., «Las nuevas tecnologías en el funcionamiento de la Justicia: Aspectos internos», en *Actualidad Aranzadi*, julio de 2000, págs. 1 y sigs.

las partes del planeta, e incluso venderlos, y todo ello a un coste económico y temporal prácticamente insignificante, máxime si se compara con los costes que supone utilizar otras vías de comunicación (4), si bien, dicho comercio requiere para su efectividad de una infraestructura logística eficaz.

Ello ha provocado que el tráfico económico de bienes y servicios en ese nuevo medio de comunicación, bien entre empresarios, bien entre consumidores y empresarios, o bien entre particulares no comerciantes entre sí, se produzca a través de ordenadores conectados a una red, generando así un nuevo mercado (E-commerce) (5) en el que se desarrolla la llamada «contratación electrónica» (6) junto con otros aspectos jurídicos que giran en torno

(4) Vid. CLEMENTE MEORO, M. E., «Algunas consideraciones sobre la contratación electrónica», en *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 4, 2000, págs. 59 y sigs.

(5) En el sentido de sitio público destinado a la venta de bienes y servicios.

(6) Vid. ALVAREZ CIENFUEGOS SUÁREZ, J. M., «Las obligaciones concertadas por medios informáticos y la documentación electrónica de los actos jurídicos», en *La Ley*, núm. 4, 1992, págs. 1012 a 1028; BARRIUSO RUIZ, C., *La contratación electrónica*, Ed. Dykinson, Madrid, 1999; BRANDT, L., «Contratos "Click"», en *REDI*, núm. 14, septiembre de 1999; BARBY, E., *Le droit du commerce électronique, Droit d'informatique et des télécoms*, vol. 2, 1998, págs. 14 a 28; CAMMARATA, M., «Pubblica amministrazione e commercio elettronico, il futuro non è dietro l'angolo», en *REDI*, núm. 16, noviembre de 1999; CARRASCO BLANC, H., «Aspectos de la formación del consentimiento electrónico», en *REDI*, núm. 12, julio de 1999; CAVANILLAS MÚGICA, S., «Introducción al tratamiento jurídico de la contratación por medios electrónicos (EDI)», en *Actualidad Informática Aranzadi*, núm. 10, 1994, págs. 1 y sigs.; CAVANILLAS MÚGICA, S., «Dieciocho recomendaciones para la empresa que practique comercio electrónico con consumidores», en *Actualidad Informática Aranzadi*, octubre de 2000, págs. 1 y sigs.; CAVANILLAS MÚGICA, S., «Régimen jurídico del intercambio electrónico de datos», en *Encuentros sobre informática y Derecho (1995-1996)*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1997, págs. 269 y sigs.; CAVANILLAS MÚGICA, S., «Protección del consumidor en la sociedad de la información: una revista estratégica», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 4, 2000, págs. 59 y sigs.; CLEMENTE MEORO, M. E., «Algunas consideraciones sobre la contratación electrónica», en *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 4, 2000, págs. 59 y sigs.; vid. GARCÍA MÁ, F. J., «La contratación electrónica: la firma y el documento electrónico», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1999, págs. 780 y sigs.; GARCÍA MÁ, F. J., «La contratación electrónica: la firma y el documento electrónico», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1999, págs. 765 y sigs.; GETE-ALONSO Y CALERA, M. C., «La contratación en materia informática», en *La Ley*, 1992-2, págs. 1036 y sigs.; GRAHAM, J. A., «Spamming and Law: the European Common Position on E-commerce», en *REDI*, núm. 22, mayo de 2000; GRAHAM-ALCÁNTARA, J. A., «El proyecto de ley luxemburgués sobre el comercio electrónico», en *REDI*, núm. 11, junio de 1999; GUERRA BALIC, J. T., «La conclusión de los contratos por medios informáticos», en *Informática y Derecho*, núm. 8, Ed. UNED, 1995, págs. 61 y sigs.; GUTIÉRREZ GODOY, A., «El comercio electrónico en el derecho comparado», en *REDI*, núm. 20, marzo de 2000; HEINRICH, G. C., «Electronic Commerce and Electronic Money - Co-operative efforts undertaken at the Bank for International Settlements (BIS)», en *REDI*, núm. 4, noviembre de 1998; JULIÀ BARCELÓ, R., y VINJE T., «Another step Towards A European Framework for Digital signatures: the commission signature proposal», en *The computer law and security report*, 1998, vol. 2 y vol. 14, págs. 303 a 313; JULIÀ BARCELÓ, R., «Interrogantes en torno a la contratación

a ella (7). Además se abre un nuevo entorno en la relación Administración-administrado en sentido amplio, ya que muchos servicios públicos están o se podrá, en breve, realizar o gestionar a través de redes. Me refiero a supuestos tales como solicitar certificados, solicitar la inscripción de derechos en Registros Públicos, obtener licencias administrativas o realizar las declaraciones tributarias; incluso presentar cualquier clase de escrito a los Juzgados o recibir comunicaciones de los mismos (8).

electrónica», en *Estudis Balearics*, núm. 50, 1994/5, págs. 121 y sigs.; JULIA BARCELÒ, R., *Comercio electrónico entre empresarios, la formación y la prueba del contrato electrónico*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000; MARTÍNEZ NADAL, A., «La protección del consumidor en la Propuesta de Directiva sobre determinados aspectos del comercio electrónico», en *Cuadernos de Derecho y Comercio*, 29, septiembre de 1999, págs. 111 y sigs.; MARTÍNEZ NADAL, A., «La protección del consumidor y el comercio electrónico», en *Manual de Derecho de Consumo*, Ed. Dikynson, Madrid, 1999; MORENO NAVARRETE, M. A., *Contratos electrónicos*, Ed. Marcial Pons, Barcelona, 1999; NÚÑEZ FERNÁNDEZ, F., «Comentario al Real Decreto 1906/1999, de 17 de diciembre, por el que se regula la contratación telefónica o electrónica con condiciones generales en desarrollo del artículo 5.3 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación», en *REDI*, núm. 21, abril de 2000; PÉREZ DE VELASCO, J. R., «La aplicación de las condiciones generales en la contratación electrónica», en *REDI*, núm. 20, marzo de 2000; PÉREZ PEREIRA, M., «Hacia la seguridad en el comercio electrónico», en *REDI*, núm. 11, junio de 1999; PINHEIRO SAMPAIO, P. R., y PEREIRA DE SOUZA, C. A., «Contratos Electronicos - Um Novo Direito para a Sociedade Digital?», en *REDI*, núm. 21, abril de 2000; RAMOS SUÁREZ, F., «Eficacia jurídica de una transacción electrónica. La figura del no repudio», en *REDI*, núm. 12, julio de 1999; RAMOS SUÁREZ, F., «Leyes que gobiernan Internet y normativas legales a aplicar en un entorno donde no existen fronteras geográficas», en *REDI*, núm. 10, mayo de 1999; RAMOS SUÁREZ, F., «Problemas jurídicos del comercio electrónico», en *REDI*, núm. 2, septiembre de 1998; RAMOS SUÁREZ, F., «Protocolo SET», en *REDI*, núm. 3, octubre de 1998; RAMOS SUÁREZ, F., «Seguridad en la venta de un producto por Internet», en *REDI*, núm. 4, noviembre de 1998; RIBAS ALEJANDRO, X., *Aspectos jurídicos del comercio electrónico*, Ed. Aranzadi, Madrid, 1999; RIBAS ALEJANDRO, X., «Comercio electrónico en Internet. Aspectos jurídicos», en *REDI*, núm. 1, agosto de 1998; RICO CARRILLO, M., «La oferta y la aceptación en la contratación electrónica», en *REDI*, núm. 15, agosto de 2000; RICO CARRILLO, M., «Validez y regulación legal del documento y la contratación electrónica», en *REDI*, núm. 19, febrero de 2000; SÁNCHEZ ALMEIDA, C., «Cimientos para el comercio electrónico», en *REDI*, núm. 19, febrero de 2000; VATTIER FUENZALIDA, C., «En torno a los contratos electrónicos», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1999, págs. 79 y sigs.

(7) Queremos señalar con ello que los conceptos de comercio electrónico y contratación electrónica no son idénticos. El comercio electrónico es un concepto más amplio, que engloba en sí el propio de contratación electrónica, como contratación realizada a través de redes de comunicación, pero que también incluye otros aspectos, tales como los nombres de dominio, la protección de la intimidad y demás derechos fundamentales, la protección de los derechos de competencia, la protección de los derechos de propiedad intelectual e industrial, el régimen legal de la publicidad, la firma electrónica y la eficacia de los documentos electrónicos.

(8) Vid. ALVAREZ-CIENFUEGOS SUÁREZ, J. M., «La informatización de la Administración de Justicia y la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», en *Actualidad Aranzadi*, julio de 2000, pág. 1 y sigs.; ASÍS ROIG, A., «Documento electrónico en la Administración

La regulación y ordenación del comercio electrónico y del resto de actos jurídicos y tramitaciones (como la relación Administración-administrado vía telemática) (dentro del llamado *E-government*) no supone, ni mucho menos, un gran trauma desde el punto de vista jurídico, que simplemente tiene que adaptar sus tradicionales conceptos a esta nueva realidad y aplicar el Derecho vigente con ligeras modificaciones. Si bien el carácter mundial del comercio electrónico y del resto de actos y trámites que se puede efectuar a través de Internet y otras redes de comunicación requiere en algunos sectores, como el del comercio electrónico en cualquiera de sus modalidades (empresa-consumidores, particulares no comerciantes entre sí o empresarios entre sí), de una respuesta a nivel mundial (especialmente en el ámbito de la propiedad intelectual, de los nombres de dominio y de la ordenación y eficacia de la contratación electrónica).

Es en ese nuevo medio o espacio creado por las redes de comunicación cuando jurídicamente se plantea la necesidad de que el documento electrónico (9) vaya acompañado de una firma para poder realizar válidamente deter-

Pública», en *Ambito jurídico en las tecnologías de la información, Cuadernos de Derecho Judicial*, XI (1006), Ed. CGPJ, 1996, págs. 137 y sigs.; GAETE GONZÁLEZ, E. A., «Documento electrónico e instrumento público», en *REDI*, núm. 24, julio de 2000; GAETE GONZÁLEZ, E. A., *Instrumento público electrónico*, ed. Bosch, Barcelona, 2000, págs. 465 y sigs.; HEREDERO HIGUERAS, M., *Valor probatorio de los documentos electrónicos, Informática y Derecho*, 1990, págs. 19 a 24; JIJENA, L., y RENATO, J., «Naturaleza jurídica y valor probatorio del documento electrónico», en *La Ley*, 1998-4; MAESTRE, J. A., «El empleo de la firma electrónica en el Sistema Registral español: Comentario a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 26 de abril de 2000», en *REDI*, núm. 24, julio de 2000; PUYOL MONTERO, J., «Las nuevas tecnologías en el funcionamiento de la Justicia: Aspectos internos», en *Actualidad Aranzadi*, julio de 2000, pág. 1 y sigs.

(9) Vid. ALBERTINI, L., «Sull documento informatico es sulla firma digitale», en *Giustizia civile*, 1998-II; ALVAREZ CIENFUEGOS SUÁREZ, J. M., «Las obligaciones concertadas por medios informáticos. La documentación electrónica de los actos jurídicos», III Congreso Iberoamericano de Derecho Informático, resumen de comunicaciones, en *Informática y Derecho*, núm. 3, UNED, 1992, págs. 156 y sigs.; ALVAREZ CIENFUEGOS SUÁREZ, J. M., *La firma y el comercio electrónico en España*, Ed. Aranzadi, Madrid, 2000; ASÍS ROIG, A., «Documento electrónico en la Administración Pública», en *Ambito jurídico en las tecnologías de la información, Cuadernos de Derecho Judicial*, XI (1006), Ed. CGPJ, 1996, págs. 137 y sigs.; CAMINO, J. R., «El documento electrónico, su admisibilidad en el Derecho español», en *La Ley*, 1997-3; CARRASCOSA LÓPEZ, V., «Valor probatorio del documento electrónico», en *Informática y Derecho*, núm. 8, Ed. UNED, 1995, págs. 133 y sigs.; CLAVELL VERGÉS, G., «El concepto de documento y el Real Decreto-ley 14/1999, de 17 de septiembre, sobre Firma Electrónica», en *REDI*, núm. 19, febrero de 2000; FERNÁNDEZ DOMINGO, J. I., «La contratación electrónica y el Real Decreto-ley 14/1999, sobre firma electrónica», en *Actualidad Civil*, núm. 14, págs. 527 y sigs.; GAETE GONZÁLEZ, E. A., «Documento electrónico e instrumento público», en *REDI*, núm. 24, julio de 2000; GAETE GONZÁLEZ, E. A., *Instrumento público electrónico*, Ed. Bosch, Barcelona, 2000, págs. 465 y sigs.; HEREDERO HIGUERAS, M., «Valor probatorio de los documentos electró-

minados actos jurídicos, tales como presentar la declaración de impuestos o emitir un documento electrónico con función de giro. Incluso en aquellos supuestos donde la firma no es un requisito de validez para el concreto acto o negocio jurídico, ésta puede ser un medio de prueba útil para demostrar la existencia del consentimiento y la voluntad de adhesión de los sujetos respecto del contenido de documentos electrónicos.

Evidentemente el documento electrónico enviado a través de redes de comunicación no admite la tradicional firma autógrafa. Pero la técnica permite también, a través del medio electrónico, crear y utilizar determinados signos o combinaciones de signos que, añadidos al documento electrónico, pueden cumplir la función de la firma autógrafa, y ese es el cometido de la firma electrónica.

Por tanto, la firma electrónica será necesaria en aquellos actos y negocios jurídicos realizados a través de documentos electrónicos y que requieren de firma para su validez, pero no del resto de actos, donde ésta también será útil como un elemento de prueba.

Además, las transacciones y operaciones comerciales, tales como la conclusión de contratos o el pago con tarjeta (de crédito, débito o monedero) (10),

nicos», en *Informática y Derecho*, 1990, págs. 19 a 24; JIJENA, L., y RENATO, J., «Naturaleza jurídica y valor probatorio del documento electrónico», en *La Ley*, 1998-4; MARTÍN REYES, M. A., y MÁRQUEZ LOBILLO, P., «El documento y la firma electrónica. Nuevas perspectivas en la contratación», en *REDI*, núm. 14, septiembre de 1999; MARTINO, A., «Reconocimiento del valor jurídico del documento digital en Italia: Breve historia de una Ley», en *REDI*, núm. 15, noviembre de 1999; MORENO NAVARRETE, M. A., «Hacia una regulación positiva del documento electrónico. El modelo italiano», en *REDI*, núm. 11, junio de 1999; OLIVER LANA, D., «La equiparación de los efectos probatorios de los documentos electrónicos y escritos ante la futura regulación de la firma electrónica», en *La Ley*, 1999-3; ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G., «La prueba mediante documento electrónico firmado digitalmente», en *Actualidad Civil*, del 22 al 28 de febrero de 1999; ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, *La prueba documental y los medios e instrumentos idóneos para reproducir imágenes o sonidos o archivar y conocer datos*, Madrid, 2000; PESO NAVARRO, E., «Resolución de conflictos en el intercambio electrónico de documentos», en *Ámbito jurídico de las tecnologías de la información*, 1996, Ed. CGPJ, 1996, págs. 191 y sigs.; PALADELLA SALORD, C., «El documento electrónico como prueba - La reforma del Código Civil francés», en *REDI*, núm. 26, septiembre de 2000.

(10) Vid. ALVAREZ CIENFUEGOS SUÁREZ, J. M., «Banca electrónica», en *La Ley*, 1997-3; GETE-ALONSO Y CALERA, M. C., *El pago mediante tarjetas de crédito*, Madrid, 1990; GÓMEZ MENDOZA, M., «Naturaleza jurídica de las tarjetas de crédito, sus clases y carga de la prueba en el supuesto de extracciones en cajeros automáticos», en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 54, abril-junio de 1994; GÓMEZ MENDOZA, M., «Tarjetas de crédito y crédito al consumo», en *La Ley*, 1993-3, págs. 789 y sigs.; LETE ACHIRICA, J., «La regulación de la venta a distancia de servicios financieros en la Unión Europea», en *La Ley*, 1999-2; MARTÍNEZ NADAL, A., «Medios de pago en el comercio electrónico», en *Actualidad Aranzadi Informática*, octubre de 2000, págs. 1 y sigs.; MUGUILLO, R., *Tarjeta de crédito*, Ed. Atrea, Buenos Aires, 1994; PLAZA PENADÉS, J., «El pago a través de redes de comunicación en el Derecho español y comunitario», en *REDI*, núm. 23, junio de 2000.

así como en las relaciones Administración Pública-administrador realizadas *on line* a través de documentos electrónicos o telemáticos exigen, al menos, el cumplimiento de una serie de garantías y unos requisitos mínimos de seguridad en los siguientes aspectos:

Confidencialidad, en el sentido de que ningún tercero pueda acceder a la información enviada (11).

Integridad, para evitar que un tercero pueda modificar la información enviada sin que lo advierta el destinatario.

Autenticación, lo que permite asegurar que la persona que envía un mensaje es realmente quien dice ser.

A estas condiciones se añade una cuarta, que popularmente se conoce en el sector como «*no repudio* o irrefutabilidad del contenido del mensaje», que permite a ambas partes de la comunicación probar fehacientemente que la otra parte ha participado en la comunicación, impidiendo tanto el repudio de origen (cuando el remitente del documento niega haberlo enviado) como el repudio de destino (cuando el destinatario niega haberlo recibido) (12).

(11) La confidencialidad de las comunicaciones queda garantizada por el artículo 5 de la Directiva 97/66/CE, según la cual los Estados miembros deben prohibir cualquier forma de interceptar o vigilar las comunicaciones por parte de cualquier persona que no sea su remitente o su destinatario, salvo que esté legalmente autorizada.

(12) Vid. ALAMILLO, I., «Confianza digital basada en certificados», en *REDI*, núm. 13, agosto de 1999; ALBERTINI, L., «Sull documento informatico es sulla firma digitale», en *Giustizia civile*, 1998-II; ALCOVER GARAU, G., «La firma electrónica como medio de prueba (valoración jurídica de los criptosistemas de claves asimétricas)», en *Cuadernos de Derecho y Comercio*, 1994, págs. 11 y sigs.; ALCOVER GARAU, G., «El Real Decreto-ley sobre firma electrónica», en *Revista de contratación electrónica*, núm. 1, 2000, págs. 7 a 28; ASÍS ROIG, A., «Documento electrónico en la Administración Pública», en *Ambito jurídico en las tecnologías de la información. Cuadernos de Derecho Judicial*, XI (1006), Ed. CGPJ, 1996, págs. 137 y sigs.; DÍAZ FRAILE, J. M., «Estudio de la regulación de firma electrónica en la Directiva Europea de 13 de mayo de 1998», en *La Ley*, 1998, págs. 2135 y sigs.; JUENA L., y RENATO, J., «Naturaleza jurídica y valor probatorio del documento electrónico», en *La Ley*, 1998-4; MADRID PARRA, A., «Firmas digitales y entidades de certificación a examen en la CNUDMI/UNCITRAL», en *Actualidad Informática Aranzadi*, julio de 1997, núm. 24, págs. 1 y sigs.; MARTÍN REYES, M. A., y MÁRQUEZ LOBILLO, P., «El documento y la firma electrónica. Nuevas perspectivas en la contratación», en *REDI*, núm. 14, septiembre de 1999; MARTÍNEZ NADAL, A., *Comercio electrónico, firma digital y autoridades de certificación*, 2.^a ed., Ed. Civitas, Madrid, 2000; MARTÍNEZ NADAL, A., *La Ley de Firma Electrónica*, Ed. Civitas, Madrid, 2000, págs. 25 y sigs.; NÚÑEZ FERNÁNDEZ, F., «La firma electrónica ya tiene respaldo y regulación legal en España. Comentario al Real Decreto-ley 14/1999, de 17 de septiembre, sobre firma electrónica», en *REDI*, núm. 17, diciembre de 1999; PÉREZ PEREIRA, M., «Apuntes al anteproyecto de Ley sobre firma electrónica», en *REDI*, núm. 14, septiembre de 1999; RAMOS SUÁREZ, F., «La firma digital», en *REDI*, núm. 9, abril de 1999; RIBAS, X., «Propuesta de Directiva sobre firmas electrónicas», en *REDI*, núm. 2, septiembre de 1998.

Pues bien, determinados tipos de firma electrónica, como la firma digital, pueden, además de identificar al autor del documento, garantizar que los documentos firmados que se envían a través de redes de comunicación no han podido ser modificados por terceros, asegurando la confidencialidad de los mismos; con lo cual la finalidad inicial de la firma electrónica, que era exclusivamente la de identificar al sujeto y hacer prueba de su adhesión a un texto, cumple en las redes de comunicación otro tipo de cometidos adicionales, como garantizar la confidencialidad, integridad y no repudio.

III. LA FIRMA DIGITAL DESDE UN PUNTO DE VISTA TECNICO

El concepto jurídico de firma electrónica del Derecho español y comunitario es el de conjunto de datos, en forma electrónica, anejos a otros datos electrónicos o asociados funcionalmente con ellos, utilizados como medio para identificar formalmente al autor o a los autores del documento que la recoge (art. 2 en ambos textos, Directiva y RDLFE) (13).

(13) Vid. AGUILAR, A., «El derecho a la prueba y la informática. Problemática y perspectivas», en *Informática y Derecho*, núm. 2, Mérida, 1991; ALAMILLO, I., y BARQUÍN GÓMEZ, D., «La firma electrónica y los Registros», en *REDI*, núm. 19, febrero de 2000; ALAMILLO, I., «Confianza digital basada en certificados», en *REDI*, núm. 13, agosto de 1999; ALBERTINI, L., «Sull documento informatico es sulla firma digitale», en *Giustizia civile*, 1998-II; ALCOVER GARAU, G., «La firma electrónica como medio de prueba (valoración jurídica de los criptosistemas de claves asimétricas)», en *Cuadernos de Derecho y Comercio*, 1994, págs. 11 y sigs.; ALCOVER GARAU, G., «El Real Decreto-ley sobre firma electrónica», en *Revista de Contratación Electrónica*, núm. 1, 2000, págs. 7 a 28; ALVAREZ CIENFUEGOS SUÁREZ, J. M., «Las obligaciones concertadas por medios informáticos. La documentación electrónica de los actos jurídicos», III Congreso Iberoamericano de Derecho Informático, resumen de comunicaciones, en *Informática y Derecho*, núm. 3, UNED, 1992, págs. 156 y sigs.; ASÍS ROIG, A., «Documento electrónico en la Administración Pública», en *Ambito jurídico en las tecnologías de la información. Cuadernos de Derecho Judicial*, XI (1006), Ed. CGPJ, 1996, págs. 137 y sigs.; CAMMARATA, M., «Firme digitali, canali sicuri e chiavi biometriche», en *REDI*, núm. 11, mayo de 1999; CAMMARATA, M., «Il certificatore non è una Certification Authority», en *REDI*, núm. 10, abril de 1999; CARRASCOSA LÓPEZ, V., «Valor probatorio del documento electrónico», en *Informática y Derecho*, núm. 8, Ed. UNED, 1995, págs. 133 y sigs.; CLAVELL VERGÉS, G., «El concepto de documento y el Real Decreto-ley 14/1999, de 17 de septiembre, sobre Firma Electrónica», en *REDI*, núm. 19, febrero de 2000; DÍAZ FRAILE, J. M., «Estudio de la regulación de firma electrónica en la Directiva Europea de 13 de mayo de 1998», en *La Ley*, 1998, págs. 2135 y sigs.; GAETE GONZÁLEZ, E. A., «Documento Electrónico e Instrumento Público», en *REDI*, núm. 24, julio de 2000; GAETE GONZÁLEZ, E. A., *Instrumento público electrónico*, ed. Bosch, Barcelona, 2000, págs. 465 y sigs.; GALINDO, F., «La conveniencia de una regulación española de cifrado de las comunicaciones», en *La Ley*, 1999-I; GALLARDO ORTIZ, M. A., «Criptografía, seguridad informática y Derecho. Leyes del ciberespacio», III Congreso Iberoamericano de Informática y Derecho, en *Informática y Derecho*, núm. 3, Ed. UNED, 1992, págs. 47 y sigs.; HEREDERO HIGUERAS, M., «Valor probatorio

Así, por ejemplo, la firma del propio sujeto escaneada e incorporada a un documento electrónico es una firma electrónica, y como tal ha de ser tenida, pero no ofrece ninguna seguridad o fiabilidad sobre la verdadera identidad de su autor o la integridad del texto cuando exista controversia sobre tales extremos.

de los documentos electrónicos», en *Informática y Derecho*, 1990, págs. 19 a 24; HUGET ROTGER, L., y ALCOVER GARAU, G., «Seguridad en la transmisión electrónica (EDI): validez jurídica», en *Encuentros sobre Informática y Derecho (1994-1995)*, Madrid, 1995, págs. 131 y sigs.; JIJENA, L., y RENATO, J., «Naturaleza jurídica y valor probatorio del documento electrónico», en *La Ley*, 1998-4; LÓPEZ CEBADA, J. J.; ORTEGA SALAMANCA, A., y HERNÁNDEZ CRUZ, F., «Breves consideraciones sobre las posibilidades subyacentes en el uso de la firma electrónica avanzada», en *REDI*, núm. 18, enero de 2000; MADRID PARRA, A., «Firmas digitales y entidades de certificación a examen en la CNUDMI/UNCITRAL», en *Actualidad Informática Aranzadi*, julio de 1997, núm. 24, págs. 1 y sigs.; MAESTRE, J. A., «El empleo de la firma electrónica en el Sistema Registral español: Comentario a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 26 de abril de 2000», en *REDI*, núm. 24, julio de 2000; MARTÍN REYES, M. A., y MÁRQUEZ LOBILLO, P., «El documento y la firma electrónica. Nuevas perspectivas en la contratación», en *REDI*, núm. 14, septiembre de 1999; MARTÍN REYES, M. A., «El reconocimiento de los medios electrónicos en el ámbito legislativo y jurisprudencial. Especial consideración del Real Decreto-ley 14/99, de 17 de septiembre, sobre Firma Electrónica y Proveedores de Servicios de Certificación», en *REDI*, núm. 17, diciembre de 1999; MARTÍNEZ NADAL, A., *Comercio electrónico, firma digital y autoridades de certificación*, 2.ª ed., Ed. Civitas, Madrid, 2000; MARTÍNEZ NADAL, A., *La Ley de Firma Electrónica*, Ed. Civitas, Madrid, 2000; MARTINO, A., «Reconocimiento del valor jurídico del documento digital en Italia: Breve historia de una Ley», en *REDI*, núm. 15, noviembre de 1999; MORENO NAVARRETE, M. A., «Hacia una regulación positiva del documento electrónico. El modelo italiano», en *REDI*, núm. 11, junio de 1999; NÚÑEZ FERNÁNDEZ, F., «La firma electrónica ya tiene respaldo y regulación legal en España. Comentario al Real Decreto-ley 14/1999, de 17 de septiembre, sobre firma electrónica», en *REDI*, núm. 17, diciembre de 1999; ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G., «La prueba mediante documento electrónico firmado digitalmente», en *Actualidad Civil*, del 22 al 28 de febrero de 1999; ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, *La prueba documental y los medios e instrumentos idóneos para reproducir imágenes o sonidos o archivar y conocer datos*, Madrid, 2000; PALADELLA SALORD, C., «El documento electrónico como prueba - La reforma del Código Civil francés», en *REDI*, núm. 26, septiembre de 2000; PÉREZ PEREIRA, M., «Establecimiento y Ley aplicable al prestador de servicios de certificación en España», en *REDI*, núm. 26, septiembre de 2000; PÉREZ PEREIRA, M., «La situación de los proveedores de Servicios de Certificación en el Real Decreto-ley 14/1999, sobre Firma Electrónica», en *REDI*, núm. 17, diciembre de 1999; PÉREZ PEREIRA, M., «Apuntes al anteproyecto de Ley sobre Firma Electrónica», en *REDI*, núm. 14, septiembre de 1999; PESO NAVARRO, E., «Resolución de conflictos en el intercambio electrónico de documentos», en *Ámbito jurídico de las tecnologías de la información*, 1996, Ed. CGPJ, 1996, págs. 191 y sigs.; RAMOS SUÁREZ, F., «Cómo aplicar la nueva Normativa sobre Firma Electrónica», en *REDI*, núm. 19, febrero de 2000; RAMOS SUÁREZ, F., «La firma digital», en *REDI*, núm. 9, abril de 1999; RIBAS, X., «Propuesta de Directiva sobre firmas electrónicas», en *REDI*, núm. 2, septiembre de 1998; SANCHÍS CRESPO, C., «La prueba por soportes informáticos en la LEC 1/2000», en *Actualidad Aranzadi Informática*, julio de 2000, págs. 1 y sigs.; SANCHÍS CRESPO, C., *La prueba por soportes informáticos*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

Ello pone de manifiesto una primera realidad, como es que existen distintas clases de firma electrónica (14), si bien con distintos niveles o grados de seguridad, lo que se traducirá jurídicamente en una distinta eficacia de las distintas firmas electrónicas.

Entre las firmas electrónicas seguras se encuentra, como ya hemos dicho, la firma digital (que es, pues, una clase de firma electrónica, si bien es la que la legislación de firma toma como modelo) expedida por una entidad de certificación responsable de la existencia y validez de la misma.

El problema de explicar qué es y en qué consiste una firma digital, como especie del género firma electrónica, estriba en que su funcionamiento práctico a nivel usuario (15) es mucho más sencillo que su compleja explicación teórica, llena de tecnicismos y necesariamente detallista. Sin embargo, y con el deseo de dejar sentado el *modus operandi* de la firma electrónica, aun a riesgo de caer en reiteraciones, expondré brevemente los conceptos básicos que rodean a la firma digital y luego trataré de explicar su funcionamiento.

La firma digital se contiene en un documento llamado indistintamente certificado electrónico o identificador (piénsese habitualmente en una tarjeta electrónica que se lee gracias a un aparato, lector de firma, que se incorpora al ordenador), que expide un «prestador de servicios de certificación», según la terminología utilizada en la legislación española, o un «proveedor de servicios de certificación», según la terminología de Derecho comunitario (16), y que también se conocen en la práctica como «autoridades de certificación».

Pero dicho certificado contiene además los elementos necesarios para realizar la encriptación de documentos, como es una clave pública y una clave privada, que se utilizará para que el remitente cifre tanto el documento como la firma que se adhiere al documento electrónico, de tal forma que estos sólo puedan ser descifrados o descryptados por su destinatario.

Los sistemas de cifrado o encriptación tendentes a asegurar la confidencialidad e integridad de los mensajes son el sistema de cifrado simétrico y el sistema de cifrado asimétrico, también denominado sistema de clave pública.

Los métodos de cifrado simétrico son los que usan una única clave (combinación lo suficientemente extensa de signos) para cifrar y descifrar, con lo cual lo único que se requiere es que el sujeto remitente tenga una clave, y que la parte pública de la misma la conozca el destinatario, bien porque se la ha

(14) Vid. JULIÀ BARCELÓ, R., *Comercio electrónico entre empresarios, la formación y la prueba del contrato electrónico*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, págs. 210 y sigs.

(15) Piénsese que la mayoría de las operaciones que aquí se detallan son prácticamente inapreciables en la práctica, pues la tarjeta en la que se contiene la firma realiza automáticamente las funciones de firmado y encriptado tanto en origen como en destino.

(16) En concreto, de la expresión «Certification Services Providers».

facilitado el propio remitente, bien porque la Autoridad Certificadora le certifica al destinatario y bajo su responsabilidad la clave pública del remitente.

Los métodos de cifrado asimétrico son aquellos que usan una pareja de claves con la propiedad de que lo que se cifra con una de las claves de una pareja sólo se puede descifrar con la otra clave. Aquí, cada sujeto da a conocer a la otra parte su clave pública y mantiene en secreto su clave privada.

Así pues, para obtener la clave pública, se puede hacer, al menos, de dos formas: o bien se envía por correo electrónico firmado digitalmente o se solicita a la Autoridad de Certificación un certificado electrónico, cuya función principal sea asegurar la autenticidad de la clave pública de una persona.

Dichos certificados contienen los siguientes campos:

- Un identificador de a quién pertenece el certificado.
- Otro identificador de quién asegura su validez, que será una Autoridad de Certificación (o prestador de servicios de certificación).
- Dos fechas, una de inicio y otra de finalización del período de validez del certificado; esto es, la fecha a partir de la cual la clave pública que se contiene en él no debe utilizarse para cifrar o firmar. Con ello se persigue que las claves no puedan permanecer en vigor el tiempo suficiente como para poder ser descifradas, ya que durante su vigencia deben reunir la característica de no poder ser descifradas de ninguna forma.
- Un certificador del certificado o número de serie, que será único para cada certificado emitido por una Autoridad de Certificación.
- La clave pública perteneciente a quien figura en el campo del primer identificador (propietario y usuario del certificado electrónico).
- La firma de la Autoridad de Certificación en todos los campos del certificado que asegura la autenticidad del mismo, todo ello firmado digitalmente con la clave privada de la autoridad de certificación, con el fin de que el certificado no se pueda falsificar.

Vistos los elementos que contiene un certificado electrónico, es el momento de ocuparse de otro elemento de dicho certificado: la llamada firma digital.

El procedimiento de creación de firma digital consiste, habitualmente (ya que cada entidad de certificación utiliza procedimientos parecidos pero distintos) en extraer un «resumen» (o *hash*, en inglés) del mensaje, cifrar este resumen con la clave privada del remitente y añadir el resumen cifrado al final del mensaje (como firma del documento). A continuación, el mensaje o documento junto con la firma (el resumen cifrado o *hash*) se envían cifrados. El algoritmo que se utiliza para obtener el resumen del mensaje debe cumplir la propiedad de que cualquier modificación del mensaje o documento origi-

nal, por pequeña que sea, dé lugar a un resumen diferente (con lo que permite al destinatario comprobar si el mensaje ha sido alterado durante su tránsito en la red).

Así, cuando el documento llega al destinatario, éste descifra tanto el documento en sí, como el documento donde se contiene la firma o *hash*. Para ello hace dos operaciones: por un lado averigua la clave pública del remitente y descifra con ella el resumen o *hash* que calculó y cifró el remitente. Por otro lado, el destinatario comprueba el resumen del mensaje recibido, repitiendo el procedimiento que usó el remitente. Si los dos resúmenes (el del remitente descifrado y el comprobado ahora por el destinatario) coinciden, la firma se considera válida y el destinatario puede estar seguro de la integridad del mensaje, pues si el mensaje hubiera sido alterado a su paso por la red, el resumen comprobado por el destinatario no coincidiría con el original comprobado por el remitente.

Por tanto, la firma digital, desde un punto de vista técnico, se puede definir como el conjunto o bloque de caracteres que viajan junto a un documento, fichero o mensaje y que puede acreditar quién es el autor o emisor del mismo, así como la imposibilidad de modificación o alteración del mensaje.

El hecho de que el resumen original o *hash* sea descifrado con la clave pública del remitente, prueba que sólo él pudo cifrarlo con su clave privada. Así el destinatario está seguro de la procedencia del mensaje (autenticación del origen) y, llegado el caso, el remitente no podría negar haberlo enviado (no repudio) ya que sólo él conoce su clave secreta (máxime si todas estas circunstancias están garantizadas por un tercero neutral y responsable como es la entidad certificadora).

Antes de empezar a enviar mensajes cifrados o firmados digitalmente, además de obtenerse un identificador digital o certificado electrónico en el que se contiene la firma, se debe tener configurada la cuenta de correo para su utilización, con lo cual el ordenador debe tener conexión a Internet y un dispositivo lector de tarjetas de firma electrónica.

Por ello, la entidad certificadora no sólo expide las claves (una pública y otra privada) y entrega al usuario la tarjeta o el disquete que contiene la clave privada, sino también la aplicación informática o programa necesario para el uso de la firma electrónica, que se deberá instalar en el ordenador, salvo que el usuario ya dispusiese de él. Una vez completadas todas estas operaciones, ya se pueden firmar y encriptar un documento electrónico o archivo, y ser enviado a través del correo electrónico a su destinatario, con el certificado del prestador de servicios en el que se avala la identidad.

En la práctica, las operaciones de firmado y encriptado se ejecutan automáticamente por los programas de firma, del mismo modo que la comprobación de la validez de la firma y la integridad del mensaje por el destinatario también se realiza automáticamente por medios informáticos, por lo que to-

dos estos complejos procedimientos de firma y encriptado son inapreciables para los usuarios.

El éxito de este sistema estriba, pues, en que la clave secreta no pueda ser conocida por nadie más que por su titular y, por tanto, que dicha clave esté siempre bajo su exclusivo control. Con lo cual, si el titular de la firma tiene el fundado temor de que su clave secreta es conocida por terceros puede revocar el certificado, como se verá más adelante, poniendo tal circunstancia en conocimiento de la entidad de certificación.

Tan sólo resta un problema por solucionar: que el sujeto que envió el documento sea realmente él y no un tercero.

Los prestadores de servicios de certificación, en su condición de intermediarios, solucionan ese único punto débil que tienen los sistemas basados en criptografía de clave pública, como es el de estar seguro de que la persona que firma es realmente quien dice ser.

Ello se consigue de varios modos, ya que la ley sólo exige que se compruebe la identidad del titular, pero no fija el modo. Así se pueden utilizar desde sistemas de comprobación personal exigiendo la presencia física del titular al que se le expide todo el kit de firma electrónica (tarjetas, claves, dispositivos), hasta la simple comprobación del DNI. En ese trámite de asegurar la identidad del solicitante y titular de la firma puede participar el Notario, acreditando tales extremos y aportando un mayor nivel de seguridad.

Cuando el prestador de servicios de certificación tiene total seguridad sobre la identidad del solicitante, le expide el certificado electrónico o identificador digital y le proporciona al usuario, con las máximas garantías de seguridad, un identificador de petición y una contraseña (password) necesarios para descargar el certificado electrónico o identificador digital emitido y que sólo podrá conocer el usuario.

Cuando se descarga el certificado (utilizando ese ID y password) se introducirá una contraseña personal y secreta que será la que utilice su certificado donde se contiene su firma y como esa contraseña privada que el usuario introduce no es conocida por nadie sino sólo por él, nadie podrá suplantar su identidad.

Para terminar con la explicación técnica se debe tener presente dos cuestiones:

La primera es que cuando enviemos un mensaje a alguien que no posee certificado electrónico, la única función que nos permitirá nuestro navegador será la de autenticación del emisor (es decir, la firma digital), ya que al no tener el receptor un certificado con la consiguiente clave pública, no se podrá cifrar el mensaje.

La segunda es que cada certificado va asociado a una única dirección de correo electrónico, y por tanto no es posible utilizar un mismo certificado en

distintas cuentas de correo, pero sí es posible disponer de un certificado para cada dirección de correo electrónico, con lo que todos los mensajes siempre podrán ser firmados, y si el receptor también tiene certificado, encriptados. Lo que sí se puede es cambiar el certificado de un ordenador a otro a través del disco flexible.

Existen, pues, desde el punto de vista técnico, muchas posibilidades de sistemas de encriptación y de firma electrónica, cuyo tratamiento desbordaría este estudio como, por ejemplo, el uso de diferentes tipos de certificados, la combinación de algoritmos de clave simétrica y asimétrica, los estándares existentes para cifrado, firmas, certificados, etc. E incluso ya hemos visto cómo las posibilidades abarcan desde el cifrado simétrico sin participación alguna de Autoridades de Certificación hasta sistemas de firma avanzada combinados con distintas clases de certificados, e incluso nos podemos encontrar con sistemas de firma específicos para determinados actos como el pago de tributos e impuesto o el pago a través de tarjetas de crédito (donde funcionan los certificados CET controlados por entidades y servicios financieros). Y dentro de éste heterogéneo panorama, el Derecho sólo pretende crear un marco jurídico abierto a las posibilidades técnicas actuales y a los futuros sistemas de firma electrónica, según el tipo de certificado electrónico utilizado para la firma y la mayor o menor garantía que puedan ofrecer los prestadores de servicios de la información, lo que se traducirá en una distinta eficacia jurídica atendiendo al tipo de autoridad de certificación y de certificado o firma electrónica utilizado.

IV. LA FIRMA ELECTRONICA Y EL DOCUMENTO ELECTRONICO EN ESPAÑA ANTES DEL REAL DECRETO 14/1999

Lejos de lo que pudiera pensarse, nuestro país ya contaba con anterioridad al Real Decreto 14/1999, de firma electrónica, con un entramado de normas legales y disposiciones de rango inferior a la ley que sostenían la validez y eficacia de la firma electrónica para determinados ámbitos (17).

Así, entre las leyes y normas con fuerza de ley, debe destacarse el artículo 45.5 de la Ley del Régimen Jurídico de la Administración del Estado y Procedimiento Administrativo Común, que ya en su redacción de 1992 establecía que los documentos emitidos, cualquiera que sea su soporte, por medios electrónicos, informáticos o telemáticos por las Administraciones Públi-

(17) Vid. GARCÍA MÁS, F. J., «La contratación electrónica, la firma y el documento electrónico», en *RCDI*, 1999, págs. 774 y sigs.; MARTÍNEZ NADAL, A., *La Ley de Firma Electrónica*, Ed. Civitas, Madrid, 2000, págs. 23 y sigs.

cas, o los que éstas emitan como copias de los originales almacenados por estos mismos medios, gozarán de la validez y eficacia de documento original, siempre que quede garantizada su autenticidad, integridad y conservación y, en su caso, la recepción por el interesado, así como el cumplimiento de las garantías y requisitos establecidos por esta y otras leyes (18).

La Ley del Mercado de Valores de 1988 regula las operaciones de Bolsa que se llevan a cabo mediante el Sistema de Interconexión Bursátil, integrado, como señala la propia Exposición de Motivos de la Ley, mediante una red informática. En esa línea debe encuadrarse el acuerdo de 11 de marzo de 1998 de la CNMV, sobre implantación del CIFRA-DOC/CNMV (Sistema de intercambio de información a través de líneas telemáticas) (BOE de 27 de marzo de 1998).

La Ley 37/1992, de 28 de diciembre, sobre el IVA, permite, en su artículo 88.2, que las facturas puedan emitirse por vía telemática; posibilidad que ha sido más detallada en la Orden Ministerial de 22 de marzo de 1996 (RCL 1996, 1114).

También existe un conjunto de órdenes que regulan la declaración de IRPF para grandes empresas, PYMES y contribuyentes, disponibles *on line* en <http://aeat.es>. Además, el procedimiento para la obtención e instalación de certificado con firma electrónica para hacer la declaración del IRPF puede obtenerse en <http://aeate.es/certfnmt.html>.

La Orden, de 19 de julio de 1999, por la que se aprueba el Registro de compraventa de bienes muebles a plazo, en su Disposición Adicional 6.ª, autoriza a la DGRN para aprobar modelos en soporte informático o con firma electrónica, siempre que se garantice la identidad indubitada de los contratantes y la integridad e inalterabilidad del documento.

En el ámbito judicial también se ha admitido tanto la validez del documento electrónico como la eficacia del documento electrónico firmado electrónicamente.

Respecto de la validez del documento electrónico en el proceso, el artículo 230 LOPJ dispone que podrán utilizarse en el proceso cualesquiera medios técnicos de documentación y reproducción, siempre que ofrezcan las debidas garantías de autenticidad.

Respecto de la validez, a efectos probatorios, de la firma electrónica, en la STS de 3 de noviembre de 1997, Sala 3.ª (19), la Asociación Española de la Banca Privada discutía la legalidad, entre otros, del artículo 76.3.c).2 del Reglamento General del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos

(18) Dicha disposición ha sido desarrollada por el Real Decreto 263/1996, de 16 de febrero, por el que se regula la utilización de tales técnicas por la Administración General del Estado.

(19) RJ 1997, 8251.

Jurídicos Documentados, aprobado por el Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo, y, en concreto, el que se pudiese someter a gravamen documentos electrónicos mercantiles con función de giro por ser necesaria la firma «escrita» del emisor.

En concreto el artículo 76 dispone que están sujetos al impuesto, las letras de cambio, los documentos que realicen función de giro o suplan aquéllas, los resguardos o certificados de depósitos transmisibles, así como los pagarés, bonos, obligaciones y demás títulos análogos emitidos en serie..., incluido cualquier documento expedido en el tráfico mercantil, que, por sí mismo, acredite, literalmente y con carácter autónomo, el derecho económico de su legítimo tenedor para cobrar de la persona que se designe y en el lugar y fecha que, con independencia de los de emisión, el propio documento señale, una cantidad en dinero o signo que lo represente.

Y a continuación, y aquí es donde se planteaban los problemas de legalidad, se dice que a los efectos de lo dispuesto anteriormente, se entenderá por documento «cualquier soporte escrito, *incluido los informáticos*, por los que se pruebe, acredite o se haga constar alguna cosa».

Pues bien, la Asociación Española de la Banca Privada, argumentaba que si bien es cierto que toda la jurisprudencia, con base en los artículos 578 LEC y 1.215 del Código Civil, aboga por la virtualidad jurídica del documento en soporte electrónico, siempre que se den todas las cautelas para asegurar su autenticidad, «no puede emitirse un título valor o documento mercantil sino con la firma de su emisor, y tal firma y/o su constancia por escrito no puede suplirse por ningún soporte informático».

La respuesta del Tribunal Supremo a este problema parte de la admisión del documento electrónico, *sub conditione* de acreditar su autenticidad, y en relación con la necesidad de la firma en los documentos con efectos de giro, a los que debe ir unida, y señala lo siguiente:

«La firma gráfica no es la única manera de signar, pues hay otros mecanismos que, sin ser firma autógrafa, constituyen trazados gráficos, que asimismo conceden autoría y obligan. Así, las claves, los códigos, los signos y, en casos, los sellos con firmas en el sentido indicado».

En consecuencia, concluye el TS, «el documento electrónico (y en especial el documento con función de giro mercantil) es firmable, en el sentido de que la firma autógrafa o equivalente puede ser sustituida, por el lado de la criptografía, por medio de cifras, signos, códigos, barras, claves u otros atributos alfa-numéricos que permitan asegurar la procedencia y veracidad de la autoría y la procedencia de su contenido».

V. LA REGULACION DE LA FIRMA ELECTRONICA EN ESPAÑA

La regulación en España de la firma electrónica se encuentra en el Real Decreto-ley 14/1999, de 17 de septiembre (20), que fue convalidado por la Resolución de 21 de octubre de 1999 (21), e incorpora la Directiva 1999/93/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 1999, por la que se establece un marco jurídico comunitario para la firma electrónica (22).

Con posterioridad a dicha normativa debe citarse la Instrucción de la DGRN, de 30 de diciembre de 1999, sobre la presentación de las cuentas anuales en los Registros Mercantiles a través de procedimientos telemáticos (*BOE* núm. 7, de 8 de enero de 2000) (23), la instrucción de la DGRN, de 31 de diciembre de 1999 (*BOE* núm. 7, de 8 de enero de 2000) (24) o el Real Decreto 111/2000, de 28 de enero, por el que se modifican determinados artículos del Reglamento General de Recaudación (*BOE* de 29 de enero de 2000).

(20) *BOE* de 18 de septiembre de 1999.

(21) *BOE* de 27 de octubre de 1999.

(22) *DOCE* L 10-1-2000, págs. 12 y sigs.

(23) Artículo 7. Presentación en el Registro Mercantil de las cuentas por vía telemática:

1. Las cuentas anuales elaboradas mediante procedimientos informáticos podrán ser remitidas al Registro Mercantil competente por vía telemática a la dirección de correo electrónico habilitada al efecto y comunicada al público interesado en el tablón de anuncios.

2. El Registrador comprobará que los datos de los signatarios coinciden con los indicados en la solicitud y que las firmas reúnen los requisitos sobre firma electrónica avanzada recogidos en el Real Decreto-ley 14/1999, de 17 de septiembre, sobre firma electrónica, y presentará los documentos recibidos telemáticamente en la forma prevista en el Reglamento del Registro Mercantil para los títulos enviados por correo.

(24) Donde destacan los siguientes preceptos:

Artículo 6. Presentación de libros en el Registro Mercantil por vía telemática.

1. Los libros susceptibles de presentación en soporte magnético podrán ser legalizados mediante la correspondiente solicitud remitida telemáticamente a la dirección de correo electrónico habilitada al efecto y comunicada al público en lugar visible en la oficina y, en su caso, en la correspondiente página WEB de la red Internet.

2. Las firmas de quienes autorizan la solicitud y la relación de firmas digitales generadas por los libros cuya legalización se solicita deberán reunir los requisitos establecidos en la legislación vigente en materia de firma electrónica avanzada y con la preceptiva intervención de la entidad prestadora de certificación.

3. En lo demás se aplicará lo establecido para la legalización de libros presentados en soporte magnético.

Artículo 8. Legalización de los libros presentados en soporte magnético y telemáticamente.

1. Si no mediaran defectos, el Registrador devolverá al interesado el disco o soporte correspondiente y extenderá una certificación en la que, bajo su firma, identificará al empresario, incluyendo, en su caso, los datos registrales y expresará los libros legalizados, con identificación de su clase y número, la firma digital generada por cada uno de

Más trascendencia tiene la regulación de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, que desarrollando lo prevenido en la Ley Orgánica del Poder Judicial, de un lado, y según el artículo 162, admite la posibilidad de realizar actos de comunicación por medios electrónicos, informáticos y similares (siempre que se adopten medidas que garanticen su recepción), mientras que, por otro lado, en lo relativo a la presentación de documentos electrónicos, en una regulación un tanto descuidada pese a su carácter novedoso, admite tal posibilidad en los artículos 382 y siguientes, y en especial en el artículo 384.1 de la nueva LEC, si bien con unos requisitos adicionales de examen de los mismos tanto por el órgano juzgador como por las partes (25).

Volviendo al Decreto-ley 14/1999, lo verdaderamente criticable y criticado es que la normativa sobre firma electrónica se aprobase a través Decreto-ley, figura que está prevista, según el artículo 87 CE, para casos de extraordinaria y urgente necesidad. Circunstancia que, evidentemente, no se daba en la regulación de la firma electrónica, máxime, como ya se ha visto, cuando el Derecho español atribuía efectos a los documentos electrónicos acompañados de firma electrónica. Se trata de un caso más, como todos ellos desgraciado, de utilización inadecuada de los procedimientos constitucionales de elaboración de leyes a través de la figura del Decreto-ley que, en este caso, como en todos, tienen como principal cometido eludir el debate y la confrontación de opiniones (26). Además, algunos aspectos operativos para la puesta en marcha de la legislación sobre firma, como la creación del Registro de Prestadores de Servicios, están pendientes de realización a fecha de hoy, lo que pone en entredicho al pretendida «urgencia».

El Real Decreto-ley de firma electrónica tiene como finalidad establecer una regulación clara del uso y eficacia jurídica de la firma electrónica y prevé el régimen jurídico aplicable a los prestadores de servicios de certificación,

ellos y los datos de la presentación y del asiento practicado en el Libro-fichero de legalizaciones.

Artículo 9. Prueba judicial de la legalización.

A los efectos de lo establecido en el artículo 327 LEC en materia de prueba, el Registrador Mercantil, una vez le sea presentado el correspondiente soporte informático con los ficheros de contenido y formato idéntico al de los libros presentados a legalizar, imprimirá una copia en papel de ellos y certificará, a solicitud de parte interesada o por mandato de la autoridad judicial competente, que los ficheros contenidos en el soporte se corresponden con los libros legalizados por generar la misma firma digital, y todo ello por referencia a los asientos practicados en el Libro-fichero de legalizaciones.

(25) Vid. *supra*. Epígrafe: «La firma electrónica y el documento electrónico en España antes del Real Decreto-ley 14/1999».

(26) Vid. MARTÍNEZ NADAL, A., «Comentarios de urgencia al urgentemente aprobado Real Decreto-ley 147/1999, de 17 de septiembre, sobre firma electrónica», en *La Ley*, 1 y 2 de diciembre de 1999, págs. 1 y sigs.

estableciendo todos los requisitos que son necesarios para su constitución y funcionamiento.

En ese sentido, el artículo 1 establece que el «Real Decreto-ley regula el uso de la firma electrónica, el reconocimiento de su eficacia jurídica y la prestación al público de servicios de certificación. Las normas sobre esta actividad son de aplicación a los prestadores de servicios establecidos en España».

Igualmente se prevé la creación del Registro de Prestadores de Servicios de Certificación (art. 6) (todavía, como ya he advertido, pendiente de constitución), si bien, a pesar de la literalidad del precepto, su inscripción no es obligatoria por exigencias del régimen comunitario de libre acceso, siendo tan sólo sancionable, con sanción leve, la no inscripción de autoridades de certificación que expidan firmas electrónicas avanzadas (que es un tipo de firma que cumple los requisitos que para ella se establece en el art. 2 RDLFE).

También se regula la expedición y pérdida de vigencia de los certificados (arts. 8 y sigs.), donde destaca la posibilidad de revocar el certificado por parte del titular del certificado a su libre voluntad, lo que ocurrirá, por ejemplo, cuando tenga motivos fundados para pensar que su clave secreta es conocida. La eficacia de la revocación consiste en dejar sin efectos el certificado desde el momento que se ejercita por el titular del certificado, pero de cara a terceros pueden existir problemas derivados de la falta de conocimiento de la revocación, y así, si bien es cierto que la revocación va acompañada de mecanismos de publicidad en la regulación de firma electrónica, también puede aplicarse en los casos en que terceros afectados no hayan tenido conocimiento de la revocación, y por analogía, las normas de revocación del consentimiento contenidas en el Código Civil en el contrato de mandato de existir «identidad de razón». De la misma forma, y a pesar del carácter esencialmente revocable de la firma digital, puede exigirse la garantía de su no revocación a la hora de realizar una negociación vía telemática, siempre que se esté dentro del período de vigencia técnica de la firma.

También se regula el régimen de su inspección administrativa y se tipifican las infracciones y sanciones que se establecen para garantizar su cumplimiento (arts. 16 y sigs.), distinguiéndose, a efectos de sanción, entre sanciones muy graves, graves y leves.

Nosotros, sin embargo, nos ocuparemos de forma más detallada de aquellos aspectos que están más relacionados con el ámbito del Derecho privado, como son la eficacia y responsabilidad de la firma electrónica.

Además, la normativa española de firma electrónica está inspirada en los preceptos de la Unión Europea, lo que determina que su articulado deba de interpretarse conforme a esta última, como consecuencia del principio de primacía del Derecho comunitario, si bien España, que se anticipó a la promulgación definitiva de la Directiva, ha tenido presente todas sus disposiciones y ha

desarrollado de un modo completo la misma, pasando a formar parte del grupo de países europeos que tenía legislación sobre firma con anterioridad a la entrada en vigor de la Directiva, al igual que Alemania (27) e Italia (28).

Respecto de la eficacia territorial, el artículo 1 del RDLFE establece que las normas sobre esta actividad son de aplicación a los prestadores de servicios establecidos en España. Estos prestadores de servicios son los que deben cumplir los requisitos legales necesarios para desarrollar su actividad en nuestro país, y en atención al tipo de prestadores de servicios que se trate y al tipo de firma que expidan, sus certificadoras tendrán mayor o menor eficacia jurídica.

Sin embargo, y por derivación del Derecho comunitario, los servicios de certificación que procedan de alguna entidad de certificación de la Unión Europea, tendrán el mismo valor y eficacia que los expedidos por entidades de certificación españolas (art. 4 RDLFE).

Respecto de los certificados de los prestadores de servicios de certificación establecidos en un Estado que no sea miembro de la Unión Europea, y que de acuerdo con la legislación de éste expidan como reconocidos, según el artículo 10 RDLFE, se considerarán equivalentes a los expedidos por los establecidos en España, si el prestador de servicios reúne los requisitos exigidos por la normativa comunitaria sobre firma electrónica y ha sido acreditado, conforme a un sistema voluntario establecido en un Estado miembro de la Unión Europea (29). O bien, el certificado está garantizado por un prestador de servicios de la Unión Europea que cumple los requisitos establecidos en la normativa comunitaria sobre firma electrónica. O bien, el certificado o el prestador de servicios están reconocidos en virtud de un acuerdo bilateral o multilateral entre la Comunidad Europea y terceros países u organizaciones internacionales.

Bastará, repito, con el cumplimiento de alguna de estas tres condiciones, si bien, en caso de que terceros países pusiesen dificultades para el reconocimiento de los certificados expedidos por entidades certificadoras españolas y de la Unión Europea, se podrá denunciar tal circunstancia a la Comisión Europea a fin de dispensarles un tratamiento recíproco.

(27) Vid. GARCÍA MÁS, F. J., «La contratación electrónica: la firma y el documento electrónico», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1999, págs. 780 a 782; GARCÍA MÁS, F. J., «La contratación electrónica: la firma y el documento electrónico», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1999, págs. 667 y sigs.

(28) Vid. GARCÍA MÁS, F. J., «La contratación electrónica: la firma y el documento electrónico», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1999, págs. 782 y 783.

(29) Vid. Decisión de la Comisión de 6 de noviembre de 2000, relativa a los criterios mínimos que deben tener en cuenta los Estados miembros para designar organismos de conformidad con el apartado 4 del artículo 3 de la Directiva 1999/93/CE, por la que se establece un marco comunitario para la firma electrónica. Publicada en *DOCE L*, el 16 de noviembre de 2000.

Respecto de la eficacia jurídica actual de las firmas expedidas o utilizadas con anterioridad al RDLFE, hay que señalar que en atención al tipo de firma y de entidad certificadora, dicha firma surtirá los efectos que para ella establezca la vigente normativa. Además, la Disposición Transitoria única del RDLFE establece que «los prestadores de servicios de certificación ya establecidos en España y cuya actividad se rija por una normativa específica habrán de adaptarse a este Real Decreto-ley en el plazo de un año desde su entrada en vigor. No obstante, conservarán su validez los certificados ya expedidos que hayan surtido efectos».

VI. EFECTOS JURIDICOS DE LA FIRMA ELECTRONICA

El artículo 3 RDLFE dispone lo siguiente:

«1. La firma eletrónica avanzada, siempre que esté basada en un certificado reconocido (30) y que haya sido producida por un dispositivo seguro de creación de firma (31), tendrá, respecto de los datos consignados en forma

(30) Así pues, los requisitos que debe reunir un certificado para que pueda ser calificado como de «certificado reconocido» y, por consiguiente, gozar de una mayor eficacia jurídica, son los siguientes: La indicación de que se expiden como tal; el código identificativo único del certificado; la identificación del prestador de servicios de certificación que expide el certificado, indicando su nombre o razón social, su domicilio, su dirección de correo electrónico, su número de identificación fiscal y, en su caso, sus datos de identificación registral, prestador que debe estar debidamente inscrito y acreditado y cumplir los requisitos adicionales que establecen los artículos 11 y 12 RDLFE; la firma electrónica avanzada del prestador de servicios de certificación que expide el certificado; la identificación de signatario, por su nombre y apellidos o a través de un seudónimo que conste como tal de manera inequívoca. Se podrá consignar en el certificado cualquier otra circunstancia personal, en caso de que sea significativa en función del fin propio del certificado y siempre que aquél dé su consentimiento; en los supuestos de representación, la indicación del documento que acredite las facultades del signatario para actuar en nombre de la persona física o jurídica a la que represente; los datos de verificación de firma que correspondan a los datos de creación de firma que se encuentren bajo el control del signatario; el comienzo y el fin del período de validez del certificado; los límites de uso del certificado, si se prevén; los límites del valor de las transacciones para las que puede utilizarse el certificado, si se establece y, por último, establece el punto segundo del artículo 8 RDLFE, que cualquier contenido adicional consignado en el certificado sobre cualquier otra información relativa al signatario, requerirá su consentimiento expreso.

(31) «Dispositivo seguro de creación de firma»: Es un dispositivo de creación de firma que cumple los requisitos establecidos en el artículo 19 RDLFE. Esto es:

Que garantice que los datos utilizados para la generación de firma puedan producirse sólo una vez y que asegure, razonablemente, su secreto. Que exista seguridad razonable de que dichos datos no puedan ser derivados de los de verificación de firma o de la propia firma y de que la firma no pueda ser falsificada con la tecnología existente en cada momento. Que los datos de creación de firma puedan ser protegidos fiablemente por el

electrónica, el mismo valor jurídico que la firma manuscrita en relación con los consignados en papel y será admisible como prueba en juicio, valorándose ésta según los criterios de apreciación establecidos en las normas procesales.

Se presumirá que la firma electrónica avanzada reúne las condiciones necesarias para producir los efectos indicados en este apartado, cuando el certificado reconocido en que se base haya sido expedido por un prestador de servicios de certificación acreditado y el dispositivo seguro de creación de firma con el que ésta se produzca se encuentre certificado, con arreglo a lo establecido en el artículo 21 RDLFE (32).

2. A la firma electrónica que no reúna todos los requisitos previstos en el apartado anterior, no se le negarán efectos jurídicos ni será excluida como prueba en juicio, por el mero hecho de presentarse en forma electrónica».

En primer lugar, hay que señalar que se establece un vínculo entre la firma electrónica y el documento electrónico o los datos en él contenidos, pues el precepto dice literalmente que la «firma tendrá, respecto de los datos consignados en forma electrónica, el mismo valor jurídico que la firma manuscrita». Por tanto, los efectos de la firma lo son respecto de los contenidos del documento electrónico al que está unida la firma.

Pero ¿qué valor o eficacia tiene el documento electrónico firmado?

El artículo 3 RDLFE, como hemos visto, distingue entre documentos electrónicos firmados con firma avanzada basada en un certificado reconocido y creada mediante un dispositivo seguro y el resto de documentos que contiene otro tipo de firma electrónica o digital.

El documento con firma avanzada y creada por un dispositivo seguro, basada en un certificado reconocido, «será admisible como prueba en juicio, valorándose ésta según los criterios de apreciación establecidos en las normas procesales» (33).

Mientras que al documento firmado electrónicamente, pero con una firma que no sea avanzada y basada en un certificado reconocido, no se le negarán efectos jurídicos ni será excluido como prueba en juicio, por el mero hecho

signatario contra la utilización por otros. Y que el dispositivo utilizado no altere los datos o el documento que deba firmarse ni impida que éste se muestre al signatario antes del proceso de firma.

(32) Vid. GAETE GONZÁLEZ, E. A., *Instrumento público electrónico*, ed. Bosch, Barcelona, 2000, págs. 489 y 490; OLIVER LANA, D., «La equiparación de los efectos probatorios de los documentos electrónicos y escritos ante la futura regulación de la firma electrónica», en *La Ley*, 1999-3; MARTÍNEZ NADAL, A., *La Ley de Firma Electrónica*, Ed. Civitas, Madrid, 2000, págs. 258 a 261.

(33) Se entiende por firma electrónica avanzada, según el artículo 2 RDLFE, la firma electrónica que permite la identificación del signatario y ha sido creada por medios que éste mantiene bajo su exclusivo control, de manera que está vinculada únicamente al mismo y a los datos a los que se refiere.

de presentarse en forma electrónica (art. 3.2), sin que la norma especifique cuál sea su eficacia.

Ello se debe a que la existencia de múltiples clases de firmas electrónicas con distintos niveles o grados de seguridad no permiten adoptar una solución uniforme y única, sino que se deberá estar a cada caso en concreto, y la eficacia dependerá de la mayor o menor seguridad o fiabilidad de la firma respecto de la identidad de las personas e integridad y no repudio de los datos contenidos en el documento.

Así, cualquier documento, por el solo hecho de estar firmado electrónicamente, no tiene porqué negársele eficacia o inadmitirse como prueba en juicio, pero deberán probarse los extremos relativos a la identidad, integridad, autenticación y no repudio.

Sólo el documento firmado electrónicamente mediante certificado reconocido y con firma avanzada, creada mediante un dispositivo seguro, se entiende que cumple los requisitos de identidad, integración, autenticación y no repudio, y por ello la eficacia de sus datos y su admisión como prueba en juicio se produce sin necesidad de advenir los extremos controvertidos de la integridad del documento, salvo que se plantee una controversia sobre los mismos y se consiga probar la falta de identidad o integridad del documento (34).

En ese sentido se deben interpretar los artículos 382 y siguientes de la nueva LEC, y en especial el artículo 384.1, que si bien admiten el documento electrónico firmado como prueba en juicio, ello no impide el examen por el Tribunal ni las alegaciones por las partes sobre la autenticidad del documento en lo relativo a su contenido y autoría verdadera.

La diferencia, por tanto, entre el documento electrónico firmado con firma electrónica avanzada creada por un dispositivo seguro y cuya existencia y validez están garantizados con un certificado de una Entidad de certificación unido a la firma, respecto de los documentos firmados con otro tipo de firmas menos seguras, es que los extremos de autoría, integridad, confiden-

(34) Esta es la misma solución adoptada en la Directiva comunitaria de firma electrónica.

Dispone el artículo 5.1 de la Directiva Comunitaria de firma electrónica, textualmente, que los Estados miembros procurarán que la firma electrónica avanzada basada en un certificado reconocido y creada por un dispositivo seguro de creación de firma satisfaga el requisito jurídico de una firma en relación con los datos en forma electrónica del mismo modo que una firma manuscrita satisface dichos requisitos en relación con los datos en papel y sea admitida como prueba en procedimientos judiciales.

Mientras que el artículo 5.2 de la Directiva dispone que los Estados miembros velarán por que no se niegue eficacia jurídica, ni la admisibilidad como prueba en procedimientos judiciales, a la firma electrónica por el mero hecho de que ésta se presente en forma electrónica, o no se base en un certificado reconocido, o no se base en un certificado expedido por un proveedor de servicios de certificación acreditado, o no esté creada por un dispositivo seguro de creación de firma.

cialidad y no repudio, se presumen existentes, salvo prueba en contrario, y siempre con una responsabilidad de estos extremos por parte del titular de la firma o de la entidad certificadora (art. 14 RDLFE), no siendo necesaria su prueba, que se presume, lo que determina la carga de probar que la autoría e integridad del documento aparente no se corresponde con la realidad fáctica a quien invoque tales circunstancias.

Mientras que en los documentos electrónicos con otras firmas, si bien no se les excluye por tal circunstancia (la de presentarse en formato electrónico), se deben de probar y acreditar los extremos controvertidos de autoría e integridad del documento.

Evidentemente todo ello al margen de otras cuestiones que no se pueden acreditar por el mero hecho de que el documento vaya firmado electrónicamente, pero que también se presumen *iuris tantum*, como la plena capacidad de obrar del autor de la declaración de voluntad en el momento de emitirse la declaración de voluntad.

Para terminar con el tema de la eficacia es conveniente tener presente que las disposiciones contenidas en el Real Decreto-ley de firma electrónica no alteran las normas relativas a la celebración, la formalización, la validez y la eficacia de los contratos y otros actos jurídicos ni al régimen jurídico aplicable a las obligaciones» (35), debido, posiblemente, a la heterogeneidad de supuestos de contratación electrónica. Además, el segundo párrafo del punto segundo del artículo 1 RDLEF dispone que las normas sobre la prestación de servicios de certificación de firma electrónica que recoge este Real Decreto-ley no sustituyen ni modifican las que regulan las funciones que corresponde realizar a las personas facultadas, con arreglo a derecho, para dar fe de la firma en documentos o para intervenir en su elevación a públicos.

Cuestión distinta, y de la que me ocuparé posteriormente por lo que sólo voy a dejarla apuntada, es si puede existir un documento electrónico que, firmado por fedatario o funcionario público en el cumplimiento de sus funciones, pueda ser considerado como tal, esto es, como «documento público electrónico» y desplegar la eficacia propia de un documento público cuando se transmite y recibe a través de una red de telecomunicación para completar algún trámite relativo a la contratación o a la seguridad jurídica y en el tráfico.

(35) Vid. BARRIUSO RUIZ, C., *La contratación electrónica*, Ed. Dykinson, Madrid, 1999, págs. 129 y sigs.; CLEMENTE MEORO, M. E., «Algunas consideraciones sobre la contratación electrónica», en *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 4, 2000, págs. 75 y sigs.; DÍAZ FRAILE, J. M., «Estudio de la regulación de firma electrónica en la Directiva Europea, de 13 de mayo de 1998», en *La Ley*, 1998, págs. 2135 y sigs.; JULIÀ BARCELÓ, R., *Comercio electrónico entre empresarios, la formación y la prueba del contrato electrónico*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, págs. 321 y sigs.; VATTIER FUENZALIDA, C., «En torno a los contratos electrónicos», en *RGLJ*, 1999, págs. 87 y sigs.

Por último, y respecto de la utilización de la firma electrónica por parte de la Administración Pública, el artículo 5 RDLFE prevé que se podrá supe-ditar por la normativa estatal o, en su caso, autonómica, el uso de la firma electrónica en el seno de las Administraciones Públicas y sus entes públicos y en las relaciones que con cualesquiera de ellos mantengan los particulares, a las condiciones adicionales que se consideren necesarias para salvaguardar las garantías de cada procedimiento (36).

VII. RESPONSABILIDAD DE LOS PRESTADORES DE SERVICIOS DE CERTIFICACION

Cuando ha intervenido una entidad de certificación, bien expidiendo firma, bien certificando titularidades y claves de firma, la eficacia de la firma electrónica se ve reforzada mediante un sistema especial de responsabilidad, y que tiene un tratamiento peculiar y distinto del resto de prestadores de servicios de la información e intermediarios, cuya responsabilidad se regula en la Directiva 31/2000/CE de Comercio Electrónico (37).

(36) Las condiciones adicionales a las que se refiere el apartado anterior deberán garantizar el cumplimiento de lo previsto en el artículo 45 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, serán objetivas, razonables y no discriminatorias y no obstaculizarán la prestación de servicios al ciudadano cuando en ella intervengan distintas Administraciones Públicas nacionales o extranjeras.

Igualmente podrá someterse a un régimen específico, la utilización de la firma electrónica en las comunicaciones que afecten a la información clasificada, a la seguridad pública o a la defensa.

Asimismo, el Ministro de Economía y Hacienda, respetando las condiciones previstas en este Real Decreto-ley, podrá establecer un régimen normativo destinado a garantizar el cumplimiento de las obligaciones tributarias, determinando, respecto de la gestión de los tributos, la posibilidad de que el signatario sea una persona física o una persona jurídica.

(37) Vid. CARRASCO BLANC, H., «Algunos aspectos de la responsabilidad de los proveedores de servicios y contenidos de Internet. El caso "ENTEL"», en *REDI*, núm. 26, agosto de 2000; GARCÍA AGUILAR, N., «La cuestión de la responsabilidad en el Derecho Informático», en *REDI*, núm. 2, septiembre de 1998; GRAHAM-ALCÁNTARA, J. A., «¿Hacia una obligación de resultado en materia de seguridad de redes?», en *REDI*, núm. 7, febrero de 1999; GRAHAM-ALCÁNTARA, J. A., «El caso alemán "Somm" sobre la responsabilidad penal. Nota sobre la sentencia de 15-7-98 del Tribunal Correccional de Munich», en *REDI*, núm. 3, octubre de 1998; JULIÀ-BARCELÓ, R., «Liability for on line intermediaries: a european perspective», en *EIPR*, diciembre de 1998, págs. 453 y sigs.; LUCAS, J. A., «La responsabilidad civil de las empresas informáticas», en *REDI*, núm. 11, junio de 1999; RAMÍREZ PERCHES, L. M., «Elementos para fincar responsabilidades a los administradores de sistemas de redes», en *REDI*, núm. 6, enero de 1999; RICO CARRILLO, M., «Responsabilidad civil de los intermediarios derivada del pago con tarjetas en el comercio electrónico a través de Internet», en *REDI*, núm. 17, diciembre de 1999; ROBERTO SOBRINO,

Así, el artículo 14 RDLFE dispone lo siguiente:

«1. Los prestadores de servicios de certificación responderán por los daños y perjuicios que causen a cualquier persona, en el ejercicio de su actividad, cuando incumplan las obligaciones que les impone este Real Decreto-ley o actúen con negligencia. En todo caso, corresponderá al prestador de servicios demostrar que actuó con la debida diligencia.

2. El prestador de servicios de certificación sólo responderá de los daños y perjuicios causados por el uso indebido del certificado reconocido, cuando no haya consignado en él, de forma claramente reconocible por terceros, el límite en cuanto a su posible uso o al importe del valor de las transacciones válidas que pueden realizarse empleándolo.

3. La responsabilidad será exigible conforme a las normas generales sobre la culpa contractual o extracontractual, según proceda, con las especialidades previstas en este artículo. Cuando la garantía que, en su caso, hubieran constituido los prestadores de servicios de certificación no sea suficiente para satisfacer la indemnización debida, responderán de la deuda con todos sus bienes presentes y futuros.

4. Lo dispuesto en este artículo se entiende sin perjuicio de lo establecido en la legislación sobre protección de los consumidores y usuarios».

El punto de partida se encuentra, pues, en el hecho de que la responsabilidad de la que trata el referido precepto será exigible conforme a las normas generales sobre la culpa contractual (1.101 y concordantes del Código Civil) o extracontractual (principalmente 1.902 ó 1.903.4 del Código Civil y legislación especial), según proceda, con una aplicación preferente de las especialidades normativas previstas en la propia legislación de firma (art. 14 RDLFE). La responsabilidad, en principio, se configura como contractual en el caso de incumplimiento de las obligaciones legales o contractuales establecidas entre la Autoridad de Certificación y el titular de la firma, y siempre que tenga su base en la contravención de aquello a lo que las partes se había obligado, mientras que la responsabilidad de la entidad de certificación frente a terceros será en principio extracontractual; si bien en la práctica resulta en ocasiones difícil discernir el carácter contractual o extracontractual de la responsabilidad, que se ve en todo caso atenuado por la doctrina de la «unidad de culpas» (38).

W. A., «Responsabilidad de las empresas proveedoras de servicios de Internet (“Information Providers”; “Internet Service Providers”; “Hosting Service Providers” y “Access Internet Providers”) con especial referencia a los casos de difamación de terceros», en *REDI*, núm. 25, agosto de 2000.

(38) La llamada «unidad de la culpa civil» (sentencias de 24 de marzo y 23 de diciembre de 1952 [RJ 1952/1209 y RJ 1952/2673], STS de 1 de febrero de 1994 [RJ 1994/854], entre otras) se aplican los «supuestos de concurrencia de acciones de resarcimiento originadas en contrato y a la vez en un acto ilícito extracontractual». Con base en

Por supuesto, aunque es obvio, el sistema de protección y de seguridad del tráfico económico a través de redes mediante documentos con firma electrónica basado en certificados expedidos por entidades de certificación, se refuerza con la protección penal y con la responsabilidad civil derivada del delito en los casos de falsificaciones y estafas cometidas mediante la manipulación de firmas electrónicas.

Entrando ya en el análisis concreto de las especialidades de la responsabilidad civil de las entidades certificadoras en el ámbito propio de su actividad de certificación, la legislación española, a diferencia de la comunitaria, no circunscribe o limita la responsabilidad a aquellas entidades de certificación que expiden certificados reconocidos, sino que la hace extensible a todo tipo de entidades de certificación con independencia del tipo de certificado que emitan (39).

dicha «doctrina comúnmente admitida que el perjudicado puede optar entre una u otra acción cuando el hecho causante del daño sea al mismo tiempo incumplimiento de una obligación contractual y violación del deber general de no causar daño a otro», junto con los límites estrictos a que se ciñe la responsabilidad contractual en casos de coexistencia o conjunción con responsabilidad aquiliana, de manera «que no es bastante que haya un contrato entre partes para que la responsabilidad contractual opere necesariamente con exclusión de la aquiliana, sino que se requiere para que ello suceda la realización de un hecho dentro de la rigurosa órbita de lo pactado y como desarrollo del contenido negocial (sentencia de 9 de marzo de 1983 [RJ 1983/1463], entre otras muchas)», criterios jurisprudenciales que gozan de manifestada continuidad en cuanto a la referida «unidad conceptual» (sentencia de 20 de diciembre de 1991 [análoga a RJ 1998/2934]) que admite concurrencia de culpas por los mismos hechos (sentencia del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 1993 [RJ 1993/1457]) o «yuxtaposición de las responsabilidades contractuales y extracontractuales que dan lugar a acciones que pueden ejercitarse alternativa o subsidiariamente u optando por una u otra e incluso proporcionando los hechos al juzgador para que éste aplique las normas de concurso de ambas responsabilidades que más se acomoden a ellos, todo en favor de la víctima y para el logro de un resarcimiento del daño lo más completo posible» (sentencia del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 1993 [RJ 1993/771]). Y más adelante añade: proyectado al caso el principio inspirador señalado y los criterios jurisprudenciales enunciados, puede decirse que amparada una determinada pretensión procesal en unos hechos constitutivos de la *causa petendi* en términos tales que admitan, sea por concurso ideal de normas, sea por concurso real, calificación jurídica por culpa, bien contractual, bien extracontractual o ambas conjuntamente salvando —por iguales hechos y sujetos concurrentes—, el carácter único de la indemnización no puede absolverse de la demanda con fundamento en la equivocada o errónea elección de la norma de aplicación aducida sobre la culpa, pues se entiende que tal materia jurídica pertenece al campo del *iura novit curia* y no cabe eludir por razón de la errónea o incompleta elección de la norma el conocimiento del fondo, de manera que el cambio de punto de vista jurídico en cuestiones de esta naturaleza no supone una mutación del objeto litigioso. O dicho con otras palabras, no cabe excusar el pronunciamiento de fondo en materia de culpa civil si la petición se concreta en un resarcimiento aunque el fundamento jurídico se aplique a los hechos.

(39) Artículo 6 de la Directiva, según el cual:

1. Los Estados miembros garantizarán, como mínimo, que el proveedor de servicios de certificación que expida al público un certificado presentado como certificado reconocido o que garantice al público tal certificado, será responsable por el perjuicio causado

El núcleo central de la responsabilidad de las entidades de certificación se encuentra en la obligación de resarcir los daños y perjuicios que causen a cualquier persona (tanto a los signatarios como a terceros), en el ejercicio de su actividad, cuando incumplan las obligaciones que les impone el RDLFE o actúen con negligencia.

El legislador español, a diferencia del comunitario, ha preferido no delimitar los supuestos concretos, enunciado así una responsabilidad general que tiene como ventaja el propio criterio de la flexibilidad frente al rigor de la tipicidad de casos, especialmente cuando se plantea uno no tipificado. En todo caso, esta responsabilidad incluye supuestos tales como la responsabilidad derivada de la veracidad, en el momento de la expedición, de toda la información contenida en el certificado; la garantía de que en el momento de expedición del certificado reconocido obran en poder del firmante los datos de creación de firma (especialmente la clave privada) correspondientes a los

a cualquier entidad o persona física o jurídica que confíe razonablemente en el certificado por lo que respecta a:

a) la veracidad, en el momento de su expedición, de toda la información contenida en el certificado reconocido y la inclusión en el certificado de toda la información prescrita para los certificados reconocidos;

b) la garantía de que, en el momento de la expedición del certificado, obraban en poder del firmante, identificado en el certificado reconocido, los datos de creación de firma correspondientes a los datos de verificación de firma que constan o se identifican en el certificado;

c) la garantía de que los datos de creación y de verificación de firma pueden utilizarse complementariamente en caso de que el proveedor de servicios de certificación genere ambos, salvo que el proveedor de servicios de certificación demuestre que no ha actuado con negligencia.

2. Los Estados miembros garantizarán como mínimo que el proveedor de servicios de certificación que haya expedido al público un certificado presentado como certificado reconocido sea responsable por el perjuicio causado a cualquier entidad o persona física o jurídica que confíe razonablemente en dicho certificado por no haber registrado la revocación del certificado, salvo que el proveedor de servicios de certificación pruebe que no ha actuado con negligencia.

3. Los Estados miembros velarán por que el proveedor de servicios de certificación pueda consignar en un certificado reconocido límites en cuanto a sus posibles usos, siempre y cuando los límites sean reconocibles para terceros. El proveedor de servicios de certificación no deberá responder de los daños y perjuicios causados por el uso de un certificado reconocido que exceda de los límites indicados en el mismo.

4. Los Estados miembros velarán por que el proveedor de servicios de certificación pueda consignar en el certificado reconocido un valor límite de las transacciones que puedan realizarse con el mismo, siempre y cuando los límites sean reconocibles para terceros.

El proveedor de servicios de certificación no será responsable por los perjuicios que pudieran derivarse de la superación de este límite máximo.

5. Las disposiciones de los apartados 1 a 4 se aplicarán sin perjuicio de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (DO L 95 de 21-4-1993, pág. 29).

datos de verificación de firma que obran en el certificado (clave pública) y la garantía de que los datos de creación de firma (clave privada) y de verificación de firma (clave pública) son complementarios, siempre que el prestador de servicios haya generado ambos (40).

La mera inobservancia de los requisitos legales supone en sí una actuación negligente, además de ilícita, y de hecho en muchas ocasiones lleva aparejada una sanción administrativa por infracción leve, grave o muy grave (arts. 24 y sigs. RDLFE), que se añade a la obligación civil de resarcir todos los daños que tal actuación genere a los particulares.

La negligencia se conecta más con aquellos supuestos en los que se exige un determinado deber de actuar a las entidades de certificación, pero que no aparece expresamente previsto en la ley, pese a ser exigible a la entidad de certificación en atención a las circunstancias de la persona, del tiempo y del lugar.

Se observa claramente que la responsabilidad civil de las entidades se asienta primordialmente sobre la idea de responsabilidad subjetiva, esto es, basada en la culpa o negligencia, si bien hay una inversión legal de la carga de la prueba, no siendo necesario que el usuario pruebe la negligencia de la entidad de certificación, ya que ésta se presume *iuris tantum*. Es, por tanto, al prestador de servicios a quien corresponde demostrar que actuó con la debida diligencia para conseguir su exoneración. En ese sentido, el artículo 14.1, inciso final, dispone que «En todo caso, corresponderá al prestador de servicios demostrar que actuó con la diligencia debida».

Otra causa que permitiría su exoneración sería probar la culpa exclusiva del usuario del certificado. De hecho, el artículo 14 RDLFE deja sentado que respecto de los daños y perjuicios causados por el uso indebido del certificado reconocido, responde en principio el titular del mismo. Pero el prestador de servicios de certificación responderá aun en este caso, cuando no haya consignado en el certificado, de forma clara y reconocible por terceros, el límite en cuanto a su posible uso o al importe del valor de las transacciones válidas que podían realizarse (41). Tampoco creo que podamos hablar aquí de culpa objetiva o responsabilidad objetivada, ya que tales omisiones supone un actuar negligente de la entidad certificadora, lo que permitirá a la víctima reclamar directamente a la autoridad de certificación la totalidad del daño causado (42).

(40) Vid. MARTÍNEZ NADAL, A., *La Ley de Firma Electrónica*, Ed. Civitas, Madrid, 2000, págs. 258 a 261.

(41) Vid. MARTÍNEZ NADAL, A., *La Ley de Firma Electrónica*, Ed. Civitas, Madrid, 2000, págs. 258 a 261.

(42) Nada se dice sobre una posible acción de regreso por parte de la entidad de certificación para reclamar la parte de responsabilidad que le pudiera corresponder al titular de la firma por su actuación negligente y dañosa, pero en principio tal posibilidad no se encuentra impedida.

De otra parte, el artículo 14.3, inciso segundo, dispone que cuando la garantía que, en su caso, hubieran constituido los prestadores de servicios de certificación no sea suficiente para satisfacer la indemnización debida (43), responderán de la deuda, con todos sus bienes presentes y futuros. Por lo que no se establece ninguna limitación a la cuantía a indemnizar.

La normativa de consumidores y usuarios también tiene en este ámbito de la responsabilidad de las entidades de certificación una notoria influencia (tanto en el ámbito específico de la responsabilidad por los daños causados, como en el ámbito contractual de la eficacia de las condiciones generales de los contratos, especialmente en lo concerniente al carácter abusivo de algunas cláusulas de exoneración de responsabilidad de la autoridad de certificación).

Otra fuente de responsabilidad, tanto civil como administrativa, es la derivada del artículo 15 RDLFE, que sujeta el tratamiento de los datos personales que precisen los prestadores de servicios de certificación para el desarrollo de su actividad a lo dispuesto a lo previsto en la legislación de protección de datos de carácter personal y disposiciones dictadas en su desarrollo (especialmente en el árido terreno de la cesión incontestada de datos personales).

El mismo régimen será de aplicación a los datos personales que se conozcan en el órgano que, en el ejercicio de sus funciones, supervisa la actuación de los prestadores de servicios de certificación y el competente en materia de acreditación, así como el Registro de Prestadores de Servicios.

Además, los prestadores de servicios de certificación que expidan certificados a los usuarios, únicamente pueden recabar datos personales directamente de los titulares de los mismos o con su consentimiento explícito. Los datos requeridos serán, exclusivamente, los necesarios para la expedición y el mantenimiento del certificado.

(43) El artículo 12, y como obligación exigible a los prestadores de servicios que emiten certificados reconocidos, establece como obligación específica disponer de los recursos económicos suficientes para operar de conformidad con lo dispuesto en este Real Decreto-ley y, en particular, para afrontar el riesgo de la responsabilidad por daños y perjuicios. Para ello, habrán de garantizar su responsabilidad frente a los usuarios de sus servicios y terceros afectados por éstos. La garantía a constituir podrá consistir en un afianzamiento mercantil prestado por una entidad de crédito o en un seguro de caución.

Inicialmente, la garantía cubrirá, al menos, el 4 por 100 de la suma de los importes límite de las transacciones en que puedan emplearse el conjunto de los certificados que emita cada prestador de servicios de certificación. Teniendo en cuenta la evolución de mercado, el Gobierno, por Real Decreto, podrá reducir el citado porcentaje hasta el 2 por 100.

En caso de que no se limite el importe de las transacciones en las que puedan emplearse al conjunto de los certificados que emita el prestador de servicios de certificación, la garantía a constituir cubrirá, al menos, su responsabilidad por un importe de 1.000.000.000 de pesetas (6.010.121,04 euros). El Gobierno, por Real Decreto, podrá modificar el referido importe.

Por último, los prestadores de servicios de certificación que hayan consignado un seudónimo en el certificado, a solicitud del signatario, están especialmente obligados a constatar su verdadera identidad y conservar la documentación que la acredite. Dichos prestadores de servicios estarán obligados a revelar la identidad de los titulares de certificados cuando lo soliciten los órganos judiciales en el ejercicio de las funciones que tienen atribuidas y en los demás supuestos previstos en la legislación de protección de datos y sin perjuicio de lo que, en la legislación específica en materia tributaria, de defensa de la competencia y de seguridad pública, se disponga sobre la identificación de las personas.

VIII. PRESUPUESTOS PARA LA EXISTENCIA Y VALIDEZ DEL DOCUMENTO PUBLICO ELECTRONICO

Entrando ya en el análisis de la expresamente derogada Resolución-Circular, de 26 de abril de 2000, de la Dirección General de Registros y del Notariado (DGRN) (44), se trata de determinar qué criterios y argumentaciones de los mantenidos en dicha Instrucción son aplicables, al margen de la derogación expresa.

El primer cometido de la Resolución-Circular, de 26 de abril de 2000, era disipar las dudas sobre si el documento electrónico firmado por un funcionario o fedatario público puede revestir el carácter de «documento público electrónico» (45).

La respuesta afirmativa se asentó sobre el hecho de que el artículo 1, párrafo 2.º RDLFE, dispone que «la regulación contenida en el Real Decreto-ley 14/1999, no altera las normas sobre formación (consentimiento, objeto, causa y forma) y sobre la validez y eficacia de los contratos y otros actos jurídicos». Por tanto, cuando la eficacia de los contratos esté subordinada al otorgamiento de escritura pública u otra forma especial continuarán rigiendo las normas de los artículos 1.279 y 1.280 del Código Civil y disposiciones concordantes de la legislación hipotecaria, mercantil y notarial.

(44) BOE de 18 de marzo de 2000.

(45) Vid. ALAMILLO, I., y BARQUÍN GÓMEZ, D., «La firma electrónica y los Registros», en *REDI*, núm. 19, febrero de 2000; GAETE GONZÁLEZ, E. A., «Documento electrónico e instrumento público», en *REDI*, núm. 24, julio de 2000; MAESTRE, J. A., «El empleo de la firma electrónica en el Sistema Registral español: Comentario a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 26 de abril de 2000», en *REDI*, núm. 24, julio de 2000; SÁNCHEZ LERMA, G. A., «Contratación electrónica: firma electrónica y fe pública», en *Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia*, núm. 13, 2000, págs. 9 y sigs.

Además, no hay precepto en nuestro Ordenamiento que impida que cumplido el requisito subjetivo de autorización por el Notario o empleado público, los documentos electrónicos puedan ser considerados como documentos públicos. Más bien, lo que encontramos son preceptos en los que se puede sostener la existencia del documento público electrónico.

Igualmente resulta expresamente reconocido en relación con los documentos administrativos por el artículo 45.5 de la Ley 30/1992, de 21 de noviembre, de Régimen Jurídico de la Administración del Estado y Procedimiento Administrativo Común (46), que, en concordancia con el artículo 46.4 de la misma, atribuye la consideración de documento público administrativo a los documentos electrónicos, informáticos o telemáticos, válidamente emitidos por los órganos de las Administraciones Públicas, siempre que quede garantizada su autenticidad, integridad y conservación y, en su caso, la recepción por el interesado, así como el cumplimiento de las garantías y requisitos establecidos por esta y otras leyes; requisitos estos que se consiguen gracias a la firma electrónica avanzada, contenida en un certificado reconocido y garantizada por una entidad de certificación acreditada.

El mismo reconocimiento se contiene respecto de los documentos judiciales en el artículo 230 de la Ley Orgánica del Poder Judicial firmados electrónicamente con una firma segura.

Dicho esto, la DGRN deja sentado para todo documento electrónico que la intervención en el proceso de firma electrónica de un prestador de servicios de certificación neutral y acreditado, que garantiza, por la vía de imputación al mismo, la responsabilidad civil por los daños y perjuicios causados y que una determinada clave pública —la correspondiente a la clave privada con la que ha sido firmado el documento— pertenece inequívocamente al signatario del documento, no reviste el carácter de fe pública, puesto que no sustituye la formalización o intervención de los funcionarios o fedatarios previstas en nuestras leyes. Así resulta del artículo 1.216 del Código Civil y sus concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al restringir la condición de documentos públicos a «los autorizados por un Notario o empleado público competente, con las solemnidades requeridas por la Ley».

El mismo razonamiento es extensible, en mi opinión, a los certificados que puedan expedir en ese sentido entidades vinculadas directa o indirectamente al Notariado, ya que aquí el Notariado no actúa dentro de su ámbito competencial específico de fe pública, sino que se trata de una Autoridad Certificadora más (cuya actividad es puramente privada).

(46) Dicha disposición ha sido desarrollada por el Real Decreto 263/1996, de 16 de febrero, por el que se regula la utilización de tales técnicas por la Administración General del Estado.

En definitiva, nada impide que un documento electrónico pueda revestir el carácter de público si es emitido por un notario o empleado público competente, con las solemnidades requeridas por la Ley, cuando desempeña su función legal de fedatario o funcionario público.

Sobre esta base, creo que se puede sostener, a día de hoy, la utilización de los documentos electrónicos, con carácter de «documento público», entre Notarios o funcionarios públicos competentes y Registradores siempre que el Notario o funcionario público firme el documento electrónico y el contenido de éste sea propio e inherente a su función pública, pero no cuando el Notario o funcionario cumplan, dentro del ámbito de la firma electrónica, una exclusiva labor de certificación, al igual que el resto de entidades de certificación.

IX. PRESENTACION DE DOCUMENTOS NOTARIALES, JUDICIALES Y ADMINISTRATIVOS Y DOCUMENTOS PRIVADOS INSCRIBIBLES A LOS REGISTROS DE LA PROPIEDAD Y MERCANTIL POR VIA TELEMATICA

Dentro del vigente punto séptimo de la Instrucción de 19 de octubre se incluyen las solicitudes y comunicaciones contempladas en el artículo 249 RN, por lo que es posible sostener y defender la presentación de documentos notariales, judiciales y administrativos a los Registros de la Propiedad y Mercantil por vía telemática. En concreto, respecto de los documentos notariales, el artículo 249 del Reglamento Notarial, en su párrafo segundo, permite la remisión de documentos por el notario autorizante «por telefax o cualquier otro medio».

Con base, pues, en dicho precepto, debe admitirse sin duda la utilización de nuevos medios remitidos vía telemática y con la firma electrónica avanzada, ya que ofrecen iguales o superiores niveles de garantía y autenticidad, por lo que entiendo que en este ámbito deben darse por buenos los razonamientos generales contenidos en la Resolución-Circular de 26 de abril de 2000.

Además, cuando se envíe un documento electrónico con los requisitos arriba legalmente exigidos se aplicará íntegramente la disciplina sobre calificación y extensión del asiento de presentación, así como sobre el plazo de caducidad previsto para tales supuestos por el artículo 418 RH, en su redacción dada por el Real Decreto 2537/1994, de 29 de diciembre (47). Igual

(47) El punto 4 del citado precepto dispone que «las comunicaciones de haber autorizado escrituras públicas enviadas por los notarios por medios de telefax, según lo dispuesto en el artículo 249 del Reglamento Notarial, se asentarán en el Diario de acuerdo con la regla general, a excepción de las que se reciban fuera de las horas de despacho, que se asentarán el día hábil siguiente, inmediatamente después de la apertura del Diario,

criterio se debe aplicar en el caso de los documentos judiciales y administrativos por aplicación del número 5 del citado artículo 418 RH (48).

Por los mismos motivos, también cabe admitir la utilización de la tecnología de firma electrónica avanzada en relación con la presentación de documentos remitidos desde el Registro distinto del competente en los supuestos de urgencia o necesidad a que se refieren los artículos 418.a) y siguientes del Reglamento Hipotecario, pues tal precepto autoriza que la correspondiente remisión tenga lugar «por medio de telecopia o procedimiento similar», y como ya se ha dicho, el documento electrónico con firma avanzada ofrece iguales o superiores niveles de garantía y autenticidad.

Cuando se remitan documentos notariales, judiciales y administrativos firmados electrónicamente (siempre con firma avanzada) por vía telemática, además de las reglas generales sobre certificación, extensión y caducidad del asiento de presentación, el Registrador deberá aplicar la regla especial relativa a la documentación que se recibe por correo, por lo que practicará el asiento de presentación en el momento en el que se procede la apertura del correo recibido en el día (49).

Previamente a la extensión del asiento, el Registrador deberá calificar el carácter de presentable del documento, conforme el artículo 420 RH, debiendo aceptar el carácter de público de aquéllos que sean remitidos por funcionario autorizante por un órgano judicial, administrativo o notario, según lo señalado anteriormente, de manera que el certificado reconocido que acompañe al documento firmado deberá contener, además de la identificación personal del autorizante, la indicación de su cualidad pública, orgánica o profesional (esto es, el cargo ostentado por el órgano o autoridad remitente que le faculta para dictar la resolución que puede dar lugar al asiento registral o condición de Notario en régimen de servicio activo).

No obstante, dado que un documento electrónico pasa a ser inalterable, la nota prevista en el párrafo final del artículo 416 RH será sustituida por el

simultáneamente con las que se presenten físicamente a esas horas en la forma que prevé el artículo 422 RH. El asiento de presentación que se extienda caducará si en el plazo de los diez días hábiles siguientes no se presenta en el Registro copia auténtica de la escritura que lo motivó. Esta presentación, dentro del citado plazo, se hará constar por la nota al margen del primer asiento y a partir de la fecha de esta nota correrán los plazos de calificación y despacho.

(48) Los órganos judiciales podrán enviar por telefax al Registro de la Propiedad competente las resoluciones judiciales que puedan causar asiento registral, el día de su firma o en siguiente día hábil. En el mismo plazo, a través del mismo medio y a los mismos efectos, las autoridades administrativas podrán enviar al Registro de la Propiedad los documentos que se han expedido. A los referidos envíos les será de aplicación el régimen de asientos y de caducidad de los mismos previsto en el apartado 4 de este artículo.

(49) Vid. art. 418.3 RH.

recibo de presentación a que se refiere el artículo 419 del mismo Reglamento, que se remitirá al presentarse por vía telemática en todo caso.

En cuanto a la cuestión sobre la presentación de los posibles documentos privados inscribibles que se reciban de los Registros por vía telemática y con firma electrónica, en los casos en que legal o reglamentariamente se admiten los documentos privados con tal carácter inscribible, a que se refiere la salvedad del número uno del artículo 420 RH, debe aplicarse el mismo criterio favorable a su presentación, si bien por no haber intervenido en su otorgamiento ninguna autoridad o funcionario público, no se precisa que el certificado reconocido que acompañe el documento firmado electrónicamente se refiera a la cualidad funcionarial o de fedatario del firmante.

X. CALIFICACION E INSCRIPCION DE LOS DOCUMENTOS PRESENTADOS POR VIA ELECTRONICA

La calificación e inscripción de los documentos presentados por vía electrónica debe admitirse, igualmente, en el sentido que se contenía en la Resolución-Circular, de 26 de abril de 2000, puesto que la función calificadora del Registrador no puede quedar alterada por tal circunstancia, tanto en el aspecto sustantivo como en el formal.

Piénsese que el documento firmado electrónicamente con firma avanzada garantiza la autenticidad no sólo de la autoría (identificando fidedignamente al autor del mismo), sino también de la integridad de su contenido, y en ese sentido son documentos fehacientes en cuanto a tales extremos, por lo que en caso de cumplir los requisitos que en cuanto a contenido establece el artículo 21 LH y sus concordantes del Reglamento Hipotecario sobre circunstancias de los otorgantes, fincas y derechos, por lo que hay que entender que son documentos auténticos y que hacen fe del contenido objeto de inscripción en tanto hayan sido autorizados por Notario o funcionario público (50).

En relación a las «solemnidades requeridas por la Ley» deben analizarse separadamente según que el documento de que se trate sea de naturaleza notarial judicial o administrativa.

En cuanto a los documentos notariales, su redacción, otorgamiento y autorización están sujetos a un conjunto muy variado de requisitos de fondo y forma. En cuanto a los requisitos de fondo no se ven afectados por el hecho de la extensión del instrumento en soporte electrónico o magnético. Nos referimos, en concreto, a las afirmaciones del notario sobre presencia de las partes, lectura del documento y consentimiento de aquéllos al contenido de

(50) Cfr. Sentencias del TS de 3 de octubre y 3 de noviembre de 1997.

éste, juicio favorable del mismo Notario sobre la identificación de los otorgantes y sobre su capacidad para la celebración del acto o contrato, unidad de acto, división de instrumentos en partes prefijadas (comparecencia, parte expositiva y dispositiva y autorización), advertencias legales, etc.

Todos estos requisitos no se ven afectados, puesto que su cumplimiento tiene lugar al tiempo de la creación de la matriz del instrumento, en tanto que lo que se aporta al Registro de la Propiedad o Registro Mercantil para su pretensión, calificación y despacho es «copia auténtica» de dicha matriz, es decir, su traslado o reproducción total o parcial, autorizada, a su vez, por el Notario en cuyo poder se halle aquélla legalmente.

Distinto es también el caso de los requisitos meramente formales a que queda sujeto la creación del instrumento público, tales como extensión del documento y de su copia en papel timbrado, numeración de los folios, sello y rúbrica de los mismos, utilización de caracteres indelebles en su redacción, signo, firma y rúbrica del documento al pie de la nota de expedición de copia, indicación del ordinal de copia de que se trata y de la persona a cuyo favor se expide, constancia de la expedición de la copia matriz, etc.

El hecho de que la autenticidad de la escritura pública pueda ser asegurada mediante mecanismos distintos, basados en las nuevas tecnologías, hacen que el conjunto de tales requisitos formales deban ser interpretados de acuerdo con su finalidad de forma subordinada a su necesaria compatibilidad con la nueva regulación de la firma electrónica, de manera tal que, quedando garantizada la finalidad de asegurar la autenticidad de un documento por otras vías, no cabe que tales formalidades se erijan en obstáculo insalvable para el empleo de la firma electrónica en el ámbito notarial.

En la medida de su incompatibilidad —y a la espera de su adecuación normativa— han de entenderse derogados los correspondientes preceptos reglamentarios con relación a los documentos públicos electrónicos como consecuencia de la entrada en vigor del Real Decreto-ley 14/1999, de 17 de septiembre, sobre firma electrónica, en virtud del principio de que la ley posterior deroga a la anterior en aquello que sean incompatibles (art. 2.2 del Código Civil).

Todo ello conduce a una respuesta favorable en relación con la posibilidad de calificar e inscribir documentos notariales presentados en el Registro en formato electrónico y firmados del propio modo.

Por estos propios fundamentos y en base a una cobertura normativa más directa se ha de aplicar la misma conclusión favorable en el caso de los documentos administrativos y judiciales, respecto de los que sus respectivas leyes reguladoras contemplan expresamente la validez de tales documentos en soporte informático o electrónico, siempre que se asegure su integridad y conservación; garantías estas que proporciona la firma electrónica avanzada.

No debe ser otra tampoco la solución en el caso de los documentos privados que, en los supuestos que admite la legislación, tienen carácter inscribible, sin necesidad de ser elevados a documento público, conforme a las normas aplicables.

La calificación del Registrador se extenderá también, según la regla general del artículo 254 LH, a la acreditación del previo pago del impuesto del acto o contrato inscribible, o su autoliquidación (51). E, igualmente, se ha de aportar la correspondiente carta de pago, que ha de ser archivada en el Registro (52).

Ahora bien, nada impide que la acreditación del pago del impuesto, o su autoliquidación se documenten por medios electrónicos remitidos por vía telemática al Registro de la Propiedad —o Mercantil en el caso del Impuesto de Operaciones Societarias—, en caso de que se extendiese al ámbito de estos tributos el procedimiento establecido por la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda, de 13 de abril de 1999, por la que se establecen las condiciones generales y el procedimiento para la presentación telemáticas de declaraciones del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (53).

En cuanto a la nota de despacho que el Registrador ha de extender al pie del documento una vez inscrito, o bien la nota de calificación desfavorable en los supuestos de defectos subsanables o insubsanables que impidan la inscripción, a que se refiere el artículo 253 LH (54) podrá ser cumplimentada por el Registrador a través de una doble modalidad:

(51) Vid. art. 54 del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, aprobado por el Real Decreto Legislativo 828/1995, de 29 de mayo, y artículos 33 y 34 de la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, sobre el Impuesto de Sucesiones y Donaciones.

(52) En ese sentido, el artículo 256 de la Ley Hipotecaria dispone que las cartas de pago de los impuestos satisfechos por actos o contratos sujetos a inscripción, se presentarán y quedarán archivadas en el Registro. El registrador que no las conserve será responsable directamente de las cantidades que hayan dejado de satisfacerse a la Hacienda.

(53) Vid., en el mismo sentido, el artículo 88.2 de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto del Valor Añadido sobre factura telemática.

(54) Al pie de todo título, que se inscriba en el Registro de la Propiedad, pondrá el registrador una nota, firmada por él, que exprese la calificación realizada, y en virtud de la misma el derecho que se ha inscrito, la persona a favor de quien se ha practicado, la especie de inscripción o asiento que haya realizado, el tomo y el folio en que se halle, el número de la finca y el de la inscripción practicada, y los efectos de la misma, haciendo constar la protección judicial del contenido del asiento. Asimismo, se expresarán los derechos que se han cancelado como menciones o por caducidad, al practicar el asiento de inscripción.

Simultáneamente a la nota de inscripción, extenderá nota simple informativa expresiva de la libertad o gravamen del derecho inscrito, así como de la limitaciones, restricciones o prohibiciones que afecten al derecho inscrito.

Bien mediante su redacción en formato electrónico, aplicando su propia firma electrónica avanzada, en cuyo caso, dada la dificultad práctica de extender dicha nota «al pie de título», la nota tendrá carácter de certificación de las operaciones registrales realizadas e incluirá la identificación del documento electrónico notarial (o judicial o administrativo) inscrito, con indicación de su número de protocolo, notario o funcionario autorizante, fecha y datos de identificación de la firma electrónica de aquél.

Bien a solicitud del interesado o por otras cuestiones, mediante el previo traslado en papel del documento público electrónico inscrito, certificando el propio Registrador bajo su fe la coincidencia del documento papel con su original electrónico, al pie del cual podrá el Registrador extender ya por medios tradicionales la correspondiente nota de despacho o de suspensión o denegación, conforme al artículo 253 LH.

Las inscripciones en tales supuestos se extenderán en forma ordinaria en los correspondientes libros legalizados con las formalidades preceptivas de foliado, visado judicial, diligencias de apertura, etc. (55).

Por último, también debe admitirse la presentación de instancias y documentos, tanto públicos como privados, recibidos informáticamente y con firma electrónica avanzada, siempre que, tratándose de instancias y solicitudes, no contengan «contratos y otros actos jurídicos», y siempre que se trate de solicitudes, instancias y documentos cuya presentación prevea el Reglamento del Registro Mercantil, aprobado por el Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, puesto que anteriormente se ha admitido la posibilidad de presentar documentos aun cuando contengan contratos y actos jurídicos inscribibles, e, incluso, proceder a su calificación y despacho.

XI. EMISION DE CERTIFICADOS DE LOS REGISTROS DE LA PROPIEDAD Y MERCANTIL CON FIRMA ELECTRONICA

En cuanto a la emisión de certificado y notas simples por vía telemática en el cumplimiento del llamado principio de publicidad formal del Registro de la Propiedad (arts. 221 y sigs. LH), las redes de comunicación como Internet constituyen, sin lugar a dudas, una vía más para solicitar y obtener información registral. Por ello, la DGRN se mostraba también proclive a su utilización, y creo honestamente que esa argumentación es hoy plenamente defendible.

(55) Vid. arts. 238 y sigs. de la LH y 24 del RRM.

Así, respecto de la emisión de notas simples informativas, no se aprecia ningún obstáculo para el uso de técnicas de firma electrónica que, dado el carácter meramente informativo de tales notas (56), podrían carecer del carácter de firma electrónica avanzada e, incluso, omitirse todo tipo de firma manuscrita o electrónica. En este caso, bastaría la posibilidad, ya contemplada por los citados preceptos, de comunicación telemática en línea directa entre el solicitante y el Registrador, siempre que se evite, mediante ruptura del nexo de comunicación, la posibilidad de manipulación o el televaciado del contenido del archivo.

En cuanto a la información continuada solicitada por los Notarios, conforme al artículo 175 del Reglamento Notarial, dicha disposición establece en su apartado 1.º, que «el Notario, antes de autorizar el otorgamiento de una escritura de adquisición de bienes inmuebles o de construcción de un derecho real sobre ellos, deberá solicitar del Registrador de la Propiedad que corresponda, la información adecuada mediante un escrito con su sello que podrá remitirse por cualquier procedimiento, incluso telefax». Por tanto, este precepto permite al Notario remitir su solicitud mediante correo electrónico y firmar la misma por el procedimiento de la firma digital. En tal caso, de una interpretación coordinada del primer párrafo y de la regla 8.ª del artículo 534.a) RH, cabe colegir que también podrá el Registrador contestar a tal solicitud mediante documento firmado electrónicamente, sin perjuicio del valor de certificación de dicha información en caso de que haya sido firmada mediante firma electrónica avanzada, a instancia del solicitante.

Respecto de la certificación propiamente dicha, conforme a los artículos 223 y siguientes de la Ley Hipotecaria y concordantes de su Reglamento, también ha de admitirse que tanto la solicitud (se trata de una técnica idónea para comprobar la identidad del solicitante, que ha de verificar el Registrador antes de emitir la certificación) como la expedición de las certificaciones tengan lugar por vía telemática y con firma electrónica, si bien se requiere inexcusablemente el uso de la firma electrónica avanzada por el carácter de documento público que tienen las certificaciones de los Registros de la Propiedad y Mercantiles.

A MODO DE CONCLUSION

La DGRN ha hecho y está decidida a continuar haciendo una apuesta de futuro y valiente por la utilización de las nuevas tecnologías y, en especial, las redes de telecomunicación, para que las posibilidades de acceso a los

(56) Vid. art. 222 LH, 332 RH y 12 RRM.

Registros de la Propiedad y Mercantil sean más ágiles y fluidas, lo cual va en beneficio de todos.

Para materializar dicha aspiración y hacerla realidad, la DGRN aclaró de un modo concluyente en la Resolución-Circular, de 26 de abril de 2000, los obstáculos jurídicos que podían existir en la utilización de las redes de comunicación de mecanismos seguros, como la firma electrónica avanzada basada en un certificado reconocido expedido por una entidad de certificación autorizada.

Desde un punto de vista técnico, y con el fin de materializar las relaciones concretas, especialmente entre Notario y Registrador, vía telemática, recientemente, la Instrucción de 19 de octubre de 2000 (57), de la DGRN, sobre el uso de la firma electrónica de los fedatarios públicos, establece que el Consejo General del Notariado y el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España se constituirán en prestadores de servicios de certificación, y cuando ello se haya producido todos los notarios y registradores, en un plazo de tres meses, deberán obtener de su corporación una firma electrónica avanzada, basada en un certificado reconocido, con un dispositivo seguro de creación de firma, quedando su uso limitado a las comunicaciones entre notarios y registradores, especialmente las contempladas en los artículos 175 y 249 del Reglamento Notarial, y derogando lo dispuesto en la Resolución-Circular de 26 de abril de 2000.

Sin embargo, creo que en esa Resolución-Circular de 26 de abril de 2000, se contienen bastantes argumentos jurídicos sostenibles y vigentes, a fecha de hoy, y sobre los que se debe continuar reflexionando.

Por ejemplo, si bien creo que no es viable defender la existencia de una escritura pública electrónica telemática realizada *on line*, esto es, sin la presencia física de las partes, salvo que se modifiquen los obstáculos legales hoy existentes, sí que creo que en algunos ámbitos el documento electrónico firmado por el notario, al igual que el de un funcionario público, puede revestir el carácter de «público», si está dentro de su ámbito propio y específico de su función de fe pública. Del mismo modo que en el ámbito de la firma electrónica toda intervención de un fedatario público o funcionario público no le confiere automáticamente el carácter de público al documento intervenido, especialmente cuando se trata de actividades comprendidas dentro del ámbito que podríamos llamar privado y que la ley prevé que se realicen como actividades privadas, tales como el ámbito de certificación en sede de firma electrónica, sin discutir por ello el mayor índice de seguridad que ofrece la intervención de un notario en dicho terreno.

(57) BOE de 9 de noviembre de 2000.

Igualmente creo que si bien se excluye de la contratación electrónica aquellos contratos que requieren la intervención del Notario como requisito de forma *ad solemnitatem*, también creo que es importante distinguir lo que es contratación electrónica, esto es, aquélla que se perfecciona exclusivamente a través de una red de telecomunicación abierta y desde el ordenador o aparato técnico que permita la conexión a la red de telecomunicación sin que las partes estén presentes, de lo que es la contratación que se realiza con ocasión de informaciones y peticiones que se obtienen y solicitan a través de redes de telecomunicación y que no son propiamente contratación electrónica, ya que la prestación de consentimiento y la perfección del contrato no se produce exclusivamente *on line*, sino combinando actos *on line* con actos *off line* o fuera de línea, especialmente para completar los requisitos de forma legalmente exigidos y que no se pueden realizar a través de redes. Esta segunda modalidad de contratación, que sin ser puramente *on line*, contiene algunos trámites realizados a través de redes de comunicación, permite la intervención plena del Notariado, y requiere de un uso *on line* totalmente normalizado en sus relaciones con los Registros de la Propiedad y Mercantil.

También abogo por la posibilidad de que cualquier usuario y funcionario público pueda obtener, no sólo notas simples o informativas del Registro de la Propiedad y Mercantil, sino también certificados contenidos exclusivamente en un documento electrónico (cuyo original no se exige que conste en papel, por lo que puede ser un documento electrónico debidamente custodiado del que además se puede sacar copia impresa), y que tenga el carácter de público y haga prueba frente a terceros, ya que entiendo que el requisito de firma autógrafa de los certificados tradicionales en soporte papel quede salvado con la firma del registrador competente, pues, al igual que ocurre con el cheque electrónico o la presentación de la declaración de renta, la firma electrónica sirve también para salvar la validez y eficacia de los actos y negocios jurídicos que requieren de firma.

Del mismo modo, y tal como previene la LRJAEyPAC, el documento electrónico público puede tener el carácter de documento original, si bien ello obliga a su correcta custodia.

JAVIER PLAZA PENADÉS
Profesor Titular E.U.
Universidad de Valencia (58)

(58) Investigador del Proyecto de Investigación (PB98-1466), «Contratación electrónica, marco actual y tendencias», dirigido por el profesor doctor VICENTE L. MONTÉS PENADÉS.

La publicidad registral en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil

SUMARIO: I. LA FUNCION REGISTRAL DE SEGURIDAD JURIDICA: 1. PRINCIPIOS GENERALES. 2. LA SEGURIDAD JURÍDICA EN LA EJECUCIÓN INMOBILIARIA.— II. FUNDAMENTOS DE LA EJECUCION INMOBILIARIA, ORDINARIA E HIPOTECARIA.—III. PROCEDIMIENTOS DE EJECUCION Y REALIZACION DE VALOR: 1. PROCEDIMIENTOS ANTERIORES A LA LEY 1/2000, DE 7 DE ENERO. 2. PROCEDIMIENTOS VIGENTES TRAS LA LEY 1/2000, DE 7 DE ENERO (EN VIGOR EL 8 DE ENERO DE 2001). 3. CARACTERES DEL NUEVO PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN.— IV. LA INTERVENCION REGISTRAL EN EL PROCEDIMIENTO SOBRE EJECUCION DINERARIA DE LA NUEVA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL: 1. CUESTIONES PREVIAS RELACIONADAS CON EL REGISTRO: 1.1. *Nuevos títulos ejecutivos* (art. 517). 1.2. *Inscripción de sentencias constitutivas firmes* (arts. 521 y 522). 1.3. *Anotación preventiva o ejecución provisional de sentencias no firmes* (art. 524.4). 1.4. *Forma de las resoluciones en la ejecución forzosa: Auto* (arts. 545.4 y 551.2). 1.5. *Inscripción de los nombramientos de administrador y de interventores* (art. 631.3). 2. PRESUPUESTOS DE LA EJECUCIÓN: 2.1. *Ejecución en bienes gananciales* (art. 541). 2.2. *Ejecución frente al deudor solidario* (art. 542). 2.3. *Ejecución frente a asociaciones o entidades temporales* (art. 543). 2.4. *Entidades sin personalidad jurídica; propiedad horizontal*. 3. COLABORACIÓN DEL REGISTRO EN EL PLANTEAMIENTO ECONÓMICO DE LA EJECUCIÓN. 4. TERCERÍA DE MEJOR DERECHO: EFECTOS EN EL ORDEN DE PAGO. 5. SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN EN CASO DE SITUACIONES CONCURSALES (ART. 568). 6. RESPETO A LA SITUACIÓN REGISTRAL EN EL CONVENIO DE REALIZACIÓN DE BIENES (ART. 640). 7. CONDICIONES REGISTRALES EN LA REALIZACIÓN POR PERSONA O ENTIDAD ESPECIALIZADA (ARTS. 641 Y 642). 8. REQUERIMIENTO DE PAGO Y EMBARGO DE BIENES (ARTS. 580 A 583). AMPLIACIÓN DE LA EJECUCIÓN (ART. 578): 8.1. *Requerimiento de pago y embargo*. 8.2. *Ampliación de la ejecución*. 9. MOMENTO DEL EMBARGO: LA ANOTACIÓN PREVENTIVA NO ES CONSTITUTIVA DEL EMBARGO (ART. 587): 9.1. *Embargo de bienes de tercero y tercería de dominio* (arts. 593 a 604). 9.2. *Reembargo y embargo del sobrante* (arts. 610 y 611). 9.3. *Mejora, reducción y modificación del embargo* (arts. 612 y 613). 9.4. *La anotación preventiva, garantía del embargo de inmuebles* (art. 629). 9.5. *Duración de las anotaciones preventivas* (art. 86 LH). 10. EJECUCIÓN EN BIENES MUEBLES (ARTS. 643 A 654): ATENCIÓN AL

MODERNO REGISTRO DE BIENES MUEBLES. 11. EJECUCIÓN EN INMUEBLES: CERTIFICACIÓN DE DOMINIO Y CARGAS (ART. 656). BIEN INSCRITO A NOMBRE DE PERSONA DISTINTA DEL EJECUTADO (ART. 658). TITULACIÓN (ARTS. 663 A 665): 11.1. *Certificación de dominio y cargas y nota marginal de su expedición*. 11.2. *Bien inscrito a nombre de tercero*. 11.3. *Tercer poseedor: efectos de su intervención*. 11.4. *Titulación inscrita de los inmuebles embargados (arts. 663 a 665)*. 12. COMUNICACIONES DEL REGISTRADOR: SU FORMA (ARTS. 659 Y 660): 12.1. *Ejecución hipotecaria, ejecución ordinaria*. 12.2. *Comunicación de la ejecución a arrendatarios y a ocupantes de hecho (art. 661)*. 13. LA CERTIFICACIÓN REGISTRAL EN LOS ANUNCIOS DE LA SUBASTA (ART. 668). 14. FACULTAD DE PAGO DEL DEUDOR HASTA LA APROBACIÓN DEL REMATE O ADJUDICACIÓN (ART. 670.7) Y DESTINO DE LAS SUMAS OBTENIDAS (ART. 672 EN RELACIÓN CON EL ART. 654). 15. TÍTULO DE PROPIEDAD Y TÍTULO CANCELATORIO EN EL PROCEDIMIENTO EJECUTIVO ORDINARIO (ART. 674): 15.1. *Inscripción de la adquisición (art. 674.1)*. 15.2. *Cancelación de cargas (art. 674.2)*. 16. POSESIÓN JUDICIAL Y OCUPACIÓN DEL INMUEBLE (ART. 675 EN RELACIÓN CON EL ART. 661).—V. LA INTERVENCIÓN REGISTRAL EN EL PROCEDIMIENTO SOBRE EJECUCIÓN DINERARIA DE LA NUEVA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL CON LAS PARTICULARIDADES QUE ESTABLECE CUANDO SE TRATA DE BIENES HIPOTECADOS: 1. LA BASE REGISTRAL DE LA HIPOTECA, FUNDAMENTO DEL PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN (ART. 130 LH). 2. REQUISITOS DE APLICACIÓN DEL PROCEDIMIENTO (ART. 682). 3. REQUISITOS DE LA DEMANDA EJECUTIVA. 4. TERCERÍA DE DOMINIO (ART. 696). 5. REQUERIMIENTO INICIAL DE PAGO: EFECTOS. 6. OPOSICIÓN A LA EJECUCIÓN: VALOR CANCELATORIO DE LA CERTIFICACIÓN REGISTRAL (ART. 695). 7. CERTIFICACIÓN DE DOMINIO Y CARGAS Y NOTA MARGINAL DE EXPEDICIÓN (ART. 688 EN RELACIÓN CON EL ART. 656 DE LA EJECUCIÓN ORDINARIA): 7.1. *Normativa*. 7.2. *Importancia de la certificación de cargas*. 7.3. *Nota marginal de expedición de la certificación de cargas*. 8. COMUNICACIONES Y REQUERIMIENTOS: 8.1. *Del Registrador al Tribunal, tanto en la ejecución ordinaria como en la hipotecaria (art. 135 LH)*. 8.2. *Requerimientos y comunicaciones a titulares de asientos anteriores y posteriores*. 9. OTROS EFECTOS DE LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA. 10. LA CALIFICACIÓN REGISTRAL DE LOS DOCUMENTOS DERIVADOS DE LA EJECUCIÓN INMOBILIARIA (ART. 132 LH). 11. TÍTULO DE PROPIEDAD DEL ADJUDICATARIO Y TÍTULO CANCELATORIO (ART. 133 LH): 11.1. *Título de propiedad del rematante o adjudicatario*. 11.2. *Título cancelatorio*. 11.3. *Presentación simultánea de ambos documentos o documento comprensivo único*. 11.4. *Efectos registrales del testimonio y del mandamiento (art. 134 LH)*. 12. EL SISTEMA DE SUBSISTENCIA DE LAS CARGAS O GRAVÁMENES ANTERIORES.—VI. PROCEDIMIENTO EXTRAJUDICIAL DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA: 1. ESPECIALIDADES DEL REQUERIMIENTO DE PAGO AL DEUDOR. 2. PAGO POR EL TERCER POSEEDOR Y POR LOS TITULARES POSTERIORES. 3. TÍTULO DE DOMINIO Y TÍTULO CANCELATORIO EN EL PROCEDIMIENTO EXTRAJUDICIAL.—VII. PROCEDIMIENTO EJECUTIVO ORDINARIO CUANDO LOS BIENES HIPOTECADOS HUBIEREN PASADO A PODER DE UN TERCER POSEEDOR: 1. SU OPORTUNIDAD. 2. ESPECIALIDADES.—VIII. LA LEY DE 30 DE MARZO DE 1994, SOBRE SUBROGACIÓN Y NOVACIÓN DE PRESTAMOS HIPOTECARIOS.—IX. PARTICULARIDADES DE LA SUBHIPOTECA.—X. ASIENTOS POSTERIORES A LA HIPOTECA QUE NO PUEDEN SER CANCELADOS Y ASIENTOS QUE NO LA PERJUDICAN.—XI. COLISIÓN DE LA EJECUCIÓN CON CRÉDITOS POSTERIORES PREFERENTES O PRIVILEGIADOS: 1. CRÉDITOS

SINGULARMENTE PRIVILEGIADOS: 1.1. *Créditos laborales por salarios*. 1.2. *Créditos por gastos de la propiedad horizontal*. 1.3. *Privilegio de la Ley de Propiedad Intelectual a favor de los derechos de explotación del autor*. 1.4. *Créditos por cuotas de la Seguridad Social*. 2. HIPOTECAS LEGALES Y PRIVILEGIOS HIPOTECARIOS. 3. AFECCIONES REALES: 3.1. *Créditos por gastos debidos a la Sociedad de Servicios en el derecho de aprovechamiento por turno*. 3.2. *Afecciones reales urbanísticas*. 4. ATRIBUCIÓN DE USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR AL CÓNYUGE NO TITULAR.—XII. LOS ARRENDAMIENTOS Y LA EJECUCION HIPOTECARIA: 1. PLANTEAMIENTO GENERAL. 2. LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA Y LOS ARRENDAMIENTOS COMUNES. 3. LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA Y LOS ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS. 4. LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA Y LOS ARRENDAMIENTOS URBANOS. 5. ENAJENACIÓN DE FINCA ARRENDADA PARA USO DISTINTO DEL DE VIVIENDA.—XIII. CANCELACIONES POR NULIDAD DE LA HIPOTECA Y POR NULIDAD DE ACTUACIONES: 1. ANOTACIÓN PREVENTIVA DE DEMANDA DE NULIDAD: DUDAS SOBRE SU PROCEDENCIA ANTES DE LA NUEVA LEC. 2. LA CUESTIÓN EN EL NUEVO ARTÍCULO 131 LH: 2.1. *Admisión*. 2.2. *Efectos de la declaración judicial de nulidad de la hipoteca o de nulidad de actuaciones*.—XIV. EL PACTO DE VENCIMIENTO ANTICIPADO Y LA CANCELACION TOTAL DE LA HIPOTECA: 1. ESTADO DE LA CUESTIÓN TRAS LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 27 DE MARZO DE 1999. 2. LA CUESTIÓN TRAS LA NUEVA LEC: RECLAMACIÓN LIMITADA A PARTE DEL CAPITAL O DE LOS INTERESES CUYO PAGO DEBA HACERSE EN PLAZOS DIFERENTES (ART. 693).—XV. LA ACCION REGISTRAL: ARTICULO 41 DE LA LEY HIPOTECARIA: 1. LA ACCIÓN REGISTRAL: ARTÍCULO 41 LH. EJERCICIO DE ACCIONES REALES PROCEDENTES DE LOS DERECHOS INSCRITOS. 2. OTRAS MANIFESTACIONES DEL RESPETO DE LA LEC AL CONTENIDO LEGITIMADOR DE LOS ASIENTOS REGISTRALES.—XVI. HIPOTECA DEL DERECHO DEL REMATANTE SOBRE LOS INMUEBLES ADJUDICADOS EN UN PROCEDIMIENTO JUDICIAL: 1. FUNDAMENTO. 2. NORMATIVA. 3. ESPECIALIDAD REGISTRAL.

I. LA FUNCION REGISTRAL DE SEGURIDAD JURIDICA

1. PRINCIPIOS GENERALES

Si quisiéramos reducir a muy pocas palabras la esencia de la función de seguridad jurídica que el Registro de la Propiedad cumple en nuestro Ordenamiento, en general, y, desde luego, en los procesos de transferencia de derechos que se producen como consecuencia de la ejecución inmobiliaria, ordinaria o hipotecaria, o por débitos fiscales, o por débitos a la Seguridad Social, a través del instrumento legal de la subasta, habría que decir, al menos, lo siguiente:

- Los derechos y situaciones jurídicas, ya formados y constituidos en los títulos (notariales, judiciales, administrativos), con plena eficacia entre las partes, pero con reducidos efectos respecto de terceros (vid. art. 1.218 del Código Civil), tras un depurado proceso de control de legalidad, acceden a los libros del Registro (arts. 2 y 18 LH).

- Los libros del Registro publican los derechos inscritos con unas características de garantía tales que afectan no sólo a las partes contratantes, sino también a cualquier persona que entre en relación jurídica con la finca, con sus titulares o con los derechos que recaen sobre la misma.
- El asiento que publica esos derechos está avalado por el Estado y se encuentra bajo la salvaguardia de los Tribunales (art. 1 LH), de modo que no puede modificarse o rectificarse sin acuerdo de las partes o resolución judicial (arts. 24 CE y 40 LH).
- Al derecho inscrito le es inoponible cualquier otro derecho sobre la misma finca que, pudiendo inscribirse, no ha sido inscrito (art. 32 LH) o lo ha sido después (art. 17 LH); a todos los efectos legales, se presume que el derecho inscrito existe tal como lo publica el Registro, que el titular registral es el titular real y que tiene la posesión (art. 38 LH); y, si bien, la inscripción no convalida los actos y contratos nulos con arreglo a las leyes, cuando los derechos derivados de esos actos o títulos se inscriban a favor de un tercer adquirente a título oneroso, de buena fe y de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitir, el titular registral adquiere una posición inatacable, a pesar de los eventuales vicios del título de su transferente (art. 34 LH).

Como resumen, podemos —y debemos— decir que el Registro de la Propiedad es en España el órgano del Estado que contiene la verdad jurídica oficial de los derechos sobre inmuebles, cuya última finalidad es dar seguridad (y tranquilidad ciudadana) a toda persona interesada en un bien de esta naturaleza.

2. LA SEGURIDAD JURÍDICA EN LA EJECUCIÓN INMOBILIARIA

a) Algunos datos estadísticos. Según el Anuario de la Dirección General de los Registros y del Notariado del año 1999 (último publicado), durante dicho ejercicio, el montante de los capitales asegurados con hipoteca alcanzó la cifra de 11 billones, 687.217 millones, 644.716 pesetas (11.687.217.644.716 pesetas). Y en ese mismo año los capitales acumulados asegurados alcanzaban la cifra de 30 billones de pesetas, importe equivalente al Presupuesto del Estado para 1.999 (1). Es cierto que estos datos responden a la situación de hipotecas en fase de seguridad, pero el porcentaje que va a la ejecución es muy alto.

(1) SEBASTIÁN SASTRE PAPIOL, *La ejecución hipotecaria en el Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil*, Boletín del Centro de Estudios Registrales de Cataluña, núm. 83, marzo-abril 1999, págs. 398 y sigs.

Durante el mismo año de 1999, y según el mismo Anuario DGRN, se practicaron en los Registros de la Propiedad de España 132.747 anotaciones de embargo (si sumamos anotación de embargo preventivo en ejecución de sentencia y en juicio ejecutivo). Y aquí ya no hablamos de fase de seguridad, sino de ejecuciones en marcha que van a desembocar, en la mayoría de las reclamaciones, en la subasta y sus consecuencias.

b) Necesaria conexión entre la publicidad registral y la ejecución. Siendo como apuntábamos la fuerza vinculante y protectora del Registro Inmobiliario, es fácil comprender el enorme riesgo e inseguridad que supondría desvincular el proceso de realización inmobiliaria de la publicidad registral institucional.

Lo que podríamos llamar el servicio público de seguridad jurídica inmobiliaria que el Registro de la Propiedad presta en los procesos de ejecución que tienen como base objetiva de garantía un inmueble o un derecho real inmobiliario, se manifiesta en una triple dimensión o momento: antes, durante y como remate —nunca mejor dicho— del proceso.

Es decir, en primer lugar, facilitando, en todo caso, al acreedor por deudas, que hace uso del principio de responsabilidad patrimonial universal del obligado (art. 1.911 del Código Civil), cualesquiera titularidades registrales inmobiliarias del deudor, susceptibles de persecución ejecutiva. El Registro facilita, además, un perfecto conocimiento de la situación jurídica oficial del inmueble que se pretende ejecutar, muy especialmente si la deuda está previamente asegurada con hipoteca y, por tanto, existen ya inmuebles determinados, especialmente sujetos al pago de las deudas.

En segundo lugar, durante la tramitación del proceso ejecutivo, la función de seguridad de la publicidad se manifiesta ampliamente en relación con la situación y cambios del historial de la finca o derecho ejecutados: anotación de los embargos, certificación del Registro de Inscripción y subsistencia de la hipoteca, certificación de titularidad y cargas, requerimientos y notificaciones a los titulares de derechos, posibilidad de intervención de éstos y subrogación en los derechos del actor, derechos especiales de adjudicación del inmueble en la subasta, etc.

En tercer lugar, tras la subasta y aprobación del remate, aparecerán los dos documentos clave para la efectividad del proceso: el título de propiedad a favor del adjudicatario y el mandamiento de cancelación de cargas y derechos no preferentes, que tratará de reponer la situación registral al estado en que se encontraba al anotarse el embargo o al inscribirse la hipoteca.

Con este planteamiento general, lo que intenta esta Ponencia es tratar de poner de relieve las novedades introducidas por la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, que, tras un largo e inusual período de *vacatio legis*, ha entrado en vigor el día 8 del pasado mes de enero.

II. FUNDAMENTOS DE LA EJECUCION INMOBILIARIA, ORDINARIA E HIPOTECARIA

Teniendo presentes los caracteres de todo derecho real de garantía (2), en cuanto a la hipoteca y en la ejecución ordinaria, el principio de responsabilidad patrimonial universal (art. 1.911 del Código Civil) —sin desdeñar las modernas orientaciones que asignan carácter real a la anotación de embargo (3)—, pueden formularse algunos principios al respecto (4).

1. La ejecución es mera realización del derecho real de hipoteca: sobre la obligación asegurada no cabe pleito ni discusión (5).

(2) Habría que volver a la historia de las garantías reales: Cómo de la «fiducia» con traspaso de dominio y posesión al acreedor, se pasa al «pignus», en el que sólo hay pérdida de la posesión, y de éste a la hipoteca en el que el deudor conserva dominio y posesión y, con ello, las ventajas del uso de la cosa, sin menoscabo de la eficacia de la garantía con el reconocimiento del *ius persequendi* y del *ius distrahendi*.

(3) Puede verse mi trabajo, «Cuestiones básicas de la anotación de embargo en setenta y cinco años de Revista Crítica», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 657, conmemorativo del 751 aniversario de la fundación de la revista. Enero-febrero de 2000, págs. 719 y sigs.

(4) Puede verse mi trabajo «Cancelación de asientos como consecuencia de la ejecución hipotecaria», en el libro *Cuestiones procesales y registrales de la ejecución hipotecaria*. Consejo General del Poder Judicial y Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1999, págs. 311 y sigs.

(5) En la discusión en el Senado del Proyecto de la que sería Ley de Reforma Hipotecaria, de 21 de abril de 1909, el señor BLANCO RAJOY defendía la siguiente tesis: «Si, pues, tratándose del desahucio, del interdicto y de todos los derechos donde está preestablecido un título análogo al que puede ostentar el acreedor cuando ejercita esta acción (la acción hipotecaria), la sentencia no se dicta sin su audiencia, ¿por qué vosotros condenáis al hipotecante o al ejecutado a que se le despoje de sus bienes sin esa audiencia?»

El señor ALVAREZ GUJARRO argumentaba frente a esta tesis: «...ni el Gobierno, ni la Comisión, ni nadie en el Senado ni en el Congreso ha indicado deseos de reformar o revocar... tres artículos del Código Civil. Es uno, el artículo 1.858, que define y determina la esencia y la naturaleza del contrato de hipoteca, y los otros, los artículos 1.876 del mismo Código, y 1.877, que establecen que la hipoteca sujeta directamente, independientemente y con abstracción completa de la persona, los bienes hipotecados a la obligación que garantiza, y que el acreedor hipotecario tiene acción directa completa y libre, prescindiendo de su deuda, de percibir el cobro de su crédito contra los bienes del deudor...»

«En ese artículo (el proyectado 131 LH) que, efectivamente, es muy largo..., se establece un solo precepto, y es que tan luego como la obligación esté vencida y no satisfecha, se celebre la subasta judicial».

«...el Código Civil dio por hecho que... no cumplida la obligación, el acreedor pudiera, por medio de Notario, vender en pública subasta la prenda. Pues... establecida la obligación de la escritura de constitución de hipoteca, registrada la hipoteca, no cabe pleito sobre eso..., no hay que hacer más que vender judicialmente la finca, como notarialmente se vende la prenda, y esto es todo...»

Pueden verse las notas anteriores en *Leyes hipotecarias y registrales de España. Fuentes y Evolución*. Centro de Estudios Hipotecarios. Tomo II, vol. II. Leyes de 1909. Discusión Parlamentaria, págs. 345, 346 y sigs., en especial, 349 a 351.

2. La cancelación de asientos contradictorios o no preferentes tiene su fundamento: en la hipoteca, en el efecto *erga omnes*, propio de los derechos reales (6), y en la anotación de embargo, en la prioridad registral y en su vocación al derecho real.

3. El principio de inmediatividad dispositiva es, en la hipoteca, consecuencia de su naturaleza de derecho real de realización de valor y en la ejecución ordinaria de la existencia de un título ejecutivo previo (art. 517 nueva LEC) (7).

4. El principio de inmediata efectividad de los derechos reales debe conectarse con el de la paz social.

(6) También se manifiesta en las facultades del titular del crédito hipotecario ejercitables *erga omnes*: pedir ampliación de hipoteca (arts. 115 y 163 LH); acción de devas-tación (art. 117 LH); percepción de indemnizaciones (art. 110.2.º LH); provocar la ena- jenación de la finca; pedir la posesión interina (arts. 1.858 del Código Civil y 690 LEC).

(7) La relación de inmediatividad entre el titular del derecho real y la cosa sobre que recae, se hace visible, normalmente, con el instituto de la posesión (usufructo, servidum- bres, etc.). En la hipoteca no hay contacto posesorio entre el acreedor y el inmueble gravado, pero la inmediatividad es plena, en el orden dispositivo, con el derecho de realización del valor una vez incumplida la obligación asegurada (vid. GARCÍA GARCÍA, JOSÉ MANUEL, *El procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria*, Editorial Civitas, Madrid, 1994, págs. 125, 241, 267 y sigs.). Se revela en varios aspectos:

— *En la demanda de ejecución*. En relación con la demanda de ejecución en el procedimiento judicial sumario, antes, y ahora en el procedimiento de los artículos 681 y sigs., nueva LEC 2000, no se trata propiamente de una reclamación de pago de cantidad, sino de una solicitud de ejecución, es decir, la realización de valor de la finca hipotecada, pues lo que se ejercita es una acción real hipotecaria y no una acción personal de recla- mación de cantidad.

— *En la subasta*. La subasta es la expresión del carácter de derecho real de la hipoteca. La hipoteca no es sólo derecho real de garantía, sino también de realización de valor, cuya esencia consiste en que el acreedor pueda resarcirse del crédito hipotecario, no quedándose con la finca —pacto de comiso prohibido por el art. 1.859 del Código Civil—, sino instando la venta de la misma en pública subasta, para con su precio cobrar lo que se le debe, quedando el sobrante a disposición de acreedores y titulares posteriores.

— *En la adjudicación*. Ya se configure:

— Como una consecuencia del ejercicio del derecho real de hipoteca, como derecho de realización de valor (KHOLER y ROCO).

— Como expropiación de la facultad de disposición del dueño (CHIOVENDA y CALA- MANDREI).

— Como actuación del Juez en representación del deudor (CARNELUTTI). En la re- gla 17.ª del artículo 131 LH y en la LEC, hasta la reforma de 1986, se empleaba la expresión «en representación del dueño», que suprimió dicha reforma.

— Como acto estatal de la autoridad judicial, derivado de su *imperium*. La doctrina alemana ha criticado el término venta y ve en la adjudicación un acto estatal típico (OERTMANN, POLLAK), seguida por la doctrina italiana (PUGLIATTI).

En el procedimiento ejecutivo ordinario, desde la reforma de 1986, la LEC y la LH prescinden de la escritura, como título inscribible, que se sustituye por el testimonio del auto de adjudicación.

En la STS de 18 de diciembre de 1981 se declara que el procedimiento judicial sumario es un procedimiento de realización del valor de la finca hipotecada, que hace el Juez, al no poderlo efectuar el acreedor por sí solo, por razones de paz jurídica (8).

5. La ejecución garantiza el respeto jurídico y/o económico a los créditos preferentes, anteriores o privilegiados (9).

6. La ejecución facilita el saneamiento del Registro Inmobiliario como instrumento de seguridad jurídica (10).

(8) El ejercicio del esencial derecho (derecho con minúscula) del acreedor hipotecario de promover la venta del inmueble gravado, ha de ajustarse a Derecho (con mayúscula), mediante el cumplimiento de los trámites previamente tasados. Lo exige la paz social y lo impone la ley.

Dice GARCÍA GARCÍA (obra citada, pág. 43 y sigs.), frente a las reticencias de GUASP («no puede el acreedor vender por sí mismo, ni se concibe que obligue a vender»), que la titularidad del acreedor hipotecario significa que tiene no sólo un derecho de garantía sino también un derecho de realización de valor, si bien, por razones de paz social, no lo actúa por sí solo, sino que lo solicita del Juez, en base precisamente a ese derecho de realización de valor.

DÍAZ FRAILE («El procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria», en *RCDI*, núm. 635, julio-agosto 1996, pág. 1339 y sigs.) añade argumentos a la misma idea: La esencia de los derechos reales de garantía está en la posibilidad que se otorga al acreedor de cobrar su crédito, sin la colaboración del deudor, mediante la realización del valor del bien gravado, procurándose, por acto propio, el reintegro de la cantidad que se le adeudaba. Pero, históricamente, se ha tratado de compensar la seguridad del acreedor al cobro mediante la utilización de un medio suficiente, con la limitación del exceso de poder de sus facultades que pudiera derivar en abusos, a través de una doble vía: prohibición del pacto comisorio y control de la enajenación o realización de la cosa que permita la obtención de un precio justo. Esta doble limitación culmina con la reconducción de la realización hipotecaria a la vía o cauce judicial o notarial.

MAGARIÑOS BLANCO («El procedimiento extrajudicial de realización de la hipoteca. Su viabilidad», en *RCDI*, núm. 641, julio-agosto 1997, pág. 1255 y sigs.) destaca que el *ius vendendi*, centro y fuerza de la hipoteca, ha de actuarse con control del Estado, que no tiene por qué ser necesariamente judicial; basta con que se rodee de las garantías necesarias para evitar el abuso y los excesos que su ejercicio pudiera provocar. Pero ese derecho se actúa por el acreedor como acto propio, cualquiera que sea el modo como se lleve a efecto.

(9) Explica JOSÉ MARÍA GARRIDO (*Garantías reales, privilegios y par condicio. Un ensayo de análisis funcional*. Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1999, págs. 66 y sigs.) que las causas de preferencia de origen convencional o garantías reales desarrollan una función de financiación de actividades económicas, responden a necesidades objetivas de la economía. La lógica de los privilegios es distinta: Los sistemas políticos tienden a la protección de aquellos acreedores que, como los trabajadores, carecen de suficiente poder financiero y negociador para adoptar medidas de tutela de sus créditos. Es decir, las causas de preferencia de origen legal tienen una naturaleza esencialmente política.

(10) El saneamiento del Registro es un tema registral de particular importancia y que me es especialmente querido (vid. en el núm. 625, *RCDI*, noviembre-diciembre de 1994, págs. 2495 y sigs., mi trabajo «El saneamiento del Registro en la Ley de Reforma Hipotecaria de 30 de diciembre de 1944»). Sólo apuntaré aquí algunas ideas sobre el particular.

III. PROCEDIMIENTOS DE EJECUCION Y REALIZACION DE VALOR

1. PROCEDIMIENTOS ANTERIORES A LA LEY 1/2000, DE 7 DE ENERO

Podían utilizarse los siguientes, según los casos, en la ejecución inmobiliaria:

- a) Procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria. Regulado en los artículos 129 a 135 LH, 225 a 233 RH, y más conocido como procedimiento del artículo 131 LH (11).

La esencia de la publicidad registral, como instrumento de seguridad jurídica, radica en la protección a la apariencia creada por el pronunciamiento registral, por la exaltación de los derechos al estado registral. La fuerza de ese estado —amparado constitucionalmente y bajo la salvaguardia de los Tribunales— es de tal naturaleza que, en caso de desacuerdo o discordancia entre Registro y realidad, la presunción legitimadora mantiene aquél sobre ésta.

Sin embargo, no puede ser aspiración de ningún sistema registral avanzado mantener esa discordancia, sino todo lo contrario. Nuestra Ley Hipotecaria dedica su Título VI, precisamente, a la «Concordancia entre el Registro y la realidad jurídica». Y la reforma del Reglamento Hipotecario (Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre), al establecer (art. 177 RH) plazos de caducidad de determinados asientos relativos a derechos que tuviesen un plazo de vigencia convenido por las partes, a condiciones resolutorias en garantía del precio aplazado y a hipotecas que, automáticamente, crean situaciones de desacuerdo entre Registro y realidad, es una importante prueba de la aspiración legislativa a la concordancia (no obstante, la STS 31-1-01 ha declarado nula la reforma en cuanto a condiciones resolutorias e hipotecas).

(11) Por la importancia histórica del artículo 131 LH, transcribo aquí, resumidas, algunas de las notas del estudio sobre el mismo contenidas en mi trabajo «Cancelación de asientos como consecuencia de la ejecución hipotecaria» (publicado en el libro *Cuestiones procesales y registrales en la ejecución hipotecaria*, Estudios de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial y Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles, Madrid, 1999, págs. 311 y sigs.).

Creado por la Ley de Reforma Hipotecaria, de 21 de abril de 1909. La Ley de 27 de agosto de 1932, la de Reforma Hipotecaria de 1944-1946, y la Ley 19/1986, de 14 de mayo —recogiendo las reformas de la Ley 34/1984, de 6 de agosto, de reforma urgente de la LEC—, introducen algunas modificaciones en el primitivo artículo 131 LH, que son más amplias en la Ley 10/1992, de 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal.

1. *Naturaleza* (vid. GARCÍA GARCÍA, JOSÉ MANUEL, *El procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria*, cit. págs. 37 y 51 y sigs.).

a) *Doctrina*:

— Exclusión del concepto de juicio contencioso (GARCÍA FERNÁNDEZ, LÓPEZ DE HARO, GARCÍA HERGUEDAS). Se trata de un acto de jurisdicción voluntaria, pues no hay controversia entre acreedor y deudor dentro del procedimiento.

— Teoría del proceso ejecutivo documental hipotecario (MENÉNDEZ PIDAL). En contra GUASP, para quien hay un examen sumario del asunto o fase de cognición sumaria.

— Teoría del proceso de ejecución (ARAGONÉS y CARSI). No es un juicio porque ni se declara derecho, ni se admite excepción u oposición. Se trata de una serie de trámites para hacer efectivo un derecho, a semejanza del procedimiento de apremio.

- b) Procedimiento extrajudicial. Regulado en el artículo 129, párrafo 2.º LH y en los artículos 234, 235, 236 y 236, a-o RH, modificación del Real Decreto de 27 de marzo de 1992 (12).

— Ejecución de la base registral de la hipoteca: Lo que no está en el Registro no puede ejecutarse y su fundamento está en los principios de inscripción constitutiva de la hipoteca y de legitimación registral. Es la tesis ahora recogida en el nuevo artículo 130 LH, introducido por la LEC 2000.

b) *Jurisprudencia*. La naturaleza de vía de apremio está confirmada en varias sentencias:

— STS de 24 de marzo de 1983: Simple proceso de ejecución dirigido a la realización del valor en cambio de la finca hipotecada; acción directa contra los bienes hipotecados que se atiende estrictamente a los datos del Registro (ver nuevo 130 LH).

— STS de 12 de noviembre de 1985: No regula un juicio declarativo, ni siquiera un ejecutivo, sino simplemente una vía de apremio dirigida directamente contra los bienes hipotecados; no hay acción personal.

— STS de 4 de febrero de 1987: Procedimiento de ejecución por la eficacia de un título formal constituido previamente, cuya virtualidad se proyecta simplemente en la realización del valor de la cosa que sirve de garantía.

— STS de 11 de julio de 1990: El acreedor trata de hacer efectivo un derecho real del que, en el Registro, hay constancia segura.

2. *Constitucionalidad*.

La STC de 18 de diciembre de 1981 —cuya doctrina se reitera en las sentencias del mismo Tribunal de 17 de mayo de 1985, 14 de julio de 1988, 17 de enero de 1991, 16 de enero y 10 de febrero de 1992, 30 de junio y 18 de octubre de 1993— declara cómo frente a las once excepciones que permite el (anterior) artículo 1.464 LEC para el juicio ejecutivo ordinario, la LH preceptúa (art. 132, ahora derogado) que las reclamaciones del deudor, terceros poseedores y demás interesados, «se ventilarán en el juicio declarativo que corresponda, sin producir nunca el efecto de suspender ni entorpecer el procedimiento». Esta regla no admite más excepciones que las del artículo 132 LH: la cuestión prejudicial penal de falsedad del título; la tercería de dominio que equivale a un improbable error del Registrador, ya que ha de tratarse de inscripción anterior a la del crédito; la cancelación de la hipoteca y la existencia de saldo distinto en la libreta del deudor y la presentada por el actor en la hipoteca del artículo 153 LH.

De esta STC se deducen las siguientes conclusiones:

— La constitucionalidad del artículo 131 LH está relacionada con la posibilidad de oponer toda clase de alegaciones en el juicio declarativo ordinario.

— Está también relacionada con el momento de constitución de la hipoteca, de modo voluntario para el deudor que sabe que está constituyendo un derecho real que tiene dos fases: vida estática y vida dinámica, cumpliéndose en esta última la *conditio iuris* de ejercicio, latente en la primera.

— Igualmente, está relacionada con el Registro, con la inscripción constitutiva que garantiza su nacimiento con todos los requisitos legales y con lo que la sentencia llama el «procedimiento registral», que es el amparo que el Registro ofrece a todos los titulares con posibilidad de admitir cualquier asiento que el deudor inste y que sea conforme con la legalidad.

La STC de 5 de mayo de 1994 declara la inconstitucionalidad del procedimiento de ejecución hipotecaria del desaparecido Banco Hipotecario de España.

(12) La Ley Hipotecaria de 1861 sólo preveía una ejecución judicial de la hipoteca (art. 133). Publicado el Código Civil, empezó a pactarse en las escrituras de hipoteca un procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria —que venía siendo admitido por el

- c) Procedimiento ejecutivo ordinario. Regulado en el Libro II, Título XV, artículos 1.429 a 1.543 de la anterior LEC, dividido en tres secciones: procedimiento ejecutivo, procedimiento de apremio y tercerías.

TS y la DGRN—, en base a lo dispuesto en el artículo 1.872 del Código Civil que, respecto de la prenda, facultaba al acreedor prendario, sin pacto, a proceder a la venta ante Notario con citación del dueño; y por ineficacia de las subastas hacerse el acreedor dueño de la cosa pignorada.

El RH de 1915 admite ya la procedencia de aquel pacto y dedica el artículo 201 a los trámites fundamentales, «sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1.255 del Código Civil». Sin embargo, el procedimiento extrajudicial no podía aplicarse cuando existían terceros anteriores a la nota marginal acreditativa de la incoación del procedimiento, limitación no recogida en el artículo 129 de la LH de 1946: «...el cual será aplicable aún en el caso de que existan terceros».

Recogemos algunas notas sobre este procedimiento (vid. mi trabajo, *Cancelaciones de asientos como consecuencia de la ejecución hipotecaria*, cit. pág. 338 y sigs.).

1. *Naturaleza*. Se apuntan los siguientes caracteres (vid. ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNIL, *Derecho Hipotecario*, 8.ª ed., tomo IX, pág. 475 y sigs.):

— Procedimiento de ejecución pura, vía de apremio puramente ejecutiva, encaminado a realizar el valor en cambio de la finca hipotecada.

— Ha de estipularse expresamente en la escritura de constitución de la hipoteca.

— Ha de sujetarse necesariamente a los trámites establecidos en el RH.

— Es aplicable aún cuando existan terceros.

2. *Constitucionalidad*.

a) *Jurisprudencia*. La STC de 18 de diciembre de 1981 declaró que no vulnera el derecho a la defensa del artículo 24.1 de la Constitución Española. En el mismo sentido, Auto del Tribunal Supremo, de la Sala 3.ª de lo contencioso-administrativo, y sentencias de la misma Sala 3.ª de 16 y 23 de octubre de 1995.

No obstante, la STS, Sala 1.ª de lo Civil, de 4 de mayo de 1998, confirmada por la de 20 de abril de 1999, también de la Sala 1.ª, declara la inaplicación por derogación, al ser norma opuesta a la Constitución del párrafo 2.º del artículo 129 LH y la de los artículos 234 a 236-O RH, en virtud de la subordinación que impone el principio de jerarquía normativa.

El Auto del TSJ de Andalucía, de 19 de noviembre de 1998, declara que no corresponde al Registrador la posibilidad de inaplicar leyes preconstitucionales por considerarlas derogadas por la Constitución en cuanto contrarias a ella; ni es admisible la vinculación del Registrador en el ejercicio de sus funciones a una STS, la de 4 de mayo de 1998. Y rechaza el TSJ la alegación de los efectos *erga omnes* de dicha STS.

En cambio, el Auto del TSJ de Murcia, de 26 de octubre de 1998, declaró que, publicada la STS de 4 de mayo de 1998, el Registrador cumplió con sus deberes al calificar negativamente el instrumento notarial que se basaba en la norma eliminada, denegando las inscripciones derivadas de un procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria.

El preámbulo del Real Decreto de 27 de marzo de 1992, que modificó el procedimiento extrajudicial, señala que «la ejecución de la hipoteca constituye el ejercicio de un derecho privado —el derecho del acreedor a la enajenación de la cosa hipotecada— que puede efectuarse privadamente cuando así se ha pactado», y que la finalidad del nuevo procedimiento extrajudicial «es desviar parte de las ejecuciones hipotecarias del cauce judicial».

- d) Procedimiento ejecutivo ordinario cuando los bienes hipotecados hubieren pasado a poder de un tercer poseedor. Es el mismo ejecutivo ordinario con las variantes introducidas por los artículos 126 y 127 LH.

b) *Doctrina*. MONTERO AROCA (vid. «Las ejecuciones hipotecarias y la tutela judicial privilegiada», en *RCDI*, núm. 633, marzo-abril de 1996, págs. 257, 270 y sigs.), por Derecho anterior a la sentencia 402/1998, de 4 de mayo, señala que el procedimiento extrajudicial puede tener problemas de constitucionalidad, pues, al final, se acaba en una ejecución forzosa realizada por alguien no dotado de potestad jurisdiccional, frente al principio de exclusividad de la potestad jurisdiccional de los Jueces y Tribunales, únicos que pueden declarar el derecho y proceder a su ejecución (art. 117.3 CE).

La realización hipotecaria —dice MAGARIÑOS BLANCO (*El procedimiento extrajudicial...*, cit., pág. 1263 y sigs.)— no es más que la actividad, el ejercicio de un derecho privado que constituye la esencia de la hipoteca y que consiste precisamente en la facultad que el acreedor tiene de enajenar, por sí mismo, el bien sujeto al cumplimiento de la obligación garantizada. Esta realización está sometida al control de legalidad, que tradicionalmente se ha realizado por la autoridad judicial, pero que igualmente puede hacerse por un funcionario que por su capacitación esté habilitado legalmente al efecto. Ni en el procedimiento judicial sumario, ni en el procedimiento extrajudicial, se trata de juzgar. Pero tampoco se pretende ejecutar lo juzgado, sino controlar el ejercicio del derecho a la enajenación de la cosa hipotecada.

El ordenamiento español admite, ciertamente, la ejecución privada en una serie de supuestos:

- Artículo 1.872 del Código Civil: enajenación ante Notario de la prenda ordinaria.
- Artículo 392 del Código de Comercio: enajenación en el Mercado Secundario Oficial de los valores dados en garantía de préstamo mercantil.
- Artículos 86 y 94 de la Ley Hipotecaria Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento de la Posesión.
- Artículo 260 de la Ley de Procedimiento Laboral, sobre venta ante fedatario público de los bienes embargados.
- Artículo 45 de la Ley SSAA, de 22 de diciembre de 1989, sobre venta de las acciones del socio, moroso de los dividendos pasivos, por medio de miembro de Bolsa, Corredor de Comercio o Notario.
- Artículo 16 de la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles, de 13 de julio de 1998 (confirmado por la vigente Ley 28/1998, de 13 de julio) sobre venta de los adquiridos a plazos en subasta pública con intervención de Notario o Corredor.

SANTAELLA LÓPEZ (vid. «Jurisprudencia y ejecución extrajudicial», en *RCDI*, núm. 648, septiembre-octubre de 1998, pág. 1663 y sigs.) en un estudio crítico de la sentencia 402/1998, de 4 de mayo de 1998, de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, establece las siguientes conclusiones:

- Es dudoso que toda actividad ejecutiva corresponda necesariamente a los Jueces, pues puede corresponder al poder del mismo nombre (art. 97 CE), si se tiene en cuenta que la ejecución de sentencias que afectan a la Administración Pública «corresponderá al órgano que hubiera dictado el acto o la disposición objeto del recurso (art. 103 de la Ley de 27 de diciembre de 1956 de la jurisdicción contencioso-administrativa, precepto que nadie estima derogado).
- El procedimiento notarial del artículo 129.2 LH satisface las exigencias de este poder, pues el Notario es funcionario público (art. 1 de la Ley del Notariado) que se sitúa en la órbita de la Administración Pública (art. 1 del Reglamento del Notariado) dependiente del Ministerio de Justicia.

- e) Procedimiento declarativo ordinario. Regulado en el Libro II, Títulos II «De los juicios declarativos», y VII «De la ejecución de las sentencias».
- f) Procedimiento administrativo de apremio fiscal de la Ley General Tributaria (arts. 111.1 y 3) y del Reglamento General de Recaudación, aprobado por Real Decreto 1684/1990, de 20 de diciembre, modificado por el Real Decreto 448/1995, de 24 de marzo.
- g) Procedimiento recaudatorio de la Seguridad Social. Establecido por el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto-ley 1/1994, de 20 de junio, y por el Real Decreto 163/1995, de 6 de octubre, que aprueba el Reglamento General de Recaudación de los Recursos del Sistema de la Seguridad Social.

2. Procedimientos vigentes tras la Ley 1/2000, de 7 de enero (en vigor el 8 de enero de 2001).

Se mantienen vigentes e inalterados el procedimiento administrativo de apremio fiscal y el procedimiento recaudatorio de la Seguridad Social.

Podría afirmarse que ha quedado un solo procedimiento judicial de ejecución, general y, también, de ejecución inmobiliaria (aparte del extrajudicial) (13).

— El artículo 117.3 CE no puede interpretarse en un sentido puramente literal, pues el ordenamiento jurídico ofrece ejemplos de intervención de otros poderes en la función más característica de cada uno de ellos. Por ejemplo, el control de constitucionalidad de las leyes no es propiamente actividad jurisdiccional, a pesar de estar a cargo de un intitulado Tribunal (el Constitucional), sino legislativa: dicho órgano actúa como legislador negativo.

— En cierta medida, los particulares dictan actos legislativos al aprobar normas para regular sus ámbitos de libertad (vid. art. 1.091 del Código Civil). El artículo 12.2 de la Ley 36/1998, de 5 de diciembre, de Arbitraje, dispone que «cuando la cuestión litigiosa haya de decidirse con arreglo a Derecho, los árbitros habrán de ser abogados en ejercicio».

Todo esto demuestra que puede existir, en contra del criterio de la Sala de lo Civil del TS, una justicia convencional, privada, y que la misma no repugna a la Constitución y al Estado de Derecho.

Siempre existirá el límite de que es monopolio del Estado el recurso a la fuerza o coacción (art. 435 del Código Penal, Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre). Pero este límite está observado en el artículo 236.m) RH, al disponer que «el adjudicatario podrá pedir la posesión de los bienes adquiridos al Juez de Primera Instancia del lugar donde radiquen», reconociendo que sólo la autoridad judicial podrá disponer, en su caso, la entrega forzosa.

Como el único vicio que reconoce a la normativa es el formal de insuficiencia de rango, postula su inmediata transformación en Ley o norma con rango de Ley.

(13) Vid. JURADO JURADO, JUAN JOSÉ, «El procedimiento de ejecución directa sobre bienes inmuebles hipotecados de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil: una primera aproximación a sus particularidades», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 662, noviembre-diciembre de 2000, págs. 3143 y sigs.

El Libro III de la nueva LEC 2000 lleva como rúbrica «De la ejecución forzosa y de las medidas cautelares», y trata en su Título III «De la ejecución: disposiciones generales»; y en su Título IV «De la ejecución dineraria». El Título IV, a su vez, trata en su Capítulo IV «Del procedimiento de apremio», y en su Capítulo V «De las particularidades de la ejecución sobre bienes hipotecados o pignorados» (arts. 681 a 698).

Ahora bien, estas particularidades, cuando se trata de bienes hipotecados, no son aplicables si no se cumplen los requisitos del artículo 682 (tasación para subasta y domicilio para notificaciones y requerimientos).

Por otra parte, el artículo 579 LEC dispone que «cuando la ejecución se dirija exclusivamente contra bienes hipotecados o pignorados en garantía de una deuda dineraria» (que en la hipoteca lo es siempre), se aplicarán dichas particularidades. Pero «si subastados los bienes hipotecados o pignorados, su producto fuera insuficiente para cubrir el crédito, el ejecutante podrá pedir el embargo por la cantidad que falte y la ejecución proseguirá con arreglo a las normas ordinarias aplicables a toda ejecución».

Este precepto, en realidad, no hace si no poner de relieve la nota de especialidad de la ejecución hipotecaria, es decir, sobre bienes concretos del deudor que, si no bastan a cubrir el crédito, agotan la acción real. Pero, como es lógico, no agotan la acción personal para reclamar el exceso de la deuda, no satisfecho por la ejecución hipotecaria, por las normas ordinarias y con la prioridad que corresponda al respectivo embargo y anotación, sin que le alcance la obtenida en su día por la hipoteca ejecutada.

El artículo 129 LH concreta cuanto decimos al establecer dos reglas sobre ejecución hipotecaria:

- La acción hipotecaria podrá ejercitarse directamente sobre los bienes hipotecados sujetando su ejercicio a lo dispuesto en el Título IV del Libro III «De la ejecución dineraria» de la LEC con las especialidades que se establecen en su Capítulo V.
- En la escritura de constitución de la hipoteca podrá pactarse la venta extrajudicial del bien hipotecado, conforme al artículo 1.858 del Código Civil, para el caso de falta de cumplimiento de la obligación garantizada. La venta extrajudicial se realizará por medio de Notario, con las formalidades establecidas por el Reglamento Hipotecario.

En resumen, los procedimientos actualmente vigentes, en materia de ejecución inmobiliaria, son:

- a) El procedimiento sobre ejecución dineraria del Libro III, Título IV, Capítulos I a IV, artículos 571 a 680 LEC.

- b) Ese mismo procedimiento, pero con las particularidades que establece el Capítulo V (arts. 681 a 698) del mismo Título IV, cuando se trate de ejecución de bienes hipotecados.
- c) El procedimiento de venta extrajudicial ante Notario, que se reconoce expresamente en el artículo 129 LH, pero que no se ha alterado en sus trámites, pues siguen siendo los del Reglamento Hipotecario.
- d) El procedimiento ejecutivo ordinario cuando los bienes hipotecados hubieren pasado a poder de un tercer poseedor. Se mantienen inalterados los artículos 126 y 127 LH, pero resulta afectado por el nuevo procedimiento ejecutivo general (arts. 613.3 y 662 nueva LEC, en cuanto a la responsabilidad y alcance de la intervención de los terceros).

3. CARACTERES DEL NUEVO PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN (14)

- No acumulación a los procedimientos concursales. Queda establecida en el artículo 568 LEC: «El Tribunal suspenderá la ejecución... en cuanto le sea notificado que el ejecutado se encuentra en situación de suspensión de pagos, concurso o quiebra. Por excepción, tales situaciones no impedirán el inicio de la ejecución singular si la ejecución se limitara a los bienes previamente hipotecados o pignorados...»
- Limitación de las tercerías de dominio. La limitada posibilidad de que se interpongan tercerías de dominio frente a la ejecución hipotecaria (hasta ahora recogido en el art. 132 LH) se sanciona en el artículo 696 LEC. Para que pueda admitirse tercería de dominio deberá acompañarse a la demanda título de propiedad inscrito a favor del tercerista o su causante con fecha anterior a la de la inscripción de la garantía, lo que se acreditará con certificación registral... Es decir, limita las tercerías a los casos de doble inmatriculación.
- Limitación de las causas de oposición. El artículo 695 LEC sólo admite la oposición del ejecutado por pago, esto es, por extinción de la garantía o de la obligación garantizada; o por error en la determinación de la cantidad exigible cuando la deuda ejecutada sea el saldo del cierre de una cuenta entre el ejecutante y el ejecutado. Fuera de estos casos, los procedimientos sólo se suspenderán por prejudicialidad penal por falsedad del título o invalidez o ilicitud del despacho de la ejecución (art. 697 LEC).

(14) Vid. GÓMEZ GÁLLIGO, FRANCISCO JAVIER, «Acciones registrales en el Proyecto de Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil», en *Boletín del Centro de Estudios Registrales de Cataluña*, núm. 83, marzo-abril de 1999, págs. 379, 390, 393, 396 y sigs.

- Cancelación de la hipoteca sólo a virtud de la propia ejecución (art. 131 LH y 688 LEC). Supuesto de escritura de carta de pago y cancelación de la hipoteca presentada durante la sustanciación del procedimiento de ejecución: No se podrá inscribir mientras no se haya cancelado previamente la nota marginal acreditativa de la expedición de la certificación de cargas mediante mandamiento judicial al efecto (precepto congruente con el art. 688.2, párrafo segundo).
Es decir, imposibilidad de cancelar la hipoteca por causas distintas de la propia ejecución, en tanto no se cancele por mandamiento judicial la nota marginal de expedición de certificación de dominio y cargas (art. 131 LH y 688 LEC) ya sancionado por la DGRN.
- La anotación preventiva de demanda de nulidad de la hipoteca no paraliza el procedimiento. Imposibilidad de que iniciado el procedimiento pueda paralizarse mediante anotación preventiva de nulidad de la propia hipoteca (nuevo art. 131 LH).
- Reconocimiento al deudor del derecho al sobrante y al pago hasta el momento de la subasta (art. 692).
- Restablecimiento de la venta extrajudicial ante Notario del bien hipotecado (art. 129 LH). La hipoteca es un derecho real de realización de valor que puede ejercitarse extrajudicialmente si así lo pactan las partes.
- Exclusión de la inmediata ejecutividad de las sentencias de primera instancia cuando afecten a asientos registrales, siendo sólo posible la anotación preventiva de la sentencia (art. 524.4 LEC). Lo contrario podría crear graves problemas de prioridad, v.gr., las cargas posteriores pasarían a ser anteriores de forma definitiva.

IV. LA INTERVENCION REGISTRAL EN EL PROCEDIMIENTO SOBRE EJECUCION DINERARIA DE LA NUEVA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL

1. CUESTIONES PREVIAS RELACIONADAS CON EL REGISTRO

1.1. *Nuevos títulos ejecutivos (art. 517)*

Las novedades más interesantes son dos:

- La referencia a «las pólizas de contratos mercantiles firmadas por las partes y por corredor de comercio colegiado» (núm. 5.º), hay que entenderla hecha a los notarios en virtud de las normas de integración de ambos Cuerpos en uno solo de notarios (Disposición Adicional

vigésimo cuarta de la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social; Real Decreto 1643/2000, de 22 de septiembre, e Instrucción de la DGRN, de 29 de septiembre de 2000, sobre efectividad de la integración).

- Son novedad (núm. 7.º) los certificados expedidos por las entidades encargadas de los registros contables respecto de los valores representados por anotaciones en cuenta, a los que se refiere la Ley del Mercado de Valores.

1.2. *Inscripción de sentencias constitutivas firmes (arts. 521 y 522)*

Destacan dos normas:

- Mediante su certificación y, en su caso, el mandamiento judicial oportuno, las sentencias constitutivas firmes podrán permitir inscripciones y modificaciones en Registros Públicos sin necesidad de que se despache ejecución (art. 521.2).
- Toda persona y autoridad, y especialmente las encargadas de los Registros Públicos, deben acatar y cumplir las sentencias constitutivas..., «salvo que existan obstáculos derivados del propio Registro conforme a su legislación específica».

1.3. *Anotación preventiva o ejecución provisional de sentencias no firmes (art. 524.4)*

Mientras no sean firmes o aún siéndolo no hayan transcurrido los plazos que fija la propia LEC para ejercitar la acción de rescisión, sólo procederá la anotación preventiva de las sentencias que dispongan o permitan la inscripción o la cancelación de asientos en Registros Públicos.

1.4. *Forma de las resoluciones en la ejecución forzosa: Auto (arts. 545.4 y 551.2)*

- En los procesos de ejecución adoptarán la forma de auto las resoluciones de tribunales que acuerden... «el embargo o su alzamiento...» (art. 545.4).
- La ejecución se despachará mediante auto... (art. 551.2).
- «Se dictarán autos cuando se resuelva sobre... anotaciones e inscripciones registrales...» (art. 206.2.2.^a).

Constituye novedad, pues la resolución adoptaba la forma de providencia en la legislación anterior [arts. 245.1.a) de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial; y 297 LEC anterior].

No obstante la Instrucción de la DGRN de 12 de diciembre de 2000 alude —creemos que erróneamente—, a «diligencia de ordenación o propuesta de providencia o auto a instancia del mismo Secretario Judicial o por auto judicial» (Punto X *in fine*).

1.5. *Inscripción de los nombramientos de administrador y de interventores (art. 631.3)*

El nombramiento de administrador judicial será inscrito, cuando proceda (vid. art. 630), en el Registro Mercantil. También se anotará la administración judicial en el Registro de la Propiedad cuando afectare a bienes inmuebles.

2. PRESUPUESTOS DE LA EJECUCIÓN

La cuestión es importante porque se trata del cumplimiento de ciertos requisitos que el Registrador habrá de calificar, y cuya falta determinará, muy probablemente, la suspensión o denegación de la anotación preventiva del embargo decretado en el procedimiento. Veamos los distintos supuestos.

2.1. *Ejecución en bienes gananciales (art. 541)*

- No se despachará ejecución frente a la comunidad de gananciales. Lo cual es lógica consecuencia de su carencia de personalidad jurídica.
- Ejecución a causa de deudas contraídas por uno de los cónyuges, pero de las que deba responder la sociedad de gananciales: La demanda ejecutiva podrá dirigirse únicamente contra el cónyuge deudor, pero el embargo de bienes gananciales habrá de notificarse al otro cónyuge, dándole traslado de la demanda ejecutiva y del auto que despache ejecución a fin de que, dentro del plazo ordinario, pueda oponerse a la ejecución.
- Ejecución a causa de deudas propias de uno de los cónyuges y se persiguiesen bienes comunes a falta o por insuficiencia de los privativos. El embargo de aquellos habrá de notificarse al cónyuge no deudor.

- El cónyuge notificado del embargo puede interponer los recursos y usar de los medios de impugnación de que dispone el ejecutado para la defensa de los intereses de la comunidad de gananciales.

La RDGRN de 4 de marzo de 1999, respecto de la posición de la esposa cotitular del bien ganancial, pero no titular pasivo de la deuda garantizada, declara que no precisa ser demandada.

Se trata, en definitiva, de coordinar la legislación hipotecaria (arts. 90 a 96 y 144 RH) con la nueva LEC.

2.2. *Ejecución frente al deudor solidario (art. 542)*

Es necesario que todos los deudores solidarios hayan sido parte en el procedimiento para la eficacia del título ejecutivo.

2.3. *Ejecución frente a asociaciones o entidades temporales (art. 543)*

- Sólo podrá despacharse ejecución directamente contra sus socios, si son solidarios, por ley o por pacto.
- Si responden subsidiariamente, para el despacho de la ejecución frente a aquellos, habrá de acreditarse la insolvencia de estas entidades.

2.4. *Entidades sin personalidad jurídica, con excepción de las comunidades de propietarios en régimen de propiedad horizontal*

- Podrá despacharse ejecución frente a los socios, miembros o gestores que hayan actuado en el tráfico en nombre de aquellas entidades.
- No se aplicará esta norma a las comunidades de propietarios en régimen de propiedad horizontal. Solución lógica, pues, aunque carentes de personalidad jurídica, están representadas por su Presidente (art. 13.3 LPH) (15). Y que, además, convierte en un brindis al sol, la declaración de nulidad del artículo 11, último párrafo RH («también podrán practicarse anotaciones preventivas de demanda y de embargo

(15) Otros supuestos recogidos en la nueva LEC son: Ejecución por saldo de operaciones derivadas de contratos formalizados en escritura pública o en póliza intervenida (arts. 572 y 573); ejecución en casos de intereses variables (art. 574); intereses de mora procesal (art. 576), y deuda en moneda extranjera (art. 577).

a favor de las comunidades de propietarios en régimen de propiedad horizontal»), por la STS de 31 de enero de 2001 (*BOE* de 2 de abril de 2001).

3. COLABORACIÓN DEL REGISTRO EN EL PLANTEAMIENTO ECONÓMICO
DE LA EJECUCIÓN

Se manifiesta en los siguientes aspectos:

- a) Derecho a la publicidad formal del Registro. Bajo dos manifestaciones:
- Reclamación de datos al Registro (art. 590). El Tribunal reclamará datos de organismos y registros cuando el ejecutante no pudiera obtenerlos por sí mismo o a través de su procurador, debidamente facultado al efecto por su poderdante.
 - Información de cargas extinguidas o aminoradas en relación con los créditos anteriores que sean preferentes al que sirvió para el despacho de la ejecución (art. 657). Se recogen las siguientes normas:
 - * A petición del ejecutante, el Tribunal se dirigirá a ellos para que informen «sobre la subsistencia actual del crédito garantizado y su actual cuantía» y, caso de subsistir, cantidad pendiente de pago, fecha de vencimiento, plazos, condiciones, intereses moratorios, etc.
 - * Cuando la preferencia resulte de una anotación de embargo, se expresará la cantidad pendiente de pago por principal e intereses vencidos, intereses moratorios y previsión para costas.
 - * A la vista de lo que declaren los acreedores sobre la subsistencia y cuantía, «el Tribunal expedirá los mandamientos que procedan a los efectos previstos en el artículo 144 de la Ley Hipotecaria» (sic).

Es dudoso que esta última referencia lo sea al artículo 144 LH, relativo a la modificación de hipoteca. Las modificaciones que en cuanto al crédito anotado recoge el artículo 657 de la LEC, pueden, desde luego, dar lugar a las operaciones del artículo 144 LH: en esencia, cancelaciones parciales o totales del crédito. Quizá la referencia más precisa debió hacerse a los artículos 79 y 80 LH, que contienen las causas de cancelación total o parcial de las inscripciones y anotaciones preventivas.

- b) Valoración de los inmuebles (art. 666). Del valor de tasación se descontará el importe total garantizado que resulte de la certificación de cargas o, en su caso, el que se haya hecho constar en el Registro conforme al artículo 657 (extractado en la letra anterior).

4. TERCERÍA DE MEJOR DERECHO: EFECTOS EN EL ORDEN DE PAGO

- Podrá interponerse demanda de tercería de mejor derecho, acompañando necesariamente principio de prueba y en ningún caso se admitirá segunda tercería de mejor derecho (art. 614).
- Procederá desde que se haya embargado el bien y no se admitirá después de haberse entregado al ejecutante la suma obtenida o en caso de adjudicación de los bienes embargados (art. 615).
- La ejecución continuará hasta realizar los bienes embargados, depositando lo que se recaude en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones (art. 616).
- La sentencia resolverá sobre la existencia del privilegio y orden en que los créditos deben ser satisfechos o desestimará la tercería (art. 620).

5. SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN EN CASO DE SITUACIONES CONCURSALES (ART. 568)

- Por el Tribunal en cuanto sea notificado que el ejecutado se encuentra en situación de suspensión de pagos, concurso o quiebra.
- Pero tales situaciones no impedirán el inicio de la ejecución singular, si ésta se limitare a los bienes previamente hipotecados o pignoralos en garantía de la deuda reclamada.

La declaración de quiebra del deudor no paraliza por sí sola la acción hipotecaria, aunque esté la hipoteca comprendida en el período de retroacción, sino que precisa una acción *ad hoc* en proceso declarativo, dado el principio de legitimación registral de los artículos 1 y 38 LH (Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 30 de diciembre de 1993 y RDGRN de 8 de noviembre de 1990). La declaración de quiebra posterior a la hipoteca afectada por el período de retroacción, no puede cancelarse como carga posterior, sino que requiere mandamiento expreso (RDGRN de 14 de noviembre de 1990). Y procede el sobreseimiento del procedimiento judicial sumario cuando ha sido inscrito el título constitutivo de la hipoteca con posterioridad a la suspensión de pagos (STS de 2 de abril de 1986).

La STS de 15 de noviembre de 1991 (a la que sigue la de 12 de diciembre de 1995) (16) declara la nulidad radical de todos los actos realizados por el quebrado, que no puede ser subsanada por la inscripción en el Registro de la Propiedad y arrastra... la inoperancia de los preceptos hipotecarios, por no reconocer a tales efectos la condición de terceros protegidos a los que derivan su causa del quebrado por actos de disposición o administración de sus bienes... los artículos 33, 34 y 37 LH son inaplicables al caso... siendo indiferente la buena o mala fe de los adquirentes o subadquirentes de los bienes del quebrado, puesto que la Ley no hace distinciones.

Como dice GARCÍA GARCÍA (17), está en juego el principio constitucional de seguridad jurídica del artículo 9 CE, pues se produce indefensión inconstitucional de los terceros adquirentes que nada saben de una fecha fijada a sus espaldas. En este sentido, la STS de 22 de marzo de 1985 alude a la nulidad *ipso iure* como próxima a la inconstitucionalidad. El artículo 14 CE impide mantener «un privilegio del gremio de comerciantes» frente a consumidores y propietarios que adquieren para viviendas y locales.

La RDGRN de 20 de enero de 1986 (18) declara que al no existir en los asientos ninguna causa de resolución, los terceros adquirentes y subadquirentes «al no haber sido citados ni oídos en juicio estarían en situación de indefensión», y no cabe la cancelación de sus asientos sin cumplir lo dispuesto en el artículo 82.1.º LH.

La RDGRN de 7 de enero de 1999 (19) expresa que la declaración de quiebra no produce efecto automático respecto a la acumulación de ejecuciones ni a la nulidad de actos por su retroactividad, frente a quienes no han sido parte en su determinación (cfr. art. 1.024 del Código de Comercio de 1829, en relación con el art. 24 CE).

El artículo 10 de la Ley del Mercado Hipotecario establece una excepción al artículo 878, que limita la nulidad a los casos de fraude y exige que la demanda se inste por los síndicos de la quiebra.

6. RESPETO A LA SITUACIÓN REGISTRAL EN EL CONVENIO DE REALIZACIÓN DE BIENES (ART. 640)

- El convenio, judicialmente aprobado, ha de serlo entre el ejecutante, el ejecutado y quien acredite interés directo en la ejecución.

(16) ARJ 9606/1995. Ponente: Burgos Pérez de Andrade.

(17) GARCÍA GARCÍA, J. M., «La seguridad jurídica y la retroacción de la quiebra. Crítica a la sentencia de 15 de noviembre de 1991», en *RCDI*, núm. 610, mayo-junio de 1992, págs. 1359 y sigs.

(18) BOE de 17 de febrero.

(19) BOE de 9 de febrero.

- Cuando el convenio se refiera a bienes susceptibles de inscripción registral será necesaria, para su aprobación, la conformidad de los acreedores y terceros poseedores que hubieran inscrito o anotado sus derechos en el Registro correspondiente con posterioridad al gravamen que se ejecuta.

7. CONDICIONES REGISTRALES EN LA REALIZACIÓN POR PERSONA O ENTIDAD ESPECIALIZADA (ARTS. 641 Y 642)

- Lo dispuesto en la LEC sobre subsistencia y cancelación de cargas es aplicable a la realización por convenio o por persona o entidad especializada.
- Aprobada la transmisión por el Tribunal de la ejecución mediante providencia, se aplicará lo dispuesto para la subasta de inmuebles por lo que se refiere a la distribución de sumas recaudadas, inscripción del derecho del adquirente y cancelación de cargas (art. 642.2, en relación con los arts. 668.3.º y 764.2).

8. REQUERIMIENTO DE PAGO Y EMBARGO DE BIENES (ARTS. 580 A 583) (20).
AMPLIACIÓN DE LA EJECUCIÓN (ART. 578)

8.1. *Requerimiento de pago y embargo*

- Requerimiento judicial de pago, por la cantidad de despacho de la ejecución (vid. art. 575), salvo que a la demanda ejecutiva «se haya acompañado acta notarial que acredite haberse requerido de pago al ejecutado con al menos diez días de antelación».
- Si paga, se dará por terminada la ejecución.
- Si requerido el ejecutado no paga, «el Tribunal procederá al embargo de sus bienes...»

8.2. *Ampliación de la ejecución*

- La ampliación de la ejecución, por razón de nuevos vencimientos de capital e intereses de la misma obligación en cuya virtud se procede, será razón suficiente para la mejora del embargo y podrá hacerse constar en la anotación preventiva (art. 578).

(20) Regula la nueva LEC *el embargo procesal como garantía de la ejecución en diversos supuestos*: embargo de dinero o divisas convertibles (art. 621); embargo por intereses, rentas o frutos (art. 622); embargo por valores o instrumentos financieros (art. 623).

Hay que insistir que la prioridad de la nueva anotación por ampliación será la correspondiente a su acceso registral.

9. MOMENTO DEL EMBARGO: LA ANOTACIÓN PREVENTIVA NO ES CONSTITUTIVA DEL EMBARGO (ART. 587)

- El embargo se entenderá hecho desde que se decreta por resolución judicial o se reseña la descripción de un bien (vid. art. 592 sobre el orden procesal de los embargos) en el acta de la diligencia de embargo, aunque no se hayan adoptado aún medidas de garantía o publicidad de la traba.
- Se entiende lo anterior sin perjuicio de las normas de protección del tercero de buena fe que deban ser aplicadas.

Se resuelve, pues, negativamente, la vieja polémica sobre el valor de la anotación preventiva como constitutiva del embargo.

9.1. *Embargo de bienes de tercero y tercería de dominio (arts. 593 a 604)*

- Si se trata de bienes presumiblemente de un tercero, se dictará providencia y se le hará saber a los efectos de su defensa.
- Si se trata de bienes cuyo dominio es susceptible de inscripción registral, se ordenará el embargo a no ser que el tercero acredite ser titular registral mediante la oportuna certificación del registrador.
- Si el bien es la vivienda familiar del tercero y éste presenta documento privado de adquisición y las partes manifiestan su conformidad en que no se realice el embargo, «el Tribunal se abstendrá de acordarlo» (art. 593).
- Si el verdadero titular no hace valer sus derechos por medio de la tercería de dominio (y, lógicamente, la inscripción), no podrá impugnar la enajenación de los bienes embargados (art. 594).
- La tercería podrá interponerse desde que se haya embargado el bien, aunque el embargo sea preventivo, y el Juez la rechazará de plano si no se acompaña un principio de prueba (art. 596).
- No se permitirán segundas y ulteriores tercerías sobre los mismos bienes (art. 597).
- En la tercería de dominio no se admitirá más pretensión del tercerista que la dirigida al alzamiento del embargo (art. 601) y el auto que estime la tercería decretará la cancelación de la anotación preventiva del embargo (art. 604).

9.2. *Reembargo y embargo del sobrante (arts. 610 y 611)*

- Los bienes o derechos embargados podrán ser reembargados, otorgando al reembargante el derecho a percibir el producto de lo que se obtenga de la realización de los bienes reembargados, una vez satisfechos los derechos de los ejecutantes.
- Podrá pedirse el embargo del sobrante en la realización. La cantidad sobrante se ingresará en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones.
- Cuando los bienes realizados sean inmuebles se ingresará la cantidad que sobre después de pagado el ejecutante, así como los acreedores que tengan su derecho inscrito o anotado con posterioridad al del ejecutante y que tengan preferencia sobre el acreedor a cuyo favor se decretó el embargo del sobrante.

9.3. *Mejora, reducción y modificación del embargo (arts. 612 y 613)*

- Se podrá proveer por el Tribunal mediante providencia, en caso de cambio de circunstancias (tercería, insuficiencia de los bienes, etc.).
- Cuando los bienes sean de la clase que permitan anotación preventiva de su embargo, la responsabilidad de los terceros poseedores que hubieran adquirido los bienes en otra ejecución, tendrá como límite las cantidades que, para la satisfacción del principal, intereses y costas, aparecieren consignadas en la anotación en la fecha en que aquellos hubieran inscrito su adquisición.
- El ejecutante podrá pedir que se mande hacer constar en la anotación preventiva de embargo el aumento de la cantidad prevista en concepto de intereses devengados durante la ejecución y de costas, acreditando que unos y otras han superado la cantidad que, por tales conceptos, constare en la anotación anterior.

Hay que hacer notar que estas modificaciones en el embargo y su traducción registral en la anotación preventiva, ya practicada, en cuanto a sus repercusiones respecto de terceros, están afectadas por la aplicación estricta de la prioridad registral.

9.4. *La anotación preventiva, garantía del embargo de inmuebles (art. 629)*

Cuando el embargo recaiga sobre bienes inmuebles u otros bienes o derechos susceptibles de inscripción registral, el Tribunal, a instancias del ejecutante, librará mandamiento para que se haga anotación preventiva de em-

bargo en el Registro de la Propiedad o anotación de equivalente eficacia en el Registro que corresponda.

El mismo día de su expedición se remitirá el mandamiento por fax desde el Tribunal al Registro de la Propiedad, donde se extenderá el correspondiente asiento de presentación, quedando en suspenso la práctica de la anotación hasta que se presente el documento original en la forma prevista por la legislación hipotecaria.

Si el bien no estuviere inmatriculado, o si estuviere inscrito a favor de persona distinta del ejecutado, pero de la que traiga causa el derecho de éste, podrá tomarse anotación preventiva de suspensión de la anotación del embargo en la forma y con los efectos previstos en la legislación (véase equivalente art. 105 RH).

9.5. *Duración de las anotaciones preventivas (art. 86 LH)*

- Caducarán a los cuatro años de la fecha de la anotación misma, salvo aquéllas que tengan señalado en la Ley un plazo más breve.
- Podrán prorrogarse por un plazo de cuatro años más, a instancia de los interesados o por mandato de las autoridades que las decretaron y siempre que el mandamiento ordenando la prórroga sea presentado antes de que caduque el asiento.
- La anotación prorrogada caducará a los cuatro años de la fecha de la anotación misma de prórroga.
- Podrán practicarse sucesivas ulteriores prórrogas en los mismos términos.
- La caducidad se hará constar en el Registro a instancia del dueño del inmueble a derecho real afectado.

Según la Instrucción de la DGRN de 12 de diciembre de 2000, en cuanto a Derecho transitorio de las anotaciones anteriores a 8 de enero de 2001, la fecha determinante del nuevo régimen será la de presentación en el Registro de la Propiedad del mandamiento de prórroga a partir de la entrada en vigor de la nueva LEC, a diferencia del régimen aún vigente, en el que las anotaciones preventivas prorrogadas, antes de la entrada en vigor de la LEC, lo son de manera indefinida (vid. art. 199 RH).

10. EJECUCIÓN EN BIENES MUEBLES (ARTS. 643 A 654):
ATENCIÓN AL MODERNO REGISTRO DE BIENES MUEBLES

- El artículo 655.1 establece que las normas sobre subasta de inmuebles se aplican también a «las de bienes muebles sujetos a un régimen de publicidad registral similar al de aquéllos».
Actualmente, ha de tenerse en cuenta la existencia del Registro de Bienes Muebles como instrumento de identificación de importantes categorías de bienes muebles a efectos de ejecución: Disposición Adicional única del Real Decreto 1828/1999, de 3 de diciembre, que aprueba el Reglamento de Condiciones Generales de la Contratación.
- El precio del remate se entregará al ejecutante a cuenta de la cantidad por la que se hubiera despachado la ejecución y, si sobrepasare dicha cantidad, se retendrá el remanente a disposición del Tribunal (art. 654).

11. EJECUCIÓN EN INMUEBLES: CERTIFICACIÓN DE DOMINIO Y CARGAS
(ART. 656). BIEN INSCRITO A NOMBRE DE PERSONA DISTINTA
DEL EJECUTADO (ART. 658). TITULACIÓN (ARTS. 663 A 665)

11.1. *Certificación de dominio y cargas y nota marginal de su expedición:*

- «El Tribunal librará mandamiento al Registrador a cuyo cargo se encuentre el Registro de que se trate para que remita al Juzgado certificación en la que consten los siguientes extremos:
 - 1.º La titularidad del dominio y demás derechos reales del bien o derecho gravado.
 - 2.º Los derechos de cualquier naturaleza que existan sobre el bien registrable embargado, en especial, relación completa de las cargas inscritas que lo graven o, en su caso, que se halla libre de cargas» (art. 656.1).
- El Registrador hará constar por nota marginal la expedición de la certificación, expresando la fecha y el procedimiento a que se refiera (art. 656.2).

11.2. *Bien inscrito a nombre de tercero*

- Si resulta de la certificación que el bien embargado se encuentra inscrito a nombre de persona distinta del ejecutado, el Tribunal «ordenará

alzar el embargo, a menos que el procedimiento se siga contra el ejecutado en concepto de heredero de quien apareciere como dueño en el Registro o que el embargo se hubiere trabado teniendo en cuenta tal concepto» (art. 658, párr. 1.º).

- Si la inscripción de dominio a nombre de persona distinta del ejecutado fuera posterior a la anotación del embargo, se mantendrá éste (art. 658, párr. 2.º).

11.3. *Tercer poseedor: efectos de su intervención*

Del artículo 662.1 se sigue que tercer poseedor es el adquirente del inmueble que se ejecuta «antes de que se venda o adjudique en la ejecución... y después de haberse anotado su embargo o de consignado registralmente el comienzo del procedimiento de apremio». Y considera, asimismo, terceros poseedores a los adquirentes del usufructo o dominio útil de la finca hipotecada o embargada, o bien la propiedad o dominio directo (art. 662.2).

Al tercer poseedor, así definido, se le reconocen los siguientes derechos:

- Que, «acreditando la inscripción de su título, podrá pedir que se le exhiban los autos en la Secretaría, lo que se acordará sin paralizar el curso del procedimiento, entendiéndose también con él las actuaciones ulteriores» (art. 662.1).
- Que «en cualquier momento anterior a la aprobación del remate o a la adjudicación al acreedor..., podrá liberar el bien satisfaciendo lo que se deba al acreedor por principal, intereses o costas, dentro de los límites de la responsabilidad a que esté sujeto el bien» (art. 662.3).
- Si se trata de terceros poseedores que hubieran adquirido el bien en otra ejecución anterior, su responsabilidad tendrá como límite las cantidades que para la satisfacción del principal, intereses y costas, aparecieran consignadas en la inscripción (de hipoteca o, en su caso, en la anotación de embargo) en la fecha en que aquéllos hubieran inscrito su adquisición (art. 662.3 en relación con el art. 613.3) (21).

(21) Desde un punto de vista doctrinal (vid. GARCÍA-BERNARDO LANDETA, ALFREDO, «La subrogación real en la hipoteca y el embargo», en *RCDI*, núm. 649, noviembre-diciembre de 1998, págs. 1949 y sigs.), parece razonable lo siguiente, en cuanto a los efectos de la intervención del tercer poseedor:

— Si opta por intervenir en la subasta y resulta rematante de la finca, su inscripción de dominio posterior a la hipoteca ejecutada será cancelada con el mandamiento del actual artículo 134 (anterior regla 17.ª del art. 131). En cambio, obtiene un nuevo título de adjudicación en el testimonio del auto, diferente en precio, condiciones y causa del que ostentaba.

11.4. *Titulación inscrita de los inmuebles embargados (arts. 663 a 665)*

- En la misma resolución en que se mande expedir certificación de dominio y cargas, el Tribunal podrá requerir al ejecutado para que, en el plazo de diez días, presente los títulos de propiedad, si el bien está inscrito en el Registro.
- Si no los presenta, el Tribunal los obtendrá de los registros o archivos en que se encuentren, facultando al procurador.
- Cuando no existieren títulos de dominio podrá suplirse su falta por los medios establecidos en la Ley Hipotecaria (art. 199: expediente de dominio, título público, certificación administrativa de dominio).
- Pero podrá celebrarse la subasta sin suplencia de títulos, con la condición de que el rematante verifique la inscripción omitida, antes o después del otorgamiento de la escritura de venta.

12. COMUNICACIONES DEL REGISTRADOR: SU FORMA (ARTS. 659 Y 660)

12.1. *(La materia está más ampliamente desarrollada en relación con la ejecución hipotecaria, que remite a la ejecución ordinaria)*

En cuanto a la forma de practicarse las comunicaciones, se establece (art. 660):

— Si opta por satisfacer antes del remate el importe de lo reclamado, se produce la terminación del procedimiento al quedar pagado el acreedor, dictando el Juez el correspondiente auto. Y sin que afecte a titulares posteriores, pues paga exclusivamente la cantidad reclamada por razón de la hipoteca y no un precio de remate; por eso, no hay cancelación de estos asientos posteriores). La duda es si basta el mandamiento judicial para la cancelación de la hipoteca base del procedimiento, pues, en principio, sólo podrá decretar la cancelación de la nota marginal como consecuencia natural de la terminación del procedimiento. El mandamiento sólo reflejará el pago de la parte reclamada que no suele coincidir con el total. Tendría el actor que manifestar al Juez su consentimiento para la cancelación total de la hipoteca, ante la falta de congruencia de la decisión judicial.

— Puede también el tercer poseedor quedar a la espera de la adjudicación al mejor postor y, si existe sobrante en la subasta, una vez pagados los titulares de derechos reales y acreedores posteriores, podrá recibir el sobrante de ese sobrante (vid. actual art. 692 LEC, antes regla 16.^a del art. 131 LH).

— En cambio, nada se decía en la regla 5.^a del artículo 131, ni se dice en el actual artículo 662 (ni en su remisión del art. 613.3) de la facultad de subrogación por pago en la hipoteca del actor por parte del tercer poseedor, a diferencia de lo que se prevé para otros «titulares de derechos inscritos con posterioridad al gravamen» (vid. art. 659.1 y 3 en relación con el art. 689 LEC). No obstante, el artículo 134 anterior LH, y el actual artículo 662 LEC, regulan la continuación del procedimiento con el tercer poseedor «acreditando la inscripción de su título».

- Se practicarán en el domicilio que conste en el Registro, por correo o telégrafo con acuse de recibo u otro medio fehaciente.
- Si no consta el domicilio en el Registro o la comunicación fuese devuelta, el Registrador practicará nueva comunicación mediante edicto en el tablón de anuncios del Registro, que se publicará durante quince días.
- No obstante, la ausencia de las comunicaciones del Registro o sus defectos de forma no serán obstáculo para la inscripción del derecho de quien adquiera el inmueble en la ejecución.
- En la certificación de dominio y cargas se expresará que se han remitido las comunicaciones.

12.2. *Comunicación de la ejecución a arrendatarios y a ocupantes de hecho (art. 661)*

Se les notificará la ejecución para que presenten los títulos justificativos de su situación, y en los anuncios de la subasta se expresará tal situación o que el inmueble está desocupado.

13. LA CERTIFICACIÓN REGISTRAL EN LOS ANUNCIOS DE LA SUBASTA (ART. 668)

- Identificación de la finca y su valoración inicial.
- Que la certificación registral y en su caso la titulación sobre el inmueble o inmuebles que se subastan están de manifiesto en la Secretaría.
- Que se entenderá que todo licitador acepta como bastante la titulación existente o que no existen títulos.
- Que las cargas o gravámenes anteriores, si los hubiere, al crédito del actor, continuarán subsistentes y que, por el solo hecho de participar en la subasta, el licitador los admite y acepta quedar subrogado en la responsabilidad derivada de aquéllos, si el remate se adjudicare a su favor.

14. FACULTAD DE PAGO DEL DEUDOR HASTA LA APROBACIÓN DEL REMATE O ADJUDICACIÓN (ART. 670.7) Y DESTINO DE LAS SUMAS OBTENIDAS (ART. 672 EN RELACIÓN CON EL ART. 654)

- En cualquier momento anterior a la aprobación del remate o de la adjudicación al acreedor, podrá el deudor liberar sus bienes pagando íntegramente lo que se deba al ejecutante por principal, intereses y costas (art. 670.7).

- El remanente, si lo hubiere, se retendrá para el pago de quienes tengan su derecho inscrito o anotado con posterioridad al del ejecutante. Y, si aún hubiera sobrante, se entregará al ejecutado o al tercer poseedor.

15. TÍTULO DE PROPIEDAD Y TÍTULO CANCELATORIO EN EL PROCEDIMIENTO EJECUTIVO ORDINARIO (ART. 674)

15.1. *Inscripción de la adquisición (art. 674.1)*

«1. Será título bastante para la inscripción en el Registro de la Propiedad, el testimonio expedido por el Secretario Judicial, comprensivo del auto de aprobación del remate, de la adjudicación al acreedor o de la transmisión por convenio de realización o por persona o entidad especializada, y en el que se exprese, en su caso, que se ha consignado el precio, así como las demás circunstancias necesarias para la inscripción con arreglo a la legislación hipotecaria. El testimonio expresará, en su caso, que el rematante ha obtenido crédito para atender al pago del precio del remate y, en su caso, el depósito previo, indicando los importes financiados y la entidad que haya concedido el préstamo, a los efectos previstos en el artículo 134 de la Ley Hipotecaria.

15.2. *Cancelación de cargas (art. 674.2)*

«2. A instancia del adquirente, se expedirá, en su caso, mandamiento de cancelación de la anotación o inscripción del gravamen que haya originado el remate o la adjudicación. Asimismo, se mandará la cancelación de todas las inscripciones y anotaciones posteriores, incluso las que se hubieran verificado después de expedida la certificación prevenida en el artículo 656, haciéndose constar en el mismo mandamiento que el valor de lo vendido o adjudicado fue igual o inferior al importe total del crédito del actor y, en el caso de haberlo superado, que se retuvo el remanente a disposición de los interesados. También se expresarán en el mandamiento las demás circunstancias que la legislación hipotecaria exija para la inscripción de la cancelación.»

En cuanto a los requisitos del mandamiento, dice la RDGRN de 29 de diciembre de 1998, que deben expresarse las cantidades objeto de reclamación y constar el requerimiento de pago al deudor en el domicilio pactado. El Registrador puede calificar el cumplimiento de los requisitos legales que evitan el riesgo de indefensión del titular registral.

Por su parte, la RDGRN de 15 de enero de 1999, en relación con el procedimiento judicial sumario, declara que el mandamiento cancelatorio debe estar redactado con claridad, de modo que la cantidad reclamada en el pro-

cedimiento (que es de cuantía superior a la responsabilidad hipotecaria de la finca) no cree ambigüedad sobre la cantidad que el propietario de la finca debe desembolsar para conseguir el sobreseimiento del procedimiento o la que los terceros titulares de cargas posteriores han de abonar para subrogarse en la posición del acreedor satisfecho.

Aunque ambos documentos contienen el auto de adjudicación (con efectos de título de dominio o con efectos de orden del Juez de práctica de las cancelaciones) no siempre se presentaban simultáneamente, de modo que permitieran una única mecánica registral. Cabía que se practicara la inscripción del testimonio del auto de adjudicación sin que se practicaran todavía las cancelaciones, bien por no presentarse el mandamiento, o por defectos en lo relativo a las consignaciones.

Cabía, también, a la inversa, que se presentara el mandamiento cancelatorio sin presentarse el testimonio del auto. No era recomendable su previo despacho, pues, si se cancelaban asientos, incluyendo la hipoteca base del procedimiento, y no se practicaba la inscripción de dominio, no quedaba cerrado el Registro a actuaciones dirigidas contra el primitivo titular registral.

El Registrador, desde luego, podía aplicar la idea de falta de congruencia y no practicar las cancelaciones sin que se presente el testimonio del auto. Lo adecuado era practicar simultáneamente ambas operaciones (se citaban como base las Resoluciones de la DGRN de 30 de abril y 22 de mayo de 1936). Pero el riesgo apuntado existía (22). La situación ha quedado resuelta con los nuevos artículos 133 LH y 674 LEC.

(22) ¿Es inscribible el auto de adjudicación del dominio de una finca cuando deriva de una anotación de embargo de un crédito hipotecario?

Se entiende (vid. *BCRE*, núm. 50, julio de 1999, pág. 2303. Notas prácticas a cargo de MANUEL AMORÓS GUARDIOLA) que cabe inscribir la adjudicación al no existir asientos contradictorios y figurar el dominio todavía inscrito a nombre del deudor. Pero procede denegar la cancelación de las anotaciones intermedias, pues no se sabía cuál es la anotación base del procedimiento: si la primera que embargó el crédito o la que embargó el dominio posterior.

Existiría, además, una incongruencia del mandato con el procedimiento seguido si se tratase de la ejecución de la anotación que recaía sobre el crédito hipotecario, que (según la mayoría de los opinantes) no impediría la inscripción de la adjudicación, pero sí la cancelación de las cargas.

Sobre si cabe inscribir un auto de adjudicación del artículo 131 LH, cuando éste ha sido apelado, se estima (vid. *BCRE*, núm. 44, enero de 1999, pág. 352. Notas prácticas a cargo de MANUEL AMORÓS GUARDIOLA) que debe suspenderse la inscripción por no constar la firmeza y, conforme señala el artículo 2.182 LEC, por no estar la causa aplicada comprendida entre las de suspensión de la LH.

16. POSESIÓN JUDICIAL Y OCUPACIÓN DEL INMUEBLE (ART. 675 EN RELACIÓN CON EL ART. 661)

Extractamos las siguientes reglas:

- Si no se hallare ocupado y el adquirente lo solicita, se le pondrá en posesión del inmueble.
- Si estuviera ocupado, se procederá de inmediato al lanzamiento, previa comunicación a arrendatarios y ocupantes (vid. art. 661), sin perjuicio del ejercicio por éstos de los derechos que crean asistirles.
- El auto que resolviere sobre el lanzamiento de los ocupantes de un inmueble dejará a salvo los derechos de los interesados, que podrán ejercitarse en el juicio correspondiente.

V. LA INTERVENCION REGISTRAL EN EL PROCEDIMIENTO SOBRE EJECUCION DINERARIA DE LA NUEVA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL CON LAS PARTICULARIDADES QUE ESTABLECE CUANDO SE TRATA DE BIENES HIPOTECADOS

1. LA BASE REGISTRAL DE LA HIPOTECA, FUNDAMENTO DEL PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN (ART. 130 LH)

Señala GÓMEZ GÁLLIGO (23) que la nueva LEC regula el ejercicio de la acción hipotecaria como acción específicamente registral. El nuevo artículo 130 LH dispone que «el procedimiento de ejecución directa contra los bienes hipotecados sólo podrá ejercitarse como realización de una hipoteca inscrita y, dado su carácter constitutivo, sobre la base de los extremos contenidos en el asiento respectivo».

Es decir, no se opta por la naturaleza procesal de la hipoteca.

2. REQUISITOS DE APLICACIÓN DEL PROCEDIMIENTO (ART. 682)

Los requisitos de la escritura de constitución de la hipoteca, para que pueda utilizarse el nuevo procedimiento, en principio, siguen siendo los tradicionales:

(23) GÓMEZ GÁLLIGO, FRANCISCO JAVIER, «Acciones registrales en el Proyecto de Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil», en *Boletín del Centro de Estudios Registrales de Cataluña*, núm. 83, marzo-abril de 1999, págs. 379 y sigs.

- Que se determine el precio en que los interesados tasan la finca o bien hipotecado para que sirva de tipo en la subasta.
- Que conste un domicilio, que fijará el deudor, para la práctica de los requerimientos y de las notificaciones.

Pero el principio de domicilio único quiebra en el nuevo artículo 683.1, al disponer que, por medio de acta notarial, «el deudor y el hipotecante no deudor podrán cambiar el domicilio que hubieren designado...». Es decir, en caso de hipoteca por deuda ajena, en la escritura deben figurar ambos domicilios.

Y en relación con «los terceros adquirentes de bienes hipotecados (el domicilio) será el que aparezca designado en la inscripción de su adquisición», aunque puede cambiarlo (art. 683.3). Antes (art. 131.3.^a) era «el domicilio que resulte vigente en el Registro».

3. REQUISITOS DE LA DEMANDA EJECUTIVA

Deberá dirigirse frente al deudor o, en su caso, frente al hipotecante no deudor o tercer poseedor. A la misma se acompañarán el título de crédito con fuerza ejecutiva y, si no pudiese presentarse el título inscrito, se acompañará «certificación del Registro que acredite la inscripción y subsistencia de la hipoteca» (art. 685.1 y 2).

Pero constituye novedad la ejecución de hipotecas constituidas a favor de una Entidad de las que legalmente pueden llegar a emitir cédulas hipotecarias o que, al iniciarse el procedimiento, garanticen créditos y préstamos afectos a una emisión de bonos hipotecarios. En este caso, «bastará la presentación de una certificación del Registro de la Propiedad que acredite la inscripción y subsistencia de la hipoteca», completada «con cualquier copia autorizada de la escritura de hipoteca, que podrá ser parcial comprendiendo tan sólo la finca o fincas objeto de la ejecución» (art. 685.4).

4. TERCERÍA DE DOMINIO (ART. 696)

Requiere como requisitos (art. 696.1):

- Que a la demanda ejecutiva se acompañe título de propiedad de fecha fehaciente anterior a la constitución de la garantía.
- Que si se trata de bienes inscribibles, dicho título habrá de estar inscrito a favor del tercerista o de su causante con fecha anterior a la inscripción de la garantía, lo que se acreditará con certificación registral acreditativa de la inscripción y de no aparecer extinguido ni cancelado en el Registro el asiento de dominio.

5. REQUERIMIENTO INICIAL DE PAGO: EFECTOS

En el mismo auto en que se despache ejecución se mandará que se requiera de pago al deudor y, en su caso, al hipotecante no deudor o al tercer poseedor contra quienes se hubiere dirigido la demanda, salvo que se acredite haberse efectuado extrajudicialmente, acompañando a la demanda ejecutiva la oportuna acta notarial acreditativa del requerimiento con diez días de antelación al menos; y «sin perjuicio de la notificación al deudor del despacho de la ejecución» (art. 686, en relación con el 581.2).

Si, ante el requerimiento inicial de pago, notarial o judicial, el deudor paga, como decía GUASP (24), en relación con el judicial sumario del artículo 131 LH, habrá terminado el procedimiento.

La consecuencia registral lógica es que el deudor hipotecante, el hipotecante no deudor o el tercer poseedor exijan el otorgamiento de la correspondiente escritura de carta de pago y cancelación, pues el procedimiento de ejecución propiamente dicho no se habrá iniciado y estamos ante un acto extrajudicial, la extinción de la obligación asegurada por pago, y no su satisfacción en vía de apremio. Es decir, la resolución del Juez dando por sobreseído el procedimiento, no sería título suficiente para la cancelación.

6. OPOSICIÓN A LA EJECUCIÓN: VALOR CANCELATORIO DE LA CERTIFICACIÓN REGISTRAL (ART. 695)

Entre las causas que se citan destacamos la necesidad de presentar certificación del Registro expresiva de la cancelación de la hipoteca, o la escritura de carta de pago y cancelación (lógicamente con la nota de despacho firmada por el Registrador) cuando se alegue como causa de oposición la extinción de la garantía o de la obligación garantizada (art. 695.1.^a).

7. CERTIFICACIÓN DE DOMINIO Y CARGAS Y NOTA MARGINAL DE EXPEDICIÓN (ART. 688 EN RELACIÓN CON EL ART. 656 DE LA EJECUCIÓN ORDINARIA)

7.1. *Normativa*

Dice el artículo 688 que «...se reclamará del registrador certificación en la que consten los extremos a que se refiere el apartado 1 del artículo 656 (Titularidad del dominio y demás derechos reales y derechos de cualquier

(24) GUASP, JAIME, *La ejecución procesal en la Ley Hipotecaria*, págs. 164 y sigs.

naturaleza, cargas que graven la finca o que se halla libre de cargas) y en la que se exprese, asimismo, que la hipoteca en favor del ejecutante se halla subsistente y sin cancelar o, en su caso, la cancelación o modificaciones que aparecieran en el Registro».

«El registrador hará constar por nota marginal en la inscripción de hipoteca que se ha expedido la certificación de dominio y cargas, expresando su fecha y la existencia del procedimiento a que se refiere.

En tanto no se cancele por mandamiento judicial dicha nota marginal, el registrador no podrá cancelar la hipoteca por causas distintas de la propia ejecución.

Si de la certificación resultare que la hipoteca en la que el ejecutante funda su reclamación no existe o ha sido cancelada, el Tribunal dictará auto poniendo fin a la ejecución. Contra esta resolución podrá interponerse recurso de apelación».

7.2. *Importancia de la certificación de cargas*

La doctrina destaca de la certificación de cargas (25):

- La importancia de que sea literal para que el Juez pueda conocer los pactos de asunción o subrogación de tercer poseedor, consentidos o que consienta ahora el acreedor, a efectos de seguir las actuaciones con el adquirente y no con el deudor primitivo.
- Que han de incluirse los asientos de presentación del diario pendientes de despacho, cuyos interesados deben ser notificados, en su caso (vid. RDGRN de 24 de agosto de 1981).
- Que han de incluirse tanto las cargas anteriores a la hipoteca como las posteriores, precisando su rango. No puede olvidarse que las cargas anteriores quedarán subsistentes después de la ejecución, dado el principio de subsistencia y no de liquidación —y subsiguiente cancelación— que implantó la Ley de 1909 y ahora se recoge en el artículo 670.5 de la nueva LEC (antes 133.2.º y regla 8.ª, art. 131 LH), y deben ser conocidas por los postores a efectos de puja en la subasta, ya que han de subrogarse en la responsabilidad de tales cargas.
- Respecto a las cargas posteriores a la hipoteca que se ejecuta han de precisarse, puesto que serán purgadas y canceladas como consecuencia de la ejecución hipotecaria en virtud de mandamiento judicial y sus titulares han de ser notificados de la existencia del procedimiento y

(25) Vid. GARCÍA GARCÍA, *El procedimiento judicial sumario...*, cit., págs. 203 y sigs.

también para la consignación y distribución del sobrante por el orden del Registro, es decir, conforme a su rango. Y puede suceder que algunas cargas posteriores a la hipoteca tengan rango preferente, bien por posposición, bien porque tengan su prioridad basada en un asiento anterior (v.gr., ejercicio de una opción de compra).

- La expresión de que se halla subsistente y sin cancelar la hipoteca a favor del actor y a qué hipoteca se refiere la ejecución cuando haya varias inscritas, pues ello tendrá repercusión en la cancelación de unas cargas y la subsistencia de otras.
- Que si de la certificación resulta la cancelación previa de la hipoteca base del procedimiento, el Juez deberá sobreseerlo.

7.3. *Nota marginal de expedición de la certificación de cargas*

La nota marginal acreditativa de la expedición de la certificación de cargas produce importantes efectos (26):

- Sirve de notificación a los titulares registrales posteriores a dicha nota a los que el Juez no puede notificar. Se impone al Registrador (vid. art. 434 RH) relación circunstanciada del procedimiento en la nota de despacho de los títulos inscritos después.

Este efecto de notificación lo ha declarado la DGRN (Resoluciones de 23 de abril de 1969, 24 de agosto de 1981 y 4 de mayo de 1982) y el TS (sentencias de 22 de abril de 1987 y 10 de junio de 1991).

- Produce efecto de condición resolutoria de las inscripciones y anotaciones practicadas con posterioridad a la nota que se cancelan mediante expresión genérica, sin necesidad de que el mandamiento judicial cancelatorio las individualice o detalle (vid. art. 233 RH) (27).
- Los titulares posteriores a la nota no pueden ser considerados terceros a efectos del procedimiento, salvo que se personen en el procedimiento y soliciten que se entiendan los autos con ellos (vid. art. 134 LH anterior, actual art. 659.2 LEC), pues de otro modo el Juez no podrá conocer su existencia.

(26) Vid. GARCÍA GARCÍA, *El procedimiento judicial sumario...*, cit., pág. 208 y sigs.

(27) Se recoge este efecto en las Resoluciones de la DGRN de 20 de enero de 1960 y 27 de noviembre de 1961. Esta última declara que la nota marginal «no implica un cierre registral, sino que más bien opera como una condición resolutoria cuyo juego determinará la cancelación de todos los asientos practicados con posterioridad al de hipoteca que sea base del procedimiento, según lo dispuesto en el artículo 233 del Reglamento Hipotecario».

- Mientras la nota está vigente prueba que una hipoteca está en fase de ejecución, de realización de valor y, en consecuencia, no puede practicarse la cancelación de la hipoteca por medio de una escritura pública de cancelación y carta de pago, sin que previamente se realice la cancelación de la nota marginal en virtud de mandamiento judicial en que conste el desistimiento del procedimiento.

Las Resoluciones de la DGRN de 24 de abril de 1991 y 6 de septiembre de 1992 habían confirmado esta doctrina que, con la nueva LEC, es norma legal impuesta por el artículo 688.2, párrafo segundo.

8. COMUNICACIONES Y REQUERIMIENTOS

8.1. *Del Registrador al Tribunal, tanto en la ejecución ordinaria como en la hipotecaria (art. 135 LH)*

El Registrador debe comunicar:

- Al Juez ante quien se sustancie un procedimiento ejecutivo.
- Incluso cuando recaiga directamente sobre bienes hipotecados.
- La extensión de ulteriores asientos que puedan afectar a la ejecución.

El artículo 1.453.2 LEC anterior, conforme a la Ley 10/1992, de 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal, establecía lo siguiente: «El registrador deberá comunicar al órgano judicial la existencia de ulteriores asientos que pudieran afectar al embargo anotado». En el mismo sentido se había producido el artículo 152.2 del texto articulado de procedimiento laboral (Real Decreto-ley 521/1990, de 27 de abril). El artículo 143, párrafo 3.º RH (Real Decreto 1368/1992, de 13 de noviembre) desarrolla sus efectos registrales.

Resulta de dichos textos que, al cancelar anotaciones de embargo posteriores a la hipoteca ejecutada, el Registrador ha de comunicar a cada Juzgado la cancelación. Se trata de una medida de colaboración con la autoridad judicial que evita que continúen inútilmente los procedimientos que dieron lugar a las anotaciones canceladas.

La nota marginal prevista en los artículos 656 y 688 nueva LEC (art. 1.489.1.º LEC anterior) y en el artículo 143, párrafo 2.º RH, acredita la expedición de la certificación de dominio y cargas y es consecuencia de la misma el sistema de comunicaciones impuesto a los Registradores de la Propiedad ya por la Ley de Medidas Urgentes de Reforma Procesal, de 30 de abril de 1992 (nuevos arts. 143 y 353.1 RH).

En relación con «las vicisitudes relativas a los procedimientos de ejecución de una hipoteca o de un embargo anteriores, solamente comunicará, cuando se produzca, que por el remate o adjudicación se ha cancelado la anotación del embargo... En ningún caso habrá que comunicar los asientos de presentación» (art. 143). A continuación de la certificación que se expida, el Registrador expresará que ha expedido las comunicaciones prescritas (art. 353.1 RH).

8.2. *Requerimientos y comunicaciones a titulares de asientos anteriores y posteriores*

a) Efectos respecto a titulares de asientos anteriores. Dice el artículo 689.1 LEC (en relación con el art. 662 del procedimiento ordinario): «Si de la certificación registral apareciere que la persona a cuyo favor resulte practicada la última inscripción de dominio no ha sido requerido de pago en ninguna de las formas notarial o judicial..., se notificará la existencia del procedimiento a aquella persona en el domicilio que conste en el Registro, para que pueda, si le conviene, intervenir en la ejecución... o satisfacer antes del remate el importe del crédito y los intereses y costas en la parte que esté asegurada con la hipoteca de su finca».

Este requerimiento-notificación debe, lógicamente, hacerlo el Juez y no el Registrador, pues el supuesto es el mismo del artículo 686.1, en cuanto entraña una orden que puede tener importantes efectos solutorios en el procedimiento que escapan a la competencia del Registrador.

b) Efectos respecto a titulares de asientos posteriores a la hipoteca. El artículo 689.2 dice: «Cuando existan cargas o derechos reales constituidos con posterioridad a la hipoteca que garantiza el crédito del actor, se aplicará lo dispuesto en el artículo 659».

El artículo 659, en las normas generales de la ejecución dineraria, distingue dos supuestos:

1.º Titulares de derechos que figuren en la certificación de cargas y que aparezcan en asientos posteriores al derecho del ejecutante, siempre que su domicilio conste en el Registro: El Registrador comunicará la existencia de la ejecución.

Los efectos de la comunicación son los siguientes:

- Que satisfagan antes del remate el importe del crédito, intereses y costas, dentro del límite de responsabilidad que resulte del Registro: «quedarán subrogados en los derechos del actor hasta donde alcance el importe satisfecho».

- «Se harán constar el pago y la subrogación al margen de la inscripción o anotación del gravamen en que dichos acreedores se subrogan y la de sus créditos o derechos respectivos, mediante la presentación en el Registro del acta notarial de entrega de las cantidades adeudadas o del oportuno mandamiento judicial, en su caso».

En cuanto al valor de la nota al margen de la inscripción de los créditos o derechos de los titulares que se subrogan, no tiene ningún efecto sustantivo ni procesal, sino valor puramente informativo. No se produce aquí una permuta de rango, sino que la inscripción o anotación del que se subroga queda como estaba, como inscripción o anotación posterior que será objeto de cancelación en su momento como carga posterior a la hipoteca ejecutada. Si bien el acreedor o titular subrogado tiene dos derechos: el derecho como actor titular de una hipoteca objeto de ejecución, y el derecho derivado de su asiento posterior (no de la nota que indica la subrogación), como cualquier otro, por el orden registral correspondiente.

El artículo 225 RH, en relación con el antiguo procedimiento judicial sumario del artículo 131 LH, da una gran amplitud a esos titulares: «acreedores de cargas o derechos reales que hubieran pospuesto, unas u otros, a la hipoteca del actor, a los anotantes posteriores a la inscripción de dicha hipoteca e incluso a los titulares de desmembraciones del dominio, derechos condicionales o de otros que, por su rango, deben declararse extinguidos al realizarse el crédito y que hubieran inscrito sus derechos con posterioridad a la hipoteca, siempre que figuren en la respectiva certificación del Registro de la Propiedad».

Habría que incluir también a los titulares de derechos en asientos de presentación posteriores a la hipoteca, que han de aparecer en la certificación registral (arts. 656 y 688 LEC, antes regla 4.ª del art. 131 LH) (vid., en este sentido, RDGRN de 23 de abril de 1969).

La RDGRN de 24 de agosto de 1981 da por efectuada la notificación respecto del titular de la anotación de embargo posterior, al haberse acreditado en el recurso que tuvo conocimiento de la existencia del procedimiento, solución criticable al tratarse de procedimientos distintos.

Si paga algunos de estos titulares posteriores, el efecto es la subrogación del que paga en el lugar del actor. El procedimiento continúa sus trámites normales, pero con otro actor. Es una subrogación que resulta de la aplicación del artículo 1.210-1.º del Código Civil: subrogación en las garantías cuando un acreedor paga a otro acreedor preferente. Pero sólo los acreedores que tengan título inscrito pueden hacer uso de la subrogación.

Si son varios los acreedores posteriores que pretenden el pago y la subrogación, lo lógico es estar a la prioridad registral. Como hay dos medios de

acceder registralmente a la subrogación —el acta notarial y el mandamiento judicial—, en el caso de que el acta notarial llegue primero, es aconsejable unir un testimonio del Juzgado acreditativo de que ningún otro acreedor ha usado de la subrogación.

2.º Titulares de derechos inscritos con posterioridad a la expedición de la certificación de dominio y cargas (28). No se les realizará comunicación alguna. No obstante, acreditando al Tribunal la inscripción de su derecho, se les dará intervención en el avalúo y en las demás actuaciones del procedimiento que les afecten (art. 659.2 LEC).

El artículo 226.2.º RH, respecto del procedimiento sumario, lo reiteraba: «...personas que hayan inscrito, anotado o presentado en el Diario los títulos justificativos de su derecho con posterioridad a la extensión de la nota marginal... y que, por tanto, no pudieron ser mencionados en la certificación del Registro».

Se duda si pueden solicitar la subrogación los titulares registrales posteriores a la nota marginal de expedición de la certificación. La especialidad es que no han de ser notificados, de una parte, porque no van incluidos en la certificación, pero, de otra, porque la nota marginal hace las veces de notificación. De modo que, si solicitan del Juez la subrogación, no parece haber obstáculos a que tenga lugar.

c) Efectos de la subrogación.

1.º Si hay subasta y adjudicación. La subrogación, en principio, se produce sólo respecto de las cantidades reclamadas en el procedimiento, pero no de todas las que figuran en la inscripción de hipoteca.

Si el procedimiento termina mediante la subasta o la adjudicación al acreedor en pago, por la propia mecánica del procedimiento, la hipoteca base de la ejecución será objeto de cancelación total, salvo que queden plazos pendientes, en cuyo caso subsiste la hipoteca respecto de los plazos por vencer (vid. art. 135 LH).

2.º Pago por el deudor o tercer poseedor dentro del procedimiento. El problema se plantea respecto a los plazos ya vencidos y pagados antes del procedimiento, pero cuya cancelación parcial no consta en el Registro. Puede entenderse que la subrogación es en la totalidad si resulta de los autos que el acreedor que instó la ejecución no tiene otras cantidades pendientes de pago. En otro caso, puede crear problemas la cancelación por pago del deudor o del tercer poseedor; sería deseable que otorgaran carta de pago ambos acreedores,

(28) Puede verse, GÓMEZ GÁLLIGO, FRANCISCO JAVIER, «¿Subrogación del deudor en la hipoteca cuando paga la deuda?», en *Boletín del Colegio de Registradores*, núm. 20, noviembre de 1996, pág. 2382.

el primitivo actor y el acreedor subrogado; y debiera quedar claro en el mandamiento cancelatorio (29).

9. OTROS EFECTOS DE LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA (30)

a) Administración o posesión interina de la finca o bien hipotecado (art. 690). Ofrece, al menos, tres nuevas particularidades:

- No es necesario que se pacte en la escritura de hipoteca para poder pedirla.
- Ha de notificarse al ocupante del inmueble para que haga al administrador los pagos que debiera hacer al propietario.
- Tratándose de inmuebles desocupados, el administrador será puesto, con carácter provisional, en la posesión material de aquellos.

b) Pérdida del dominio por el ejecutado. La adjudicación determina la pérdida del dominio por parte del dueño de la finca hipotecada: deudor, tercer poseedor o hipotecante no deudor. La consecuencia es la cancelación de las inscripciones de dominio posteriores a la hipoteca.

La regla 17.^a LH —hoy art. 134— se refiere a la cancelación de «todas las inscripciones y anotaciones posteriores a la inscripción» de hipoteca, es decir, no sólo las titularidades limitadas, sino también las inscripciones de dominio (Resoluciones de 20 de enero de 1960 y 16 de julio de 1987, esta última se refiere a inscripciones de dominio posteriores a la nota marginal de la regla 4.^a).

Podría plantearse si no sería más adecuado el sistema de inscripciones de transferencia, que resultaba más claro en la redacción anterior a la Ley de reforma de 1986, pues el Juez actuaba en representación del «dueño», que permitía entender que había una transmisión procedente de éste.

Si se estima que la adjudicación procede de la actuación del acreedor en base a su derecho de realización de valor ínsito en la hipoteca como

(29) Se plantea GÓMEZ GÁLLIGO (vid. ¿Subrogación del deudor en la hipoteca cuando paga la deuda?, en *BCR*, cit., núm. 20, 1996, pág. 2382) la situación del fiador de un préstamo hipotecario que paga la deuda. Según el Código Civil tiene derecho a subrogarse en todos los derechos que el acreedor tenía contra el deudor (art. 1.839), y la subrogación conlleva la transferencia al subrogado del crédito con todos sus derechos anexos, como es la hipoteca (art. 1.212 del Código Civil). Igualmente, debe tener derecho a hacer constar la subrogación en el Registro por medio de nota marginal y en virtud de acta de entrega de las cantidades adeudadas o escritura de carta de pago en la que el fiador manifieste que hace uso de la facultad de subrogarse (por analogía con la antigua regla 5.^a, párrafo 2.º, inciso último, LH y art. 230 RH).

(30) Vid. GARCÍA GARCÍA, *El procedimiento judicial sumario...*, cit., pág. 270 y sigs.

derecho real, y de una expropiación de las facultades dispositivas del dueño, actuando el Juez en la realización de un acto estatal, lo más técnico es entender que se producen cancelaciones de las inscripciones de dominio posteriores a la hipoteca, como realizadas bajo condición resolutoria si la hipoteca se ejercita. No debe olvidarse que la adjudicación no supone una sucesión o adquisición derivativa del dueño, sino que deriva de la facultad del acreedor hipotecario.

La cuestión puede tener importancia en caso de nulidad de actuaciones, pues si no se cancelan las inscripciones de dominio posteriores a la hipoteca, sino que sólo se extinguen por transferencia, caso de decretar el Juez la nulidad de la adjudicación y consiguiente cancelación de la misma, revivirían directamente tales inscripciones de dominio anteriores a la adjudicación que no fueron canceladas, sin necesidad de que el Juez, además, ordenase la cancelación de la cancelación.

Aunque en caso de nulidad de actuaciones el Juez, además de ordenar la cancelación de la inscripción de adjudicación del rematante, ha de ordenar, para que la resolución sea congruente, la «cancelación de la cancelación de hipoteca y de las demás inscripciones y anotaciones».

c) Consumación de la hipoteca ejecutada. La ejecución produce la extinción de la obligación asegurada y determina la cancelación de la hipoteca a favor del actor (inmediatividad dispositiva) y de todas las inscripciones y anotaciones posteriores (efecto *erga omnes*).

Respecto de las hipotecas, derechos reales, cargas, gravámenes y anotaciones posteriores a la hipoteca ejecutante, la ejecución provocada por una hipoteca preferente en rango actúa en el sentido de producir la extinción de tales cargas y derechos y, además, de la propia hipoteca ejecutante, que opera al modo de una condición resolutoria (STS de 22 de mayo de 1963), propiciando la cancelación de aquellos derechos y cargas, sin perjuicio de las acciones personales que correspondan a sus titulares.

En las inscripciones y anotaciones anteriores a la nota marginal, se ha de notificar el procedimiento a sus titulares y sólo pueden ser canceladas cuando conste dicha notificación y, además, es necesaria la especificación de esas inscripciones y anotaciones. En cambio, en las posteriores a la nota marginal, que sirve de notificación, no es necesario que se exprese en el mandamiento ni en el auto que han sido notificados y para su cancelación basta expresión genérica (vid. art. 233 RH).

La STC de 9 de mayo de 1995, en relación con los efectos de la adjudicación de la finca en un procedimiento del artículo 131 LH, respecto a un derecho de usufructo inscrito después de la hipoteca, declara que la decisión del Juzgado de no remitir al adjudicatario a otro procedimiento para obtener el lanzamiento de la usufructuaria, no entraña ninguna limitación o privación del derecho de defensa de la recurrente, que tiene a su disposición el juicio

declarativo que le brinda el artículo 132 LH para hacer valer sus derechos tanto frente al adjudicatario como ante el constituyente de la hipoteca.

10. LA CALIFICACIÓN REGISTRAL DE LOS DOCUMENTOS DERIVADOS
DE LA EJECUCIÓN INMOBILIARIA (ART. 132 LH)

El Registrador ha de calificar los siguientes extremos:

1.º Que se ha demandado y requerido de pago al deudor, hipotecante no deudor y terceros poseedores que tengan inscrito su derecho en el Registro en el momento de expedirse la certificación de cargas.

2.º Que se ha notificado la existencia del procedimiento a los acreedores y terceros cuyo derecho ha sido anotado o inscrito con posterioridad a la hipoteca, a excepción de los que sean posteriores a la nota marginal de expedición de la certificación de cargas, respecto de los cuales la nota marginal surtirá los efectos de la notificación.

No resulta muy ortodoxo que sea el Registrador el que haya de hacer estas notificaciones —la LEC, en los arts. 659 y 689 habla, más técnicamente, de comunicaciones— y, a la vez, calificar el cumplimiento del trámite.

3.º Que lo entregado al acreedor en pago del principal del crédito, de los intereses devengados y de las costas causadas, no excede del límite de la respectiva cobertura hipotecaria.

Constituye específica aplicación del principio de la ejecución fundada en la base registral de la hipoteca: «extremos contenidos en el asiento respectivo», como dice el artículo 130 LH.

4.º Que el valor de lo vendido o adjudicado fue igual o inferior al importe del crédito del actor, o en caso de haberlo superado, que se consignó el exceso en establecimiento público destinado al efecto a disposición de los acreedores posteriores.

11. TÍTULO DE PROPIEDAD DEL ADJUDICATARIO Y TÍTULO CANCELATORIO
(ART. 133 LH)

11.1. *Título de propiedad del rematante o adjudicatario*

Será el testimonio expedido por el Secretario Judicial comprensivo del auto de remate o adjudicación y del que resulte la consignación, en su caso, del precio. Como tal título público judicial de propiedad será «bastante para practicar la inscripción de la finca o derecho adjudicados».

El artículo 674 LEC recoge dos particularidades que son novedad de la reforma:

- * que el testimonio será comprensivo, en su caso, «de la transmisión por convenio de realización o por persona o entidad especializada»;
- * que, igualmente, expresará el testimonio, en su caso, «que el rematante ha obtenido crédito para atender el pago del precio del remate y, en su caso, el depósito previo, indicando los importes financiados y la entidad que haya concedido el préstamo, a los efectos previstos en el artículo 134 de la Ley Hipotecaria».

11.2. *Título cancelatorio*

AMORÓS GUARDIOLA (31) ha escrito sobre esta cuestión lo siguiente: «El crédito hipotecario nace por la inscripción de su contrato constitutivo y se extingue por la cancelación de su inscripción»: Cancelación del asiento constitutivo de la hipoteca ejecutada y cancelación de aquellos otros asientos sobre los que el derecho real va a desplegar su esencial efecto de absolutividad o actuación *erga omnes*.

La ejecución hipotecaria va a implicar la cancelación de todo derecho real o de crédito publicado con posterioridad a la hipoteca. La fuerza ejecutiva del procedimiento es tal que, una vez iniciado, sólo podrá cancelarse por resolución judicial sin que sea suficiente la carta de pago otorgada por el acreedor mientras conste en el Registro por nota marginal, que está pendiente un procedimiento de ejecución hipotecaria (Resolución de la DGRN de 16 de septiembre de 1992). Será el mandamiento judicial de cancelación de cargas a que se refiere el artículo 674 LEC: «mandamiento de cancelación de la anotación o inscripción del gravamen que haya originado el remate o la adjudicación».

11.3. *Presentación simultánea de ambos documentos o documento comprensivo único*

Para que el testimonio del auto de remate o adjudicación sea bastante para la inscripción, «es necesario que se acompañe el mandamiento de cancelación de cargas». Ambos títulos «podrán constar en un solo documento», siempre con los requisitos del artículo 32 que, ha de calificar el Registrador, y las demás circunstancias necesarias para la inscripción y cancelación.

(31) AMORÓS GUARDIOLA, MANUEL, *La causa del crédito hipotecario*, Madrid, 1990, pág. 233.

11.4. *Efectos registrales del testimonio y del mandamiento (art. 134 LH)*

- Inscripción de la finca o derecho a favor del adjudicatario.
- Cancelación de la hipoteca que motivó la ejecución.
- Cancelación de todas las cargas, gravámenes e inscripciones de terceros poseedores que sean posteriores a ellas, sin excepción, incluso las que se hubieren verificado con posterioridad a la nota marginal de expedición de la certificación de cargas.
- Subsistencia de las declaraciones de obras nuevas y divisiones horizontales posteriores, cuando de la inscripción de hipoteca resulte que ésta se extiende, por ley o por pacto, a las nuevas edificaciones.

Esta subsistencia constituye novedad de la reforma, pues mantener estos asientos es congruente con la efectividad formal de la extensión objetiva de la hipoteca que se pactó.

12. EL SISTEMA DE SUBSISTENCIA DE LAS CARGAS O GRAVÁMENES ANTERIORES

Quien resulte adjudicatario habrá de aceptar la subsistencia de las cargas o gravámenes anteriores, si los hubiere, y subrogarse en la responsabilidad derivada de ellos (art. 670.5).

El sistema venía ya establecido en la legislación anterior: En cuanto a las hipotecas, derechos reales, cargas, gravámenes y anotaciones anteriores o preferentes a la hipoteca ejecutante, tenían aplicación las reglas 8.^a, 10.^a y 13.^a del artículo 131 LH, coincidentes con el artículo 1.512, párrafo 1.º LEC (redacción de la Ley de 30 de abril de 1992, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal): «Las cargas y gravámenes anteriores y los preferentes, si los hubiere, al crédito del actor, continuarán subsistentes, entendiéndose que el rematante los acepta y queda subrogado en la responsabilidad de los mismos, sin destinarse a su extinción el precio del remate. El precio del remate se destinará sin dilación al pago del crédito del ejecutante; el sobrante se entregará a los acreedores posteriores o a quien corresponda, depositándose, entre tanto, en el establecimiento destinado al efecto».

El sistema de subsistencia de cargas anteriores se introduce por la Ley de 1909. Para apreciar su importancia cabe distinguir entre aquellas cargas consistentes en hipotecas o derechos asimilados (anticresis, anotaciones preventivas) y las consistentes en otros gravámenes, como censos, servidumbres, etc. Respecto de estas últimas, siempre ha regido el criterio de subsistencia, es decir, el de continuar afectando a la finca a pesar de ser la misma objeto de enajenación, por ejecución hipotecaria o no. El cambio sólo afectó a las hipotecas y derechos asimilables respecto de los que antes

regía el sistema de purga o liberación (consagrado en el actual sin contenido art. 1.516 LEC).

Este sistema, por otra parte, debe extenderse a las hipotecas conexas o del mismo rango, si una de ellas hubiese acudido a la ejecución (vid. art. 227 RH). Y al caso de los párrafos 1.º y 2.º del artículo 127 LH que remiten al párrafo 2.º del artículo 135 LH, si bien el párrafo 2.º del artículo 127 establece una regla especial: «si el comprador no quisiere la finca con la carga de la hipoteca que queda por satisfacer se depositará su importe con los intereses que le correspondan para que sea pagado el acreedor al vencimiento de los plazos pendientes».

VI. PROCEDIMIENTO EXTRAJUDICIAL DE EJECUCION HIPOTECARIA

1. ESPECIALIDADES DEL REQUERIMIENTO DE PAGO AL DEUDOR

En realidad, en el procedimiento extrajudicial, el requerimiento de pago se produce tras la solicitud por el Notario al Registrador de la certificación comprensiva de los extremos a que se refiere el artículo 236.b.1, y una vez que el Registrador ha hecho constar «por nota al margen de la inscripción de hipoteca que ha expedido la mencionada certificación, indicando su fecha, la iniciación de la ejecución, el Notario ante el que se sigue y la circunstancia de que aquélla no se entenderá con los que posteriormente inscriban o anoten cualquier derecho sobre la misma finca».

El artículo 236.c.1 RH dispone: «Si de la certificación registral no resultan obstáculos a la realización hipotecaria solicitada, el Notario practicará un requerimiento de pago al deudor indicándole la causa y fecha del vencimiento del crédito y la cantidad reclamada por cada concepto y advirtiéndole que de no pagar en el término de diez días se procederá a la ejecución de los bienes hipotecados, siendo de su cargo los gastos que ello ocasione».

Y en el 236.c.4: «4. Si no se pudiese practicar el requerimiento en alguna de las formas indicadas, el Notario dará por terminada su actuación y por concluida el acta, quedando expedita la vía judicial que corresponda».

Resulta, pues, implícitamente, en cuanto a los efectos del requerimiento, lo siguiente:

- Si el deudor, una vez requerido, no paga en el término de diez días, «se procederá a la ejecución de los bienes hipotecados», es decir, el procedimiento seguirá los trámites previstos.
- Si no se pudiera practicar el requerimiento, queda expedita la vía judicial.

- Si el deudor (hipotecante) paga, aunque el RH no dice nada expresamente, la solución debe ser la misma que para el caso en que pague el tercer poseedor, que recoge el artículo 236.e: «...el Notario dará por terminada su actuación y por concluida el acta con la diligencia de haberse efectuado el pago. Dicha acta podrá servir, en su caso, para la cancelación de la hipoteca».

2. PAGO POR EL TERCER POSEEDOR Y POR LOS TITULARES POSTERIORES

Dice también el artículo 236.d.1: «Transcurridos diez días desde el requerimiento sin que éste hubiese sido atendido, el Notario procederá a notificar la iniciación de las actuaciones a la persona a cuyo favor resulte practicada la última inscripción de dominio (tercer poseedor), si fuese distinta del deudor, así como a los titulares de cargas, gravámenes y asientos posteriores a la hipoteca que se ejecuta, para que puedan, si les conviene, intervenir en la subasta o satisfacer antes del remate el importe del crédito y de los intereses y gastos en la parte asegurada por la hipoteca.»

En cuanto a los efectos del pago, del artículo 236.e RH resulta:

- «1. Si el tercer poseedor paga el importe reclamado en la parte que esté garantizado con la hipoteca, el Notario dará por terminada su actuación y por concluida el acta con la diligencia de haberse efectuado el pago. Dicha acta podrá servir, en su caso, para la cancelación de la hipoteca.»
- «Si el pago fuese verificado por uno de los titulares de las cargas, gravámenes o derechos consignados en el Registro con posterioridad a la hipoteca, el Notario le requerirá para que manifieste si desea proseguir o no las actuaciones».

«En caso afirmativo, se continuarán éstas, ocupando el que pagó la posición jurídica que correspondía al acreedor satisfecho» (subrogación).

«En otro caso, se darán por terminadas las actuaciones y por concluida el acta con la diligencia de haberse efectuado el pago. Dicha acta será título bastante para la consignación en el Registro de la subrogación del pagador en todos los derechos del acreedor satisfecho».

Podría decirse que se ha agotado la vía notarial para la ejecución de la hipoteca. Pero parece lógico que el pagador subrogado pueda ejecutar utilizando otro procedimiento.

3. TÍTULO DE DOMINIO Y TÍTULO CANCELATORIO EN EL PROCEDIMIENTO EXTRAJUDICIAL

Dice el artículo 236.1: «1. Verificado el remate o la adjudicación y consignado, en su caso, el precio, se procederá a la protocolización del acta y al otorgamiento de la escritura pública por el rematante o el adjudicatario y el dueño de la finca o persona designada conforme al artículo 234. 2. En la escritura se harán constar los trámites y diligencias esenciales... y, en particular, que se practicaron las notificaciones...; que el importe de la venta o adjudicación fue igual o inferior al importe total garantizado por la hipoteca y, en caso de haberlo superado, que se consignó el sobrante... 3. La escritura será título bastante para la inscripción a favor del rematante o adjudicatario, así como para la cancelación de la inscripción de la hipoteca ejecutada y de todos los asientos de cargas, gravámenes y derechos consignados en el Registro con posterioridad a ella. Se exceptúan aquellos asientos ordenados por la autoridad judicial de los que resulte que se halla en litigio la vigencia misma de la hipoteca».

Por tanto, la escritura funciona como doble título: título de propiedad inscribible y título cancelatorio.

VII. PROCEDIMIENTO EJECUTIVO ORDINARIO CUANDO LOS BIENES HIPOTECADOS HUBIEREN PASADO A PODER DE UN TERCER POSEEDOR

1. SU OPORTUNIDAD

Regulado en los artículos 126 y 127 LH, 222 a 224 RH, 613 y 662 LEC, la utilización en la ejecución hipotecaria de este procedimiento es poco recomendable, pues, como explica GÓMEZ GÁLLIGO (32) (por derecho anterior a la nueva LEC), al adquirente en el juicio ejecutivo se le impone la carga de tener que interponer una tercería frente a las posibles ejecuciones de las cargas intermedias (tercería que debe prosperar por razón de la fecha del préstamo hipotecario). Esto hace inconveniente acudir al procedimiento ejecutivo ordinario en caso de existencia de cargas posteriores a la hipoteca.

(32) GÓMEZ GÁLLIGO, FRANCISCO JAVIER, «Ejecución de hipoteca en virtud de procedimiento ejecutivo ordinario», en *BCR*, núm. 11, pág. 318.

2. ESPECIALIDADES

a) Si el tercer poseedor aparece en la certificación de cargas tiene aplicación el artículo 126 LH: «...podrá el acreedor reclamar de éste el pago de la parte de crédito asegurado con los que el mismo posee, si al vencimiento del plazo no lo verificara el deudor después de requerido judicialmente o por Notario».

Y el artículo 127, párrafo 5.º LH reitera la necesidad del previo requerimiento o intimación de pago al deudor cuando haya terceros poseedores, los cuales «no podrán ser requeridos de pago, sino después de haberlo sido el deudor y no haberlo realizado». El requerimiento se hará judicialmente o por medio de Notario (art. 222 RH) al tercer poseedor que figure como tal inscrito en el Registro al tiempo de expedirse la certificación de dominio y cargas (vid. art. 143, párr. 1.º, RH).

El tercer poseedor puede adoptar varias actitudes activas ante el requerimiento, según los artículos 126, párrafo 2.º y 127, párrafo 6.º LH: «requerido el tercer poseedor... deberá verificar el pago del crédito con los intereses... o desamparar los bienes hipotecados» y «si se opusiere, será considerado como parte en el procedimiento respecto de los bienes hipotecados que posea...». Pero, ciertamente, puede también adoptar una actitud meramente pasiva, es decir, permitir, sin más, que la ejecución se consume sobre sus bienes.

Nos interesa el supuesto de pago, en cuanto puede determinar la cancelación, total o parcial, de la hipoteca. Si el tercer poseedor desampara los bienes, «se considerarán estos en poder del deudor, a fin de que pueda dirigirse contra los mismos el procedimiento ejecutivo» (art. 126, párr. 3.º LH).

Si el tercer poseedor se opone «será considerado como parte en el procedimiento...» (arts. 126, párr. 3.º y 127, párr. 6.º), que sigue su curso normal con algunas variantes: entenderse las diligencias ulteriores con el deudor y con el tercer poseedor y responder éste último con los bienes propios, además de con los hipotecados, de los intereses devengados desde el requerimiento y de las costas judiciales por su morosidad.

Si el tercer poseedor paga, se sobresee el procedimiento y cesa la ejecución en cuanto a los bienes hipotecados por él adquiridos. El artículo 221 RH recoge un caso de pago parcial del débito hipotecario.

Para el cuarto supuesto —el tercer poseedor ni paga, ni se opone, ni desampara los bienes— la doctrina duda si debe su actitud interpretarse como oposición (solución de la RDGRN de 27 de abril de 1921) o desamparo de los bienes. En realidad, como dice ROCA, es una actitud distinta, en la que el tercer poseedor adopta la posición específica de tal, que sufre, soporta, tolera o padece la ejecución del titular del derecho real de hipoteca (en ejercicio del *ius distrahendi*), dejándose, en suma, expropiar la finca.

b) Si el tercer poseedor es posterior a la nota marginal. Es decir, que inscribe su derecho o aparece en el procedimiento después de extendida la nota marginal de expedición de la certificación de cargas.

Sobre la base de lo dispuesto en el artículo 143, párrafo 1.º RH y una interpretación amplia del párrafo 4.º, artículo 38 LH, tendría aplicación el actual artículo 662 LEC (antes equivalente art. 134, párr. 1.º LH): «...éste (tercer poseedor), acreditando la inscripción de su título, podrá pedir que se le exhiban los autos en la Secretaría, lo que se acordará sin paralizar el curso del procedimiento, entendiéndose también con él las actuaciones ulteriores», en una subrogación meramente procesal (STS de 12 de julio de 1941).

VIII. LA LEY DE 30 DE MARZO DE 1994, SOBRE SUBROGACION Y NOVACION DE PRESTAMOS HIPOTECARIOS

Del artículo 6.º de dicha Ley, se deduce:

- Que para que el acreedor subrogado pueda ejercitar el procedimiento de ejecución sobre bienes hipotecados, es necesario que presente «copia de la escritura de subrogación inscrita» (requisito aplicable por analogía a la cesión de crédito hipotecario).
- No parece, en cambio, imprescindible presentar la escritura de hipoteca inscrita, siendo suficiente «que se acompañe junto con la escritura de subrogación inscrita, certificación del Registro de la Propiedad que acredite la vigencia y subsistencia de la inscripción».

Desde el punto de vista de la cancelación se suele plantear el problema de las cantidades del préstamo, ya amortizadas a la entidad acreedora, que no suele dar carta de pago. Ni tampoco la entidad subrogada que, lógicamente, sólo asume la hipoteca en cuanto a las cantidades pendientes de amortización y sólo respecto de las mismas, en su momento, otorga carta de pago.

IX. PARTICULARIDADES DE LA SUBHIPOTECA

Recoge GARCÍA GARCÍA (33) una triple interpretación sobre la naturaleza de la subhipoteca:

(33) Vid. GARCÍA GARCÍA, *El procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria*, cit. págs. 109, 135 y sigs.

- ROCA SASTRE: ve en la subhipoteca un supuesto de subrogación, de modo que el acreedor subhipotecario puede ejecutar directamente la hipoteca, teniendo por objeto la ejecución no otra hipoteca, sino directamente la finca hipotecada.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS: ve en la subhipoteca una especial cotitularidad del acreedor hipotecario y del acreedor subhipotecario, una cesión del crédito en concepto de garantía que permite hablar de un especial derecho real: la subhipoteca, la cual como toda hipoteca de un derecho real recae directamente sobre el bien hipotecado y la hipoteca indica sólo el alcance y medida de las facultades del titular de la subhipoteca.
- GULLÓN BALLESTEROS: entiende que la subhipoteca recae sobre otra hipoteca, pero en tanto en cuanto va referida a un crédito. Cuando se ejecuta la subhipoteca se ejecuta el crédito hipotecario, no la finca, y una vez conseguido éste, el adjudicatario podrá ejecutar actuando ya sobre la finca.
- GARCÍA GARCÍA: la subhipoteca (vid. arts. 107.4.º y 175.4.ª RH) es, en principio, la hipoteca de una hipoteca, pero ello no quiere decir, necesariamente, que implique la ejecución de una hipoteca sobre otra hipoteca.

Hay que distinguir las dos relaciones jurídicas: la de hipoteca y la de subhipoteca.

La primera se da entre deudor hipotecario y acreedor hipotecario, y puede suceder que el deudor vaya pagando los plazos; si se le ha notificado la subhipoteca, lo lógico es que no pague sin recibir carta de pago de ambos acreedores para que el acreedor subhipotecario no plantee problemas de cancelación en su día (vid. art. 175.4.ª RH); que no pague, en cuyo caso el legitimado para ejecutar es, en principio, el acreedor hipotecario. El acreedor subhipotecario no puede ejecutar en tanto vaya recibiendo pagos por parte de su deudor que es el acreedor hipotecario.

Respecto de la segunda relación, liga al acreedor hipotecario —deudor— con el acreedor subhipotecario —su acreedor—, y puede suceder que el acreedor hipotecario no pague su deuda, en cuyo caso podrá ejecutar el acreedor subhipotecario; que no sólo no pague el acreedor hipotecario al acreedor subhipotecario, sino que tampoco pague su deuda el deudor al acreedor hipotecario.

Concluyendo, el acreedor subhipotecario puede:

- Ejecutar el crédito hipotecario y no la finca, si quien no le paga es su deudor o acreedor hipotecario, y en cambio el primitivo deudor sí paga.

- Ejecutar, por vía de subrogación, en sustitución de su deudor o acreedor hipotecario, directamente la finca hipotecada, si no paga ni su deudor ni el deudor originario.
- Esperar acontecimientos, pues sabe que hasta que no se le pague a él, no se podrá cancelar la hipoteca originaria (175.4.^a RH).

El nuevo artículo 134 LH, después de disponer la cancelación de «la hipoteca que motivó la ejecución, así como de todas las cargas, gravámenes e inscripciones..., posteriores..., sin excepción», declara, no obstante, lo siguiente: «Tan sólo subsistirán las declaraciones de obras nuevas y divisiones horizontales posteriores, cuando de la inscripción de la hipoteca resulte que ésta se extiende por ley o por pacto a las nuevas edificaciones».

X. ASIENTOS POSTERIORES A LA HIPOTECA QUE NO PUEDEN SER CANCELADOS Y ASIENTOS QUE NO LA PERJUDICAN

La subsistencia de asientos del historial de la finca objeto de ejecución hipotecaria, no obstante el mandamiento cancelatorio, puede producirse bien al margen de toda idea de privilegio o bien por tratarse de un crédito privilegiado.

1. INSCRIPCIONES Y ANOTACIONES POSTERIORES A LA HIPOTECA O, EN SU CASO, A LA ANOTACIÓN DE EMBARGO, QUE NO PUEDEN SER CANCELADAS (34)

La razón está en que, por diversas causas, funcionan como si fueran anteriores:

- Las que, siendo posteriores a la hipoteca, han sido antepuestas y consta en el Registro la posposición de la hipoteca (vid. art. 241 RH).
- Las que, a la inversa, siendo anteriores a la hipoteca o la anotación de embargo, consta en el Registro que han sido pospuestas a la misma, han de ser objeto de cancelación, aunque aparezcan como anteriores. Por eso el artículo 233 RH dice que, «en el auto de adjudicación... se determinarán las inscripciones y anotaciones posteriores y las anteriores pospuestas al crédito del actor que hayan de cancelarse».
- Los asientos posteriores a la hipoteca, pero que deriven o procedan de asientos anteriores; v.gr., un derecho de opción inscrito, o la adquisición por resolución en base a una condición resolutoria inscrita antes de la hipoteca.

(34) Vid. GARCÍA GARCÍA, *El procedimiento judicial sumario...*, cit., págs. 281 y sigs.

- Los asientos posteriores que pongan en entredicho la hipoteca misma base del procedimiento, como anotaciones de demanda de nulidad o anotaciones de demanda de cancelación de la hipoteca (vid. art. 236.1.3 RH, en relación con el procedimiento extrajudicial, y el epígrafe XIII de este estudio).

No obstante, «las anotaciones preventivas de demanda de nulidad de la hipoteca o cualesquiera otras que no se basen en alguno de los supuestos que pueden determinar la suspensión de la ejecución», solamente se cancelan en virtud del mandamiento de cancelación (vid. art. 133 LH) cuando sean posteriores a la nota marginal de expedición de la certificación de cargas, conforme al nuevo artículo 131 LH.

- La inscripción de hipoteca posterior a la que se ejecuta, cuando la segunda contenga pacto de extensión a determinados bienes que no contenga la primera, pues la posterior se convierte en primera respecto a esos bienes que están excluidos de la hipoteca objeto de ejecución.
- En cuanto a las cesiones con cláusula de reversión en caso de incumplimiento de condiciones, si la cláusula de reversión se supedita a la hipoteca, y que quedará vigente cuando se cancele la hipoteca, se está refiriendo a las causas de extinción de la hipoteca por causa diferente de la ejecución, por ejemplo, por pago, renuncia, etc., pues cuando la hipoteca se ejecuta es cuando cobra vitalidad por entrar en la fase de realización de valor, y las titularidades que surgen de la ejecución traen causa de la propia hipoteca y tienen los mismos efectos que ella. Y ello porque la realización de valor o ejecución de la finca hipotecada es consustancial a la hipoteca y forma parte de su propia esencia y vitalidad (supuesto RDGRN de 23 de noviembre de 1993).

2. INSCRIPCIONES POSTERIORES A LA HIPOTECA, QUE NO LA PERJUDICAN (35)

Deben citarse aquí (sin perjuicio de lo que se dirá en relación con el art. 134 LH):

- Las inscripciones de exceso de cabida, a las que se extiende la hipoteca, o las declaraciones de obra nueva. Si no se extendiera la hipoteca a las mismas, por haberse excluido expresamente por pacto, con mayor razón no podrían ser canceladas.
- La inscripción de edificaciones realizadas por tercer poseedor, aún con pacto de extensión, a las que se aplica el artículo 113 LH: subasta

(35) Vid. GARCÍA GARCÍA, *El procedimiento judicial sumario...*, cit., pág. 287.

de la totalidad y el tercer poseedor tiene derecho a cobrar con preferencia del importe del remate, pero no a quedarse con la finca. La edificación corresponderá al rematante y, lógicamente, tampoco el asiento de la obra nueva será objeto de cancelación.

XI. COLISION DE LA EJECUCION CON CREDITOS POSTERIORES PREFERENTES O PRIVILEGIADOS

Trataremos de elaborar una lista de créditos posteriores a la hipoteca —y *mutatis mutandi*, a la anotación de embargo— y de fijar su posición relativa con el crédito que se ejecuta cuando entran en colisión.

Para fijar la terminología, vamos a hablar de dos clases de créditos preferentes: preferentes por razón de rango, es decir, registralmente anteriores; y preferentes por razón de especialidad: hipotecas legales tácitas, afecciones reales y créditos privilegiados.

Respecto de los créditos preferentes por razón de rango registral y la influencia que sobre los mismos tiene la ejecución, hay que recordar que estos créditos —hipotecas, cargas, gravámenes y anotaciones anteriores o preferentes— continúan subsistentes, entendiéndose que el rematante los acepta y queda subrogado en la responsabilidad de los mismos, sin destinarse a su extinción el precio del remate.

Respecto de los créditos preferentes por razón de su especialidad normativa, sin ánimo de construir una clasificación dogmática, creemos que pueden hacerse tres grupos, cuyas líneas generales son: créditos privilegiados o superprivilegiados, en los que la efectividad de la preferencia requiere el ejercicio de la acción de tercería de mejor derecho o del juicio declarativo; hipotecas legales tácitas, que tienen el carácter de hipotecas generales y solidarias; y afecciones reales, que implican *ius persecuendi* sobre el inmueble afectado, sin necesidad de ejercitar tercería de mejor derecho.

1. CRÉDITOS SINGULARMENTE PRIVILEGIADOS

1.1. *Créditos laborales por salarios*

a) Doctrina general. El artículo 32.1 de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores, dice: «Los créditos por salarios por los últimos treinta días de trabajo y en cuantía que no supere el doble del salario mínimo interprofesional, gozarán de preferencia sobre cualquier otro crédito, aunque éste se encuentre garantizado por prenda o hipoteca».

El artículo 32.2 también otorga preferencia a los créditos salariales sobre cualquier otro crédito respecto de los objetos elaborados por los trabajadores mientras estén en propiedad o posesión del empresario.

En cuanto a los créditos salariales no protegidos en los dos números anteriores, dice el artículo 32.3 que «tendrán la condición de singularmente privilegiados y gozarán de preferencia sobre cualquier otro crédito, excepto los créditos con derecho real en los supuestos en los que éstos, con arreglo a la Ley Hipotecaria, sean preferentes».

«El plazo para ejercitar los derechos de preferencia del crédito salarial es de un año, a contar desde el momento en que debió percibir el salario, transcurrido el cual prescribirán tales derechos» (art. 32.6).

Pues bien, en principio, si el Juez ordena la cancelación de las inscripciones y anotaciones posteriores, igualmente han de cancelarse las anotaciones de embargo relativas a estos créditos.

b) Doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado. La RDGRN de 22 de noviembre de 1988 (seguida por varias más, como se verá), aunque relativa a créditos salariales, contiene una importantísima doctrina general sobre el alcance de los créditos privilegiados.

Tiene como supuesto de hecho unas anotaciones de embargo, posteriores a la hipoteca, relativas a créditos salariales. Declara la DGRN que deben ser canceladas y fija con precisión el alcance del privilegio (36), desde el punto de vista registral, que resumo en los siguientes puntos:

- Tercería de mejor derecho. La preferencia de créditos ha de reclamarse en la correspondiente tercería.
- No apreciación de oficio. El Juez no puede apreciar de oficio dicha preferencia.
- Preferencia sustantiva y preferencia registral. No se traspone al embargo anotado la preferencia sustantiva del artículo 32.1 ET. «Debe distinguirse entre el crédito perseguido y el embargo que trata de protegerlo... el embargo es medida cautelar y su eficacia real deriva de su finalidad cautelar. Por ello, cuando el embargo entra en colisión con otras mutaciones jurídico-reales, esta concurrencia ha de regirse por la regla *prior tempore*, sin que puedan interferirse los planos personal y real trasvasando a los embargos las preferencias entre los créditos respectivos. Además, el objeto de la institución registral que

(36) En cambio, es criticable la doctrina de la RDGRN de 29 de abril de 1988, en la que se pretendía, en base a una ejecución por créditos salariales, la cancelación de hipotecas anteriores, declarando la DGRN no constar que los titulares hubiesen sido ni demandados ni notificados, pues si bien rechaza tal cancelación, estima que «es necesario al menos que se les notifique», notificación claramente insuficiente.

se refiere a situaciones jurídico-reales inmobiliarias es inadecuado para la protección de preferencias credituales que se desenvuelven en la esfera personal, lo que precisa una declaración judicial. O sea, que el embargo no altera la naturaleza personal del crédito ni lo convierte en real, actuando cada uno en su plano respectivo».

- Preferencia de cobro. El ET únicamente atribuye al crédito una preferencia para el cobro, la cual no es sino una cualidad del crédito que no altera su naturaleza personal y que únicamente determina una anteposición en el pago en caso de concurrencia con otros créditos; y ello aún cuando se defina dicha preferencia de un modo tan absoluto que pueda operar incluso frente a los créditos hipotecarios o pignoratícios diluyendo la vinculación directa e inmediata existente entre éstos y los bienes gravados.
- No se trata de una hipoteca legal tácita. En ningún caso puede verse en el artículo 32 ET el establecimiento de una hipoteca legal, tácita, general y absolutamente prioritaria, pues además de contradecir los principios básicos del sistema, cuales son los de publicidad y especialidad, al implicar una restricción del contenido ordinario del derecho de dominio, no puede presumirse sino que reclamaría un establecimiento legal indubitado.
- Necesidad de concurrencia con otros créditos. La preferencia carece de operatividad fuera de la hipótesis de concurrencia de créditos. Son los créditos privilegiados los que tienen la carga de acudir a la ejecución ya iniciada e interponer en ella la oportuna tercería.

Las Resoluciones de la DGRN de 3 de abril, 5 de mayo y 12 de noviembre de 1998 insisten que para considerar un crédito como especialmente privilegiado (art. 32 del Estatuto de los Trabajadores) es preciso que éste acceda por vía de tercería de mejor derecho frente a los créditos anteriores (en este caso anotaciones de embargo anteriores), debiendo declarar la sentencia el orden de pago entre los acreedores concurrentes y, no siendo así, la colisión debe resolverse por el criterio del *prior in tempore*.

Un resumen y ratificación de lo anterior encontramos en la RDGRN de 7 de mayo de 1999, que sienta como doctrina general: *a)* Efecto final: Anteposición en el cobro en las situaciones de concurrencia. *b)* Requisitos: Que el acreedor preferente acceda por vía de tercería de mejor derecho a la ejecución ya instada por otro acreedor. *c)* Que en la tercería recaiga sentencia declarando el orden de pago entre los acreedores concurrentes. *d)* Si no acude a la tercería, la preferencia vendrá inoperante. *e)* La mera yuxtaposición o colisión de embargos acordados en procedimientos distintos no implica concurrencia de créditos y debe resolverse por el *prior tempore*, con lo cual se

conjuga la salvaguardia del juego de las preferencias con el respeto al principio de protección jurisdiccional (art. 24 CE).

Respecto de la pretendida cancelación de asientos anteriores —sigue la Resolución—, es preciso que el acreedor, pretendidamente preferente, acceda por vía de tercería de mejor derecho a la ejecución ya instada por otro acreedor del ejecutado. Cuando se ejecutan varios créditos acumulados, si el primero agota la cuantía obtenida en la ejecución, resulta irrelevante la distribución de la cuantía del remate entre las varias fincas. El mandamiento expedido en este procedimiento no es título para cancelar las anotaciones anteriores.

1.2. *Créditos por gastos de la propiedad horizontal*

- a) Régimen legal. El artículo 9.1.e) de la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre Propiedad Horizontal, nueva redacción de la Ley 8/1999, de 6 de abril, dispone: «Son obligaciones de cada propietario: e) Contribuir, con arreglo a la cuota de participación fijada en el título o a lo especialmente establecido, a los gastos generales para el adecuado sostenimiento del inmueble, sus servicios, cargas y responsabilidades que no sean susceptibles de individualización. Los créditos a favor de la comunidad derivados de la obligación de contribuir al sostenimiento de los gastos generales correspondientes a las cuotas imputables a la parte vencida de la anualidad en curso y al año natural inmediatamente anterior, tienen la consideración de preferentes a efectos del artículo 1.923 del Código Civil y preceden, para su satisfacción, a los enumerados en los apartados 3.º, 4.º y 5.º de dicho precepto (hipotecarios, refaccionarios y anotados preventivamente), sin perjuicio de la preferencia a favor de los créditos salariales en el Estatuto de los Trabajadores. El adquirente de una vivienda o local en régimen de propiedad horizontal, incluso con título inscrito en el Registro de la Propiedad, responde con el propio inmueble adquirido de las cantidades adeudadas a la comunidad de propietarios para el sostenimiento de los gastos generales por los anteriores titulares hasta el límite de los que resulten imputables a la parte vencida de la anualidad en la cual tenga lugar la adquisición y al año natural inmediatamente anterior. El piso o local estará legalmente afecto al cumplimiento de esta obligación».

El cómputo para estas anualidades que suponen preferencia es el momento de la demanda, según RRDGRN de 9 de febrero y 18 de mayo de 1987, y 1 de junio de 1989, de las que se desprende que no cabe anotar un embargo por esos gastos de comunidad, con carácter

preferente a anotaciones o hipotecas anteriores si no se ha anotado previamente la demanda en el momento oportuno.

No obstante, al hablar el nuevo texto, en cuanto al adquirente, de «la anualidad en la cual tenga lugar la adquisición», el cómputo para la protección ha de partir del día de la adquisición de la finca.

- b) Colisión con crédito hipotecario que se ejecuta. El artículo 9.º-1.e) dispone que el crédito preferente por gastos generales de la propiedad horizontal goza de prelación respecto de los créditos hipotecarios, refaccionarios y anotados preventivamente, a que se refieren los números 3.º, 4.º y 5.º del artículo 1.923 del Código Civil. El efecto práctico, en caso de ejecución de una hipoteca anterior a la anotación del crédito preferente de la comunidad de propietarios, es la subsistencia de la anotación a favor de la comunidad que no va a resultar purgada por la ejecución hipotecaria.
- c) Un problema específico de colisión de créditos salariales con las cuotas de la propiedad horizontal. Aventura BLAS GARCÍA (37) que con el nuevo artículo 9.1.e) LPH se crea un problema de incalculables consecuencias para toda comunidad en que concurra la doble circunstancia de que alguno o varios de sus locales, con altas cuotas de participación en la comunidad, sean propiedad de una empresa con abundantes trabajadores y de que dicha empresa atraviase dificultades económicas que obliguen a tales trabajadores a utilizar los privilegios salariales reconocidos en el artículo 32 del Estatuto de los Trabajadores.

La reciente modificación del artículo 9 es ejemplarmente esclarecedora en cuanto que matiza el carácter privilegiado del crédito de la comunidad en el sentido de que, a efectos del artículo 1.923 del Código Civil, «preceden para su satisfacción a los enumerados en los apartados 3.º, 4.º y 5.º de dicho precepto, sin perjuicio de la preferencia establecida a favor de los créditos salariales en el Estatuto de los Trabajadores».

Es decir, se reconoce la preferencia sobre los comunitarios de los créditos fiscales y de los de la titularidad de las compañías aseguradoras, pero, frente a ese favorable tercer puesto en la relación transcrita, en último lugar surge una norma de injustificada existencia y de muy compleja valoración. No existe derecho de veto alguno para impedir la consumación del privilegio. La comunidad va a sufrir muy serios quebrantos económicos en razón de unos privilegios que en modo alguno debiera soportar, en todos aquellos casos en

(37) BLAS GARCÍA, F., «La prelación de créditos en la reforma de la Ley de Propiedad Horizontal», en *AJA*, núm. 421, de 13 de enero de 2000, págs. 1 a 3.

que sea elevado el coeficiente en la copropiedad de los locales de la empresa deudora. Para el autor, estamos en presencia de un grave error legislativo y debe prevalecer la preferencia de los créditos por impago de los gastos de comunidad del año en curso y del anterior, y ello por la elemental razón de que la propiedad horizontal se sostiene exclusivamente por la aportación de todos los propietarios al mantenimiento del edificio de común propiedad. En todo caso, la preferencia comunitaria, tendría que limitarse al supuesto previsto en el apartado 2 del artículo 32 (respecto a los objetos elaborados por los trabajadores y que permanezcan en la empresa).

1.3. *Privilegio de la Ley de Propiedad Intelectual a favor de los derechos de explotación del autor*

Recibe el mismo tratamiento que los créditos laborales salariales. En efecto, la Ley de Propiedad Intelectual, Texto Refundido aprobado por Real Decreto-ley 1/1996, de 12 de abril, dispone:

Artículo 53. «1. Los derechos de explotación de las obras protegidas en esta Ley podrán ser objeto de hipoteca con arreglo a la legislación vigente.

2. Los derechos de explotación correspondientes al autor no son embargables, pero sí lo son sus frutos o productos, que se considerarán como salarios tanto en lo relativo al orden de prelación para el embargo, como a retenciones o parte inembargable».

Artículo 54. «Los créditos en dinero por la cesión de derechos de explotación tienen la misma consideración que la de los devengados por salarios o sueldos en los procedimientos concursales de los cesionarios, con el límite de dos anualidades».

1.4. *Créditos por cuotas de la Seguridad Social*

El Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, que aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, dispone en el artículo 22 lo siguiente: «Prelación de créditos. Los créditos por cuotas de la seguridad y conceptos de recaudación conjunta y, en su caso, los recargos e intereses que sobre aquéllos procedan, gozarán, respecto de la totalidad de los mismos, de igual orden de preferencia que los créditos a que se refiere el apartado 11 del artículo 1.924 del Código Civil, y el párrafo D) del apartado 1.º del artículo 913 del Código de Comercio (en ambos casos se trata de créditos preferentes en relación con determinados bienes muebles).

Los demás créditos de la Seguridad Social gozarán del mismo orden de preferencia establecido en el apartado 2.º, párrafo E), del artículo 1.924 del

Código Civil, y en el apartado 1.º, párrafo D) del artículo 913 del Código de Comercio».

La materia está desarrollada en el Real Decreto 1673/1995, de 6 de octubre, que aprueba el Reglamento General de Recaudación de los Recursos del Sistema de la Seguridad Social y que, como garantía registral de estos créditos en relación con bienes inmuebles, arbitra la anotación preventiva del embargo practicado en el procedimiento especial (vid. art. 34 LGSS).

La necesidad de interponer la correspondiente tercera de mejor derecho, en caso de colisión con otros créditos o derecho previamente inscritos o anotados, la recoge el artículo 30.2: «Cuando existan anotaciones de embargo en los Registros de la Propiedad y de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento, practicadas con anterioridad a la del crédito de la Seguridad Social sobre unos mismos bienes embargados, el órgano de recaudación podrá elevar al Director Provincial de la Tesorería General de la Seguridad Social el expediente o antecedentes existentes para que, previo informe de la Asesoría Jurídica respectiva, se acuerde formular o no tercera de mejor derecho en defensa de los intereses de la Seguridad Social. De igual forma se procederá cuando en los mencionados Registros consten derechos constituidos con anterioridad a la anotación del embargo a favor de la Tesorería General de la Seguridad Social, que obstaculicen el cobro de los créditos de la misma».

La STS de 23 de julio de 1990 (38) declara preferentes en razón del superprivilegio, las cuotas de pago pactadas entre comuneros para adquirir un viejo edificio, a los descubiertos por créditos a la Seguridad Social. El argumento fundamental de la sentencia es que «las cuotas que hacen posible la realidad física del inmueble deben gozar de preferencia», pero éste no es el fundamento del superprivilegio, sino del crédito refaccionario. La sentencia pudo haber llegado a la misma solución con mejor técnica jurídica declarando el crédito preferente como refaccionario y especial, sobre las cuotas de la Seguridad Social que es un privilegio general.

2. HIPOTECAS LEGALES Y PRIVILEGIOS HIPOTECARIOS

El artículo 137 LH nos dice que «las hipotecas son voluntarias o legales». Las voluntarias que responden, en general, a consideraciones o intereses particulares, son (art. 138) «las convenidas entre partes o impuestas por disposición del dueño de los bienes sobre que se establezcan» (bilaterales o unilaterales). Las hipotecas legales, que responden a consideraciones de inte-

(38) ARJ 6177/1990. Ponente: Marina Martínez-Pardo.

rés familiar o social (arts. 158 a 197 LH) son aquéllas cuya constitución, otorgada en el correspondiente título debidamente inscrito, la Ley da derecho a exigir (arts. 1.875.2.º del Código Civil y 159 LH).

Pero «la hipoteca legal, una vez constituida e inscrita, surte los mismos efectos que la voluntaria» (art. 161), es decir, se convierten en hipotecas expresas que tendrán la prelación que resulte de su rango registral.

Ahora bien, bajo el concepto de hipoteca legal recoge supuestos la Ley Hipotecaria que, en realidad, son preferencias crediticias que no responden al concepto ni a la idea de su regulación en la Ley Hipotecaria (art. 168 LH, principalmente).

En todo caso, se trata de hipotecas legales generales y tácitas. Son dos en la Ley Hipotecaria:

a) Hipoteca a favor del Estado, las provincias y los pueblos sobre los bienes de los contribuyentes.

El artículo 1.923.1.º del Código Civil, en relación con determinados bienes inmuebles y derechos reales del deudor, concede preferencia a los «créditos a favor del Estado sobre los bienes de los contribuyentes, por el importe de la última anualidad, vencida y no pagada, de los impuestos que graven sobre ellos».

Se trata de una verdadera hipoteca legal tácita que concede preferencia sobre cualquier otro acreedor y sobre el tercer adquirente, aunque haya inscrito sus derechos en el Registro para el cobro de la anualidad corriente y de la última vencida y no satisfecha de las contribuciones e impuestos que gravan los bienes inmuebles (arts. 168.6.º y 194 LH; 73 de la Ley General Tributaria; 35 del Reglamento General de Recaudación, y 4.1.h de la Ley 7/1985, de 2 de abril, sobre Haciendas Locales) (39).

(39) El artículo 73 LGT dispone: «En los tributos que graven periódicamente los bienes o derechos inscribibles en un registro público o sus productos directos, ciertos o presuntos, el Estado, las provincias y los municipios tendrán preferencia sobre cualquier otro acreedor o adquirente aunque estos hayan inscrito sus derechos para el cobro de las deudas no satisfechas correspondientes al año natural en que se ejercite la acción administrativa de cobro y el inmediato anterior».

El artículo 71 LGT establece la prelación general de los créditos tributarios: «La Hacienda Pública gozará de prelación para el cobro de los créditos tributarios vencidos y no satisfechos, en cuanto concurra con acreedores que no lo sean de dominio, prenda, hipoteca o cualquier otro derecho real debidamente inscrito en el correspondiente Registro con anterioridad a la fecha en que se haga constar en el mismo el derecho de la Hacienda Pública, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 73 y 74 de esta Ley».

Para GUILARTE este precepto supone una norma intempestiva y descoordinada del resto del sistema de prelación de créditos de nuestro ordenamiento. Si no puede hacerlo valer ante otro acreedor que no lo sea de dominio, prenda o hipoteca, debidamente inscrito, significa que cualquier acreedor puede toparse con una carga oculta que resulta preferente respecto de su crédito.

El artículo 35 del Reglamento General de Recaudación, aprobado por Real Decreto 1684/1990, de 20 de diciembre, bajo el epígrafe de Hipoteca legal tácita, establece: «1. En los recursos de derecho público que graven periódicamente los bienes o derechos inscribibles en un Registro Público o sus productos directos, ciertos o presuntos, la Hacienda Pública tendrá preferencia sobre cualquier otro acreedor o adquirente, aunque éstos hayan inscrito sus derechos para el cobro de las deudas no satisfechas correspondientes al año natural en que se ejercita la acción administrativa de cobro y al inmediato anterior». Y en el apartado 3: «La garantía... podrá hacerse constar en los Registros Públicos mediante anotación preventiva de embargo, sin que la omisión de ésta modifique la preferencia establecida en el apartado 1».

Parece, pues —según el RGR—, que el cómputo para la protección arranca del momento de la adquisición.

Respecto de las Comunidades Autónomas, la equiparación con las preferencias del Estado, Provincia y Municipio, se recoge en el artículo 2.3 de la Ley de Financiación de las Comunidades Autónomas.

Según el RH (art. 271) y el vigente Reglamento General de Recaudación de 20 de diciembre de 1990 (art. 35 en relación con el art. 73 de la Ley General Tributaria de 28 de diciembre de 1963, modificados por Ley de 20 de julio de 1995 y Real Decreto de 24 de marzo de 1995) se trata de las «contribuciones e impuestos que directa e individualmente recaigan sobre el inmueble» y de «recursos de Derecho público que graven periódicamente los bienes o derechos inscritos en un Registro público, o sus productos, directos, ciertos o presuntos». Y ha de tratarse de las deudas «no satisfechas correspondientes al año natural en que se ejercite la acción administrativa de cobro y al inmediato anterior».

El impuesto indudablemente comprendido en esta hipoteca es el Impuesto sobre Bienes Inmuebles (IBI). (Vid. RDGRN de 20 de noviembre de 1974).

En cambio, por no afectar a inmuebles, sino a actividades empresariales, debe excluirse el Impuesto sobre Actividades Económicas o IAE. Y por no referirse a anualidades, también deben excluirse los Impuestos sobre Sucesiones, Donaciones y Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (RDGRN de 24 de junio de 1944) (40). Así como el actual Impuesto

Esta interpretación fue combatida por el TS en función de una exégesis conjunta del artículo 71 y del antiguo artículo 132 LGT, que remitía al artículo 44 de la LH, en función del cual se recogía en el artículo 1.923.4, los créditos quirografarios, que debían satisfacerse conforme a la fecha de creación del título que determinaba su exigibilidad. El TS consideró que el crédito del 71 LGT se equiparaba al del artículo 1.923.4. Esta interpretación determinó la alteración del 132 LGT (Reforma por Ley 25/1995, de 20 de julio).

Si, según el artículo 71, es prevalente el crédito hipotecario al crédito tributario, necesariamente ha de serlo también el que antecede a aquél.

(40) ARJ 970/1944.

sobre incremento de valor de los terrenos que, según la Ley de Haciendas Locales, ha perdido todo carácter real.

La preferencia sólo puede tener lugar respecto de los impuestos expresados, sin que puedan mezclarse globalmente con otros impuestos o con anualidades en las que no existe preferencia (vid. RDGRN de 20 de enero de 1960) (41).

b) Hipoteca a favor de los aseguradores. Esta hipoteca recae sobre los bienes asegurados por las primas del seguro de los dos últimos años y, si fuere seguro mutuo, por los dos últimos dividendos (arts. 168.7 y 196 LH y 1.923.2.º del Código Civil).

Dice CANALS BRAGE (42) que el crédito a favor de los aseguradores carece hoy de causa, aparte la incidencia que en cuanto al privilegio (art. 1.923.2 del Código Civil) ha tenido la Ley del Contrato de Seguro de 8 de octubre de 1980.

Como privilegio residual del desaparecido Banco Hipotecario, y hoy con carácter general, quizá deba citarse la hipoteca legal tácita que, sin el requisito de la inscripción, tiene para su garantía el capital, intereses, premios y primas de las cédulas hipotecarias (art. 30 de la Ley de 2 de diciembre de 1872; actualmente, Ley de 25 de marzo de 1981 y Real Decreto de 17 de marzo de 1982, que aprueba el Reglamento del Mercado Hipotecario).

Estamos, por tanto (43), ante una hipoteca tácita, que surte efectos sin necesidad de acto constitutivo especial alguno de inscripción en el Registro, lo cual convierte en segundas o posteriores a las hipotecas voluntarias de rango anterior.

Cuando para la efectividad de estos créditos privilegiados por contribuciones e impuestos o por las primas o dividendos del seguro se haya tomado razón en el Registro, mediante la anotación del embargo decretado en el correspondiente procedimiento de ejecución por débitos fiscales o ejecutivo ordinario, por su eficacia incluso frente a terceros, no podrá ser cancelada, y tendrán preferencia ejecutiva —no sólo preferencia de cobro—, en cuanto a las cantidades aseguradas por la hipoteca legal tácita, sin necesidad de ejecutar la tercería de mejor derecho (como es el caso de los créditos privilegiados, pero carentes de afección real, salariales o de la propiedad intelectual).

(41) *BD Colex Data*. Ref. RD3847.

(42) CANALS BRAGE, F., «Comentario a la RDGRN de 22 de noviembre de 1988», en *RCDI*, núm. 598, mayo-junio de 1990, pág. 1222.

(43) Vid. ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho Hipotecario*, 8.ª edición, tomo VIII, págs. 198 y sigs.

3. AFECCIONES REALES

3.1. *Créditos por gastos debidos a la Sociedad de Servicios en el derecho de aprovechamiento por turno*

A la vista de la Ley 42/1998, de 15 de diciembre, sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico y normas tributarias, distinguiremos los siguientes aspectos:

- Principio de gravamen real. Dice el artículo 14.1, segundo párrafo, que al inscribir la primera transmisión de un derecho de aprovechamiento por turno, el registrador hará constar por medio de nota marginal que el mismo queda gravado con carácter real, por todo el tiempo de vida del régimen, para responder de las dos últimas cuotas a contar desde el momento de la reclamación por vía judicial o notarial. Para hacer efectiva la garantía, el prestador de los servicios podrá recurrir a cualquiera de los procedimientos ejecutivos que la Ley de Propiedad Horizontal permite utilizar a la comunidad de propietarios (proceso monitorio: vid. art. 21 LPH tras la reforma por la Ley 6/1999, de 6 de abril, y Disposición Final 1.^a nueva LEC) y por el procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria (art. 14.1, párr. 2.^o).
- Cuotas aseguradas con el gravamen real. Como la Ley se refiere a diferentes cuotas de gastos, conviene precisar cuál es la amparada por la preferencia del artículo 14, segundo párrafo (44). El artículo 5.7.^o distingue claramente entre la «retribución de los servicios y, en su caso, los gastos de comunidad». A estos últimos parece aludir el artículo 5.3.^o cuando habla de «...la cuota que corresponda a cada turno con relación al alojamiento, si está previamente constituida la propiedad horizontal, o con relación al total del inmueble, si no lo está». Si existe régimen de PH, los gastos imputables a esta cuota estarán

(44) Dice el artículo 5.3.^o (requisitos de la escritura reguladora del régimen): «...la cuota que corresponda a cada turno con relación al alojamiento, si está previamente constituida la PH, o con relación al total del inmueble, si no lo está. Y el artículo 5.7.^o (requisitos de la escritura reguladora del régimen): «La retribución de los servicios y, en su caso, los gastos de comunidad». Por su parte, el artículo 8.2.*h*) (extremos del documento informativo): «...importe de la primera cuota anual que deberá satisfacerse por la utilización de las instalaciones y servicios comunes, o su estimación, y el procedimiento de cálculo de las futuras anualidades». Y el artículo 9.5.^o (contenido mínimo del contrato): «...la cantidad que conforme a la escritura reguladora deba satisfacer anualmente... a la empresa de servicios, o al propietario que se hubiera hecho cargo de estos... que se actualizarán con arreglo al índice de precios al consumo...»

amparados y tendrán la preferencia del artículo 9.e) LPH. Si no hay régimen de PH, se tratará de créditos comunes.

En cambio, el artículo 14 habla de las dos últimas cuotas a contar desde el momento de la reclamación que, por vía judicial o notarial, haga el prestador de los servicios.

- Alcance publicitario preventivo de la afección real. La obligación de extender la nota marginal de afección al inscribir la primera transmisión del derecho de aprovechamiento por turno implica una inmediata y permanente publicidad registral del gravamen real que se establece y puede encontrar justificación en la necesaria constancia registral de la cuantía de la cuota a pagar a la sociedad de servicios, así como sus modificaciones (vid., arts. 5.4.º y 7.º, y 6.3 de la Ley). Pero el máximo garantizado serán las dos últimas cuotas, cuya cuantía real en ese momento no se conoce: el artículo 8.h) habla de «importe de la primera cuota anual que deberá satisfacerse por la utilización de las instalaciones y servicios comunes, o su estimación, y el procedimiento de cálculo de las futuras anualidades».

El propio artículo 14 ratifica que las cuotas que gozan de preferencia son las dos últimas «a contar desde el momento de la reclamación». Por tanto, la constancia registral, hasta ese momento, tiene un alcance puramente publicitario del texto legal que establece la preferencia (45).

3.2. *Afecciones reales urbanísticas*

El artículo 19, párrafo 1.º, del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, Normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de Actos de naturaleza urbanística, dispone lo siguiente: «Quedarán afectos al cumplimiento de la obligación de urbanizar, y de los demás deberes dimanantes del proyecto y de la legislación urbanística, todos los titulares del dominio u otros derechos reales sobre las fincas de resultado del expediente de equidistribución, incluso

(45) Dice HERNÁNDEZ ANTOLÍN (*Multipropiedad: estudio de los problemas que plantea desde una perspectiva judicial*. IV Encuentros de Derecho Civil, Vitoria, 1997, pág. 99 y sigs.) que la configuración del derecho de aprovechamiento por turno como gravamen, plantea la necesidad de que al tiempo de constituirse, esté libre de cargas (al menos de hipotecas, por otra parte, necesarias para la financiación), pues la ejecución podría purgar los derechos de los adquirentes, siendo insuficiente el pacto de posposición, que se refiere a hipotecas o derechos de realización de valor de cuantía prefijada, y no a derechos de naturaleza heterogénea.

aquellos cuyos derechos constasen inscritos en el Registro con anterioridad a la aprobación del Proyecto, con excepción del Estado, en cuanto a los créditos a que se refiere el número 1 del artículo 1.923 del Código Civil y a los demás de carácter tributario, vencidos y no satisfechos, que constasen anotados en el Registro de la Propiedad con anterioridad a la práctica de la afección».

En el mismo artículo 19.4 se permite que la afección no surta efectos respecto de acreedores hipotecarios posteriores cuando la hipoteca tuviera por finalidad asegurar créditos concedidos para financiar las obras de urbanización o edificación, siempre que, en este último caso, la obra de urbanización esté garantizada en su totalidad [son preceptos concordantes los arts. 100.1.c) TR de 1976; 65.a), 126, 127.4, 168 y 178 RGU, de 25 de agosto de 1978; 167.c), 207 de la Ley del Suelo de 1992].

La cuestión se centra —dice ARNÁIZ EGUREN (46)— en si la afección supone el nacimiento de un derecho real de garantía a favor de la propia Administración actuante o un asiento de publicidad que advierte al tercero la imposibilidad de aducir este carácter contra la acción de apremio que contra él se dirija.

La Administración tendría dos caminos para hacer efectivo el crédito: la expropiación por incumplimiento de deberes urbanísticos, prevista en el artículo 207 de la Ley del Suelo de 1992, precepto declarado inconstitucional por la STC 61/1997, de 20 de marzo (47) (incluido en la Disposición Derogatoria de la nueva Ley del Suelo 6/1998, de 13 de abril), pero vigente en las Comunidades Autónomas que han adoptado el TR de 1992 (Andalucía, por ejemplo).

El otro camino es que el órgano actuante acuerde el cobro de la obligación impagada por el procedimiento de apremio de los artículos 65.a) y 127.4 del Reglamento de Gestión Urbanística. En este caso, se duda si la Administración tiene un verdadero derecho real de realización de valor que haría innecesaria la anotación preventiva —lo cual debe rechazarse, pues no hay excepciones al respecto en el art. 127.4 RGU— o entender que la afección es un asiento publicitario que afecta a todos los titulares: a los anteriores por su participación en el proceso urbanístico y a los posteriores por razón de los efectos notificadores de la propia afección.

Se trata, en definitiva, de una advertencia registral limitada en el tiempo que tiene como finalidad evitar la aparición de una tercería y, en este sentido, carece de las características de un derecho de garantía en sentido estricto.

(46) ARNÁIZ EGUREN, R., *La inscripción registral de actos urbanísticos*, Marcial Pons y Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles, Madrid y Barcelona, 1999, págs. 171 y sigs.

(47) BOE de 25 de abril. Ponentes: Ruiz Vadillo y García Manzano.

En cuanto a los efectos cancelatorios de la adjudicación en pública subasta, se planteó la cuestión de si el adjudicatario recibía la finca libre de cargas, salvo las exceptuadas en el número 1 del artículo 19. Tras el Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, si todos los titulares del dominio y derechos reales están afectados al cumplimiento de la obligación urbanística, lógicamente recibirán la finca con la afección, sin perjuicio del derecho a ser notificados y a pagar, subrogándose en el crédito contra el propietario que incumpla, tal como regula el propio artículo 19 de las Normas.

Para GARCÍA GARCÍA (48), la afección urbanística es una afección real de garantía y no de mera publicidad, que opera como carga o gravamen de cada una de las fincas de resultado y cabe en el concepto de «establecimiento de garantías reales de la obligación de ejecución o de conservación de la urbanización» a que se refiere el número 1 del artículo 307 TR de 1992. Su fundamento está en que la reparcelación afecta no sólo al dominio sino a todas las titularidades existentes sobre las fincas, de modo que todos los titulares de dominio, cargas y derechos, son parte en el expediente de reparcelación. Sólo se exceptúan los créditos tributarios privilegiados del artículo 73 de la Ley General Tributaria y los créditos tributarios con anotación preventiva anterior a la práctica de la afección.

El artículo 21 de la vigente Ley sobre Régimen del Suelo y Valoraciones, de 13 de abril de 1998, establece, para el caso de enajenación de fincas, que «el nuevo titular quedará subrogado en el lugar y puesto del anterior propietario en sus derechos y deberes urbanísticos, así como en los compromisos que éste hubiera acordado con la Administración urbanística competente y hayan sido objeto de inscripción registral...»

En resumen, la colisión se resolverá por el principio *prior in tempore potior in iure*.

4. ATRIBUCIÓN DE USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR AL CÓNYUGE NO TITULAR

Admitido su carácter de verdadero derecho real inscribible y oponible a terceros (STS de 20 de mayo de 1993), un derecho real familiar de eficacia total (STS de 18 de octubre de 1994), una carga o gravamen de carácter real que el tercer adquirente ha de respetar (STS de 11 de diciembre de 1992), la consecuencia es que se trata de un derecho que ha de subsistir, a pesar de la ejecución hipotecaria.

(48) GARCÍA GARCÍA, J. M., *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, Tomo V. Urbanismo y Registro, Civitas, Madrid, 1999, págs. 181 y sigs.

Ahora bien, para esta subsistencia debe ser anterior a la hipoteca (Auto del Tribunal Constitucional de 4 de abril de 1995), ya que el «rematante o adjudicatario trae causa del momento en que tuvo lugar la inscripción de la hipoteca... y, consiguientemente, no le son oponibles los actos posteriores ni siquiera inscritos en el Registro... para que esta inscripción hubiera protegido al titular del derecho real de uso especial de vivienda familiar, había de anteceder a la hipoteca...»

XII. LOS ARRENDAMIENTOS Y LA EJECUCION HIPOTECARIA

1. PLANTEAMIENTO GENERAL

La ejecución hipotecaria, como consecuencia del *ius distrahendi* o *ius vendendi*, en cuanto que provoca la transmisión de la finca hipotecada, plantea varias cuestiones en relación con el arrendamiento de la finca hipotecada: El retracto arrendaticio; el pacto de vencimiento anticipado de la hipoteca ante arrendamientos que supongan devastación de la finca gravada, y la subsistencia o extinción de los arrendamientos posteriores a la hipoteca ejecutada. Ahora nos limitamos a esta cuestión.

Un grupo de SSTS entiende que los arrendamientos concertados con posterioridad a la hipoteca deben ser cancelados: 5 de febrero de 1945, 22 de mayo de 1963, 31 de octubre de 1986, 23 de diciembre de 1988, 17 de noviembre de 1989.

Otro grupo de sentencias se inclina por la subsistencia de los arrendamientos posteriores a la hipoteca: 19 de febrero de 1968, 23 de febrero y 6 de mayo de 1991.

2. LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA Y LOS ARRENDAMIENTOS COMUNES

El Código Civil ya había previsto algunas normas en relación con los arrendamientos de inmuebles en general:

- Artículo 1.549: «Con relación a terceros, no surtirán efecto los arrendamientos de bienes raíces que no se hallen debidamente inscritos en el Registro de la Propiedad».
- Artículo 1.571, párrafo 11: «El comprador de una finca arrendada tiene derecho a que termine el arriendo vigente al verificarse la venta, salvo pacto en contrario y lo dispuesto en la Ley Hipotecaria».

En estos casos de arrendamientos comunes, el efecto principal de su inscripción consiste en imponer la subrogación en el arrendamiento a todo pos-

terior adquirente de la finca arrendada o adquirente de un derecho real sobre la misma.

3. LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA Y LOS ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS:
EL HETERODOXO ARTÍCULO 74 DE LA LEY DE ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS
DE 1980

El alcance registral de los arrendamientos rústicos, aparece en el artículo 74 de la Ley de 31 de diciembre de 1980: «El adquirente de la finca, aún cuando estuviere amparado por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, quedará subrogado en todos los derechos y obligaciones del arrendador».

Este precepto puede calificarse de antihipotecario y desconocedor de las bases en que descansa el sistema de seguridad jurídica en el tráfico inmobiliario que nuestro Registro de la Propiedad aporta. Como dice PAU PEDRÓN (49), aquí no hay más que un principio: el de continuidad legal, pues el adquirente queda subrogado, en todo caso, en los derechos y obligaciones del arrendador. Tratándose de arrendamientos rústicos, la ejecución de hipoteca no lleva consigo la extinción del arrendamiento, sino su subsistencia por el tiempo establecido en la Ley especial (arts. 25 y 28).

Tras la Ley de Modernización de las Explotaciones Agrarias, de 4 de julio de 1995, habrá que tener en cuenta su artículo 28, que establece una duración mínima de cinco años para los contratos que se celebren a partir de la entrada en vigor de dicha Ley.

Esta es la doctrina que subyace en la sentencia del Tribunal Supremo, de 9 de junio de 1990, que reconoce derecho de retracto al titular de un arrendamiento rústico constituido con posterioridad a la hipoteca (confirmada por la STC de 16 enero 1992, antes citada).

4. LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA Y LOS ARRENDAMIENTOS URBANOS

El artículo 9 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, si bien deja a las partes en libertad para fijar la duración del contrato, establece un plazo mínimo de cinco años. Como los efectos del arrendamiento respecto de terceros son distintos según estén o no inscritos y según se trate del plazo legal o del plazo convencional, distinguiremos los tres apartados que siguen.

(49) Vid. PAU PEDRÓN, ANTONIO, «La inscripción de los arrendamientos de bienes inmuebles», en *Boletín del Colegio de Registradores*, núm. 1 (2.ª Época), febrero de 1995, pág. 7.

4.1. *Arrendamientos urbanos inscritos*

Aquí es el juego del sistema de publicidad registral el que produce sus normales efectos: artículos 1.º, 32, 34, 38, etc., de la Ley Hipotecaria. La inscripción de arrendamiento produce los efectos derivados de la legitimación registral, en su triple proyección sustantiva, procesal y operativa o de poder de disposición.

4.2. *Arrendamientos urbanos: Efectos durante los cinco primeros años de vigencia del contrato*

El artículo 13 de la nueva Ley, bajo el rótulo «Resolución del derecho del arrendador», establece: «1. Si durante los cinco primeros años de duración del contrato, el derecho del arrendador quedara resuelto por el ejercicio de un retracto convencional, la apertura de una sustitución fideicomisaria, la enajenación forzosa derivada de una ejecución hipotecaria o de sentencia judicial o el ejercicio de un derecho de opción de compra, el arrendatario tendrá derecho, en todo caso, a continuar en el arrendamiento hasta que se cumplan cinco años, sin perjuicio de la facultad de no renovación prevista en el artículo 9.1».

Por su parte, el artículo 14, bajo el rótulo «Enajenación de la vivienda arrendada», dispone en su primer párrafo: «El adquirente de una vivienda arrendada quedará subrogado en los derechos y obligaciones del arrendador durante los cinco primeros años de vigencia del contrato, aun cuando concurren en él los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria».

Es decir, durante los cinco primeros años de vigencia de los contratos, estén o no estén inscritos los arrendamientos, y tanto si se resuelve el derecho del arrendador por las causas citadas, como si se enajena el inmueble arrendado, el arrendatario tiene derecho a continuar el arrendamiento hasta que se cumpla el plazo mínimo de cinco años previsto en el artículo 9. En cualquiera de estos supuestos, el adquirente o el nuevo titular del inmueble queda subrogado en los derechos y obligaciones del arrendador durante ese plazo de cinco años.

O lo que es lo mismo: el retrayente del inmueble; el fideicomisario llamado en segundo o tercer lugar; el adjudicatario, en caso de ejecución de una hipoteca sobre el inmueble arrendado (sea el arrendamiento anterior o posterior a la hipoteca); o el optante en una opción de compra, han de soportar el arrendamiento en el que quedan legalmente subrogados durante ese período mínimo de cinco años.

El precepto es especialmente importante en relación con las ejecuciones hipotecarias pues, a partir de ahora, aunque la ejecución no purgue los arren-

damientos posteriores, el adjudicatario sólo tendrá que soportarlos durante el plazo que falte para completar los cinco años.

Pierde fuerza, por tanto, la doctrina de la conocida sentencia del Tribunal Constitucional, de 16 de enero de 1992. En cambio, en alguna medida, se vuelve a la de la sentencia de 31 de octubre de 1986, que había declarado que la ejecución de la hipoteca comporta la purga de los arrendamientos posteriores.

Otra cosa es que se trate de arrendamientos inscritos y anteriores a la hipoteca, pues aquí el adjudicatario tendría que soportarlos en los términos de la inscripción, y por tanto, por el tiempo pactado.

La STC de 3 de marzo de 1998 ha declarado que el procedimiento del artículo 131 LH no impide a los poseedores —tras la subasta y remate— exhibir un título, cuya eficacia habrá de valorar el Juez.

4.3. *Arrendamientos urbanos: Efectos a partir de los cinco primeros años de vigencia del contrato*

Dice el artículo 13, párrafo segundo LAU: «En contratos de duración pactada superior a cinco años, si, transcurridos los cinco primeros años del mismo, el derecho del arrendador quedara resuelto por cualquiera de las circunstancias mencionadas en el párrafo anterior, quedará extinguido el arrendamiento. Se exceptúa el supuesto en que el contrato de arrendamiento haya accedido al Registro de la Propiedad con anterioridad a los derechos determinantes de la resolución del derecho del arrendador. En este caso, continuará el arrendamiento por la duración pactada.

Por su parte, el artículo 14, párrafo segundo, dispone: «Si la duración pactada fuera superior a cinco años, el adquirente quedará subrogado por la totalidad de la duración pactada, salvo que concurren en él los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria. En este caso, el adquirente sólo deberá soportar el arrendamiento durante el tiempo que reste para el transcurso del plazo de cinco años, debiendo el enajenante indemnizar al arrendatario con una cantidad equivalente a una mensualidad de la renta en vigor por cada año del contrato que, excediendo del plazo citado de cinco años, reste por cumplir».

5. ENAJENACIÓN DE FINCA ARRENDADA PARA USO DISTINTO DEL DE VIVIENDA

La cuestión se resuelve en el artículo 29 LAU: «El adquirente de la finca arrendada quedará subrogado en los derechos y obligaciones del arrendador, salvo que concurren en el adquirente los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria».

La regla general es, pues, la del artículo 14, párrafo 1.º, para el adquirente de finca arrendada para vivienda.

Pero la diferencia es sustancial: en el caso de vivienda, la subrogación por plazo de cinco años se produce siempre, aunque el adquirente sea un tercero hipotecario; y, si el plazo es superior a cinco años, se produce por el tiempo que falte para los cinco años, cuando el adquirente sea tercero.

En el caso de enajenación de finca arrendada para uso distinto del de vivienda, ahora contemplado, si el adquirente es tercero hipotecario, sencillamente, no se produce la subrogación. Es decir, al legislador le preocupa mucho más la protección de la vivienda que la de la industria y, por ello, los criterios de oponibilidad que establece son distintos.

XIII. CANCELACIONES POR NULIDAD DE LA HIPOTECA Y POR NULIDAD DE ACTUACIONES

1. ANOTACIÓN PREVENTIVA DE DEMANDA DE NULIDAD: DUDAS SOBRE SU PROCEDENCIA ANTES DE LA NUEVA LEC (50)

Constando en el Registro la existencia de un procedimiento de ejecución hipotecaria, mediante la correspondiente nota marginal, se cuestionaba la procedencia de tomar anotación preventiva de demanda de nulidad del procedimiento, dirigida contra el acreedor hipotecario. Se aceptaba, en general, pues se trataba de discutir derechos sobre un inmueble, y la admitió la RDGRN de 5 de abril de 1995. Parecía evidente, por otra parte, la conveniencia de notificar la práctica de la anotación al Juez que conocía de la ejecución.

La STS de 23 de enero de 1999 admitió la demanda de declaración de nulidad del procedimiento judicial sumario y de la subsiguiente escritura de venta. Y la STS de 10 de noviembre de 1998 reclama que, para solicitar una indemnización por supuestos daños causados por el procedimiento, hay que instar previamente su nulidad.

Desde luego, aparecía ya admitida en relación con el procedimiento extrajudicial. El artículo 236-1.3 RH, dice: «La escritura será título bastante para la inscripción a favor del rematante o adjudicatario, así como para la cancelación de la inscripción de hipoteca ejecutada y de todos los asientos de cargas, gravámenes y derechos consignados en el Registro con posterior-

(50) Vid. DÍAZ FRAILE, JUAN MARÍA, «Nota sobre los posibles inconvenientes de cerrar el Registro de la Propiedad a las anotaciones preventivas de demanda de nulidad de la hipoteca en caso de que se soliciten una vez iniciado el procedimiento judicial sumario», en *Boletín del Colegio de Registradores de España*, núm. 48, mayo de 1999, págs. 1189 y sigs.

ridad a ella. Se exceptúan aquellos asientos ordenados por la autoridad judicial de los que resulte que se halla en litigio la vigencia misma de la hipoteca».

Es decir, excluye de la cancelación por purga los asientos que reúnan esa doble característica.

2. LA CUESTIÓN EN EL NUEVO ARTÍCULO 131 LH

2.1. *Admisión*

Admite expresamente las anotaciones preventivas de demanda de nulidad de la hipoteca (que habrá que extender a las de demanda de nulidad del procedimiento) o cualesquiera otras que no se basen en ninguno de los supuestos que pueden determinar la suspensión de la ejecución: Quedarán canceladas en virtud del mandamiento de cancelación (de la hipoteca que se ejecuta y de cargas posteriores) a que se refiere el artículo 133, siempre que sean posteriores a la nota marginal de expedición de certificación de cargas.

2.2. *Efectos de la declaración judicial de nulidad de la hipoteca o de nulidad de actuaciones*

Las consecuencias de la declaración de la nulidad del procedimiento o de la hipoteca provoca situaciones difíciles de resolver por la aparición de terceros.

Uno de los efectos más importantes es la restitución de las cosas a su estado anterior, tanto respecto de las partes como respecto a eventuales terceros que pudieran ser perjudicados o beneficiados. Es el denominado «efecto reparatorio» de la declaración de nulidad: las cosas deben restituirse al estado que les correspondería de no haber existido el negocio nulo.

No obstante, desde el punto de vista registral, han de distinguirse las posibles soluciones al problema:

- Los asientos intermedios entre la hipoteca y la anotación de demanda de nulidad no deben ser objeto de cancelación en tanto no se resuelva el declarativo. Esta postura pone su peso en el hecho de que la prioridad derivada del asiento de inscripción de hipoteca está en entredicho, en cuanto a la anotación derivada de la demanda y en cuanto a todos los asientos posteriores.
- Todos los asientos intermedios deben ser cancelados con excepción de la anotación preventiva de demanda de nulidad y del asiento del actor

o interesado, puesto que no se conoce todavía si la preferencia de la anotación prevalecerá frente a la hipoteca.

- Cancelación de todos los asientos intermedios con salvaguardia de la anotación de demanda de nulidad de la hipoteca. Es la consecuencia natural del procedimiento de ejecución y la que resulta más conforme con la lógica del sistema de ejecución hipotecaria.

XIV. EL PACTO DE VENCIMIENTO ANTICIPADO Y LA CANCELACION TOTAL DE LA HIPOTECA

1. ESTADO DE LA CUESTIÓN TRAS LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 27 DE MARZO DE 1999

La STS (Sala 1.^a), de 27 de marzo de 1999 (Ponente: señor Menéndez Hernández) contiene un importantísima doctrina sobre los préstamos con garantía hipotecaria, en particular sobre el carácter abusivo de la cláusula de vencimiento anticipado, que se resume en tres puntos:

- a) La hipoteca como garantía de la devolución del préstamo y las restricciones a la libre disponibilidad del dinero ya entregado. Dice la sentencia que el genuino mutuo se mixtifica cuando se obliga al prestatario a ingresar las cantidades prestadas en una cuenta especial, quedando en poder del banco y no pudiendo ser retiradas mientras no se cumplan determinadas condiciones a satisfacción de éste. El préstamo es un contrato real y requiere para su perfección la entrega del dinero.
Lo que asegura y garantiza la efectiva restitución del dinero prestado es la hipoteca; controlar el dinero constituye una segunda y abusiva garantía, al margen de los postulados jurídicos.
- b) El pacto de vencimiento anticipado como condición resolutoria del aplazamiento. La cláusula habitual es la siguiente: «Aunque no haya concluido el período fijo del préstamo... El banco podrá exigir la devolución del capital con los intereses y gastos... en los casos de incumplirse cualquiera de las obligaciones establecidas en las estipulaciones... (por ejemplo, deber de abonar intereses al banco, vencimientos semestrales del capital y de los intereses, estar al corriente en el pago de los tributos, tener asegurada la obra...).
«La condición resolutoria de los préstamos hipotecarios constituye un pacto contrario a las leyes (Código Civil y arts. 127 y 135 LH, a los que se opone frontalmente). Por tanto, da lugar a un pacto nulo,

subsumible en el calor anatema (sic) del artículo 6 del Código Civil: «3. Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención».

- c) El principio registral de perdurabilidad del crédito hipotecario durante el plazo pactado. Dice la sentencia que el artículo 127 LH, claramente preconiza la necesaria perdurabilidad del crédito hipotecario en los contratos habituales, en los que no se pacta la condición resolutoria del préstamo: «Si el comprador no quisiere la finca con la carga de la hipoteca que queda por satisfacer, se depositará su importe con los intereses que le correspondan para que sea pagado el acreedor al vencimiento de los plazos pendientes».

Es decir, el artículo 127 LH concede una opción al adjudicatario: «o asume el bien y soporta la hipoteca hasta el futuro vencimiento del último plazo convenido; o bien puede recibir la finca libre de cargas, cancelándose el gravamen, si previamente consigna la cantidad debida, que habrá descontado del precio de la venta». O lo que es lo mismo: «que la situación creditual ha de prolongarse hasta el último día convenido al contratar: «se deposita el dinero para pagar al acreedor (no ahora, simultáneamente a la percepción del numerario) al vencimiento de los plazos pendientes».

«Esta pertinacia del legislador hipotecario (congruente con el Código Civil, según el cual el plazo se entiende establecido en beneficio de deudor y acreedor...) sugiere la convicción de que los pactos resolutorios devienen *contra legem* y están teñidos de nulidad».

La condición resolutoria visibiliza una actitud leonina y prepotente de las entidades financieras, que, por su parte, el artículo 135 LH, con su literalidad beligerante «versus» condición resolutoria, viene a invalidarla totalmente: «Si para el pago de alguno de los plazos del capital o de los intereses fuere necesario enajenar la finca hipotecada y aún quedaren por vencer otros plazos de la obligación, se verificará la venta y se transferirá la finca al comprador con la hipoteca correspondiente a la parte del crédito que no estuviere satisfecho».

Tampoco el Código Civil da margen para la condición resolutoria. Según el artículo 1.125, «las obligaciones a término sólo son exigibles cuando el día llegue». Las excepciones a esta regla del artículo 1.129 establecen la pérdida del plazo cuando la deuda carezca de garantías, lo que no ocurre cuando los préstamos están asegurados con hipoteca.

Sin salir del ámbito cancelatorio, la sentencia aboca a rechazar la cancelación anticipada y total de la hipoteca que resultaría de dar validez a la que el fallo llama condición resolutoria del crédito hipotecario.

GARCÍA GARCÍA (51) había estimado negativo, en la STS de 27 de marzo de 1999, la supuesta nulidad de los pactos de vencimiento anticipado. Si así fuera, entiende que habría que revisar toda la doctrina de la DGRN sobre el particular de los últimos veinte años. El artículo 1.859 del Código Civil ha prohibido el pacto de comiso, pero el vencimiento anticipado del préstamo hipotecario no constituye comiso, pues se mantiene la posibilidad de venta en pública subasta de la finca, que es lo que impide el comiso. Mientras no esté prohibido legalmente o sea contrario a la naturaleza de la hipoteca como derecho real o al préstamo, o contrario a la moral o al orden público, cabe admitir aquellos pactos de vencimiento anticipado que estén de acuerdo con las garantías establecidas.

En cambio, consideró positivo de la STS la configuración de los pactos de vencimiento anticipado como condición resolutoria explícita del préstamo, que repercute en la hipoteca como accesoria del mismo, configurada así mediante pacto expreso.

2. LA CUESTIÓN TRAS LA NUEVA LEC: RECLAMACIÓN LIMITADA A PARTE DEL CAPITAL O DE LOS INTERESES CUYO PAGO DEBA HACERSE EN PLAZOS DIFERENTES (ART. 693)

La nueva LEC recoge dos supuestos en los que el Registro juega un papel esencial:

- Reclamación limitada. Cuando deje de pagarse una parte del capital del crédito o de los intereses, cuyo pago deba hacerse en plazos diferentes si «venciere alguno de ellos sin cumplir el deudor su obligación». Se verificará la venta y se transferirá la finca al comprador con la hipoteca correspondiente a la parte del crédito que no estuviere satisfecha. Pero para que esto sea posible, es necesario «que tal estipulación conste inscrita en el Registro».
- Vencimiento anticipado por la totalidad. Podrá reclamarse la totalidad de lo adeudado por capital e intereses si se hubiese convenido el vencimiento total en caso de falta de pago de alguno de los plazos diferentes. Pero, como en el caso anterior, para que ello sea posible, es necesario que «este convenio conste inscrito en el Registro».

(51) GARCÍA GARCÍA, JOSÉ MANUEL, «Los llamados pactos de vencimiento anticipado de la hipoteca como condición resolutoria explícita del préstamo hipotecario. Lo positivo y lo negativo de la sentencia del Tribunal Supremo, de 27 de marzo de 1999», en *Lunes* 4,30, núm. 264, 2.ª quincena, septiembre de 1999, págs. 10 y sigs.

Ello, sin perjuicio del derecho del deudor, previa comunicación a solicitud del acreedor, a la liberación del bien mediante la consignación de la cantidad vencida y sus intereses hasta el día señalado para la subasta. Y si se trata de hipoteca de la vivienda familiar podrá efectuar la liberación sin consentimiento del acreedor.

XV. LA ACCION REGISTRAL: ARTICULO 41 DE LA LEY HIPOTECARIA

1. LA ACCIÓN REGISTRAL: ARTÍCULO 41 LH. EJERCICIO DE ACCIONES REALES PROCEDENTES DE LOS DERECHOS INSCRITOS

- Podrán ejercitarse a través del juicio verbal.
- Se ejercitan contra quienes, sin título inscrito, se opongan a aquellos derechos o perturben su ejercicio.
- Están basadas en la legitimación registral que reconoce el artículo 38 LH.
- Exigirán siempre que, por certificación del registrador, se acredite la vigencia, sin contradicción alguna, del asiento correspondiente.

El artículo 41 vigente LH regula una auténtica acción registral derivada del principio de legitimación: efectuación de la presunción de existencia, pertenencia y alcance de los derechos inscritos del artículo 38. Esta acción registral se ha incorporado a la LEC: artículos 250.7.º y 439.3.º, pero sin perder su naturaleza y características que se mantienen (52):

- a) Preconstitución de prueba: Lo que hay que acreditar es la condición de titular registral, no de verdadero propietario civil o sustantivo. Por ello, ha de acompañarse a la demanda: «certificación literal del Registro de la Propiedad que acredite expresamente la vigencia, sin contradicción alguna del asiento que legitima al demandante» (art. 439.3.º LEC).
- b) Desenvolvimiento inmediato: la acción se tramita como juicio verbal con demanda sucinta, cualquiera que sea la cuantía litigiosa (art. 250.7.º LEC).
- c) Oposición en virtud de causas tasadas.

(52) Vid. GÓMEZ GALLIGO, FRANCISCO JAVIER, «Acciones registrales en el Proyecto de Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil», en *Boletín del Centro de Estudios Registrales de Cataluña*, núm. 83, marzo-abril de 1999, págs. 379 y sigs.

2. OTRAS MANIFESTACIONES DEL RESPETO DE LA LEC AL CONTENIDO
LEGITIMADOR DE LOS ASIENTOS REGISTRALES

- El anotante de un embargo sólo puede exigir de los terceros poseedores las cantidades que aparezcan en la anotación en la fecha en que éstos inscriban su adquisición (art. 613.3 LEC).
- Reconocimiento de la tercería registral. «Si de la certificación... resultare que el bien embargado se hallaba inscrito a nombre de persona distinta del ejecutado... el Tribunal ordenará alzar dicho embargo...» (art. 658 LEC).
- Reconocimiento de la función del Registrador de notificar a terceros titulares de derechos inscritos con posterioridad a la anotación de embargo, la existencia de la ejecución, a efectos de que comparezcan en el avalúo y la subasta (art. 659 LEC).

XVI. HIPOTECA DEL DERECHO DEL REMATANTE
SOBRE LOS INMUEBLES ADJUDICADOS
EN UN PROCEDIMIENTO JUDICIAL

1. FUNDAMENTO

Responde a la conveniencia del establecimiento de un sistema de garantías de las cantidades adelantadas para atender al precio del remate o del depósito para participar en la subasta... mediante la hipoteca del propio derecho del rematante sobre los inmuebles subastados... Una vez... inscrito el dominio a favor del rematante, la hipoteca subsistirá recayendo directamente sobre los bienes adjudicados... (arts. 107.12 nuevo y 670.6 LEC).

2. NORMATIVA

- a) Ley Hipotecaria (art. 107.12.^a LH). El artículo 107.12 de la Ley Hipotecaria dice que podrá también hipotecarse: «El derecho del rematante sobre los inmuebles subastados en un procedimiento judicial. Una vez satisfecho el precio del remate e inscrito el dominio en favor del rematante, la hipoteca subsistirá, recayendo directamente sobre los bienes adjudicados» (este número ha sido introducido por la Disposición Final novena de la nueva LEC 2000).
- b) Ley de Enjuiciamiento Civil: Artículo 670.6: «Cuando se le reclame (al rematante) para constituir la hipoteca a que se refiere el número 12.º del artículo 107 de la Ley Hipotecaria, el Secretario Judicial expedirá inmediatamente testimonio del auto de aprobación del rema-

te, aún antes de haberse pagado el precio, haciendo constar la finalidad para la que se expide. La solicitud suspenderá el plazo para pagar el precio del remate, que se reanudará una vez entregado el testimonio al solicitante».

El artículo 674.1 dice que el testimonio del auto «expresará, en su caso, que el rematante ha obtenido crédito para atender al pago del precio del remate y, en su caso, el depósito previo, indicando los importes financiados y la entidad que haya concedido el préstamo, a los efectos previstos en el artículo 134 de la Ley Hipotecaria».

3. ESPECIALIDAD REGISTRAL

Como materia tratada en otra ponencia, sólo apuntaremos unas ideas de orden registral:

- La reforma eleva el derecho del rematante a la categoría de derecho real, pues sólo los inmuebles o derechos reales susceptibles de inscripción pueden hipotecarse (vid. art. 106 LH).
- La constitución de esta hipoteca, como toda hipoteca voluntaria, requiere escritura pública, en la que se recogerán las particularidades de la figura e inscripción constitutiva en el Registro de la Propiedad (art. 145 LH).
- El Notario no autorizará la escritura de hipoteca si no se le exhibe el testimonio del auto de aprobación del remate, expedido con esta finalidad, que debe contener todos los requisitos necesarios exigidos por la legislación hipotecaria. Como toda resolución judicial que ha de producir asientos en el Registro de la Propiedad, el auto ha de ser firme (arts. 3, 82 y 83 LH, 137, 165, 174, entre otros, RH; 521, 522 y 524 nueva LEC).
- Dice el artículo 107.12 que, «satisfecho el precio del remate e inscrito el dominio a favor del rematante, la hipoteca subsistirá, recayendo directamente sobre los bienes adjudicados». Por tanto, no parece que sea necesaria, en cambio, nueva escritura para hacer efectiva esta previsión legal (modificación objetiva legal impuesta por cambio de objeto), pues no hay nueva constitución de hipoteca. Pero el Juez habrá de decretar la operación y el vehículo idóneo será el auto de adjudicación —título de dominio—, una vez firme, cuyo testimonio se presenta en el Registro.

ANTONIO MANZANO SOLANO
Registrador de la Propiedad

DICTAMENES Y NOTAS

El derecho de reversión legal del artículo 812 del Código Civil: cuestiones suscitadas en la jurisprudencia más reciente

La reversión de donaciones regulada en el artículo 812 del Código Civil es tan discutida doctrinalmente como rara es su aplicación, ya que para que tenga lugar el supuesto de hecho que da lugar a dicho fenómeno, tienen que producirse simultáneamente diversas circunstancias, lo cual ocurre en contadas ocasiones.

Estudiando la escasa jurisprudencia que últimamente ha interpretado el artículo citado, hay tres cuestiones que nos han parecido de interés, de todas las que doctrinalmente se han planteado. En primer lugar, como cuestión de alcance general, la naturaleza del mecanismo contemplado; en segundo lugar, las relaciones entre reversión y legítima, sobre todo cuando hay un conflicto de intereses entre los ascendientes de una persona fallecida y su cónyuge viudo; y en tercer lugar, puede abordarse la vigencia y aplicación de la norma en los distintos Derechos Forales.

LA REVERSION COMO SUCESSION LEGAL, ANOMALA, SINGULAR Y ESPECIAL

La sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres, de 16 de junio de 2000 (1), considera que el derecho de reversión establecido en el artículo 812 del Código Civil debe ser considerado de naturaleza sucesoria, si bien de carácter legal, excepcional o anómala y especial o singular, independiente de

(1) *Actualidad Civil*, Audiencias, núm. 12, @254, 2001.

la sucesión ordinaria del Código Civil, de tal modo que hay dos sucesiones paralelas e independientes entre sí: la sucesión ordinaria, respecto de la masa hereditaria, y la sucesión especial, respecto de los bienes donados, que constituyen —a estos efectos— un patrimonio separado cuyos destinatarios están predeterminados por la Ley.

En términos análogos se han pronunciado la Audiencia Provincial de Alava en su sentencia de 23 de septiembre de 1992 (2) —sucesión anómala, legal, singular o privilegiada— y la Audiencia Provincial de Salamanca en su fallo de 17 de octubre de 1998 (3), que opina que nos encontramos ante una sucesión legal, singular y especial, a operar al margen y con independencia de la sucesión ordinaria.

Como vemos, la coincidencia de los términos utilizados por los distintos órganos judiciales es casi absoluta, ya que han bebido de las mismas fuentes doctrinales.

Con independencia de los términos utilizados, es claro que se trata de un derecho de origen legal, por lo que no es necesario su reconocimiento en ninguna cláusula testamentaria. Además, el Código Civil configura como campo de aplicación, tanto la sucesión testada como intestada... y ahí radica precisamente su anomalía, ya que ni el propio legislador parece saber dónde colocarlo. Efectivamente, su situación, dentro de las legítimas, no parece la más adecuada, ya que, como veremos, el derecho de reversión no es un derecho de naturaleza legitimaria; solamente tienen en común que constituyen una limitación a la capacidad de disponer *mortis causa* del causante, si bien la reversión es algo más que esa limitación, ya que también opera en la sucesión intestada. En ese sentido, parece que su ubicación más lógica sería el Capítulo V del Título III, que lleva por rúbrica «Disposiciones comunes a las herencias por testamento o sin él», como una sección específica —aun con un solo precepto— titulada «de los bienes sujetos a reversión», para distinguirlo claramente de las normas reguladoras de la reserva viudal (4).

De ahí que sea un derecho especial en cuanto se lleva a cabo por cauces distintos de los ordinarios, si bien no parece tan justificada la calificación de sucesión «privilegiada», ya que no constituye ninguna gracia o dispensa efectuada a favor de sus destinatarios, además de que es discutible que no perjudique a otros sujetos afectados interesados en la herencia del donatario de los bienes objeto de reversión, como es el caso del cónyuge viudo.

En todo caso, el mecanismo de reversión también se aparta de los cauces sucesorios comunes en cuanto que no cabe hablar de aceptación o renuncia

(2) AC 1992/1318.

(3) AC 1998/2092.

(4) Asimismo, también resultaría superflua la referencia al artículo 812 efectuada en el 942, ya que sería obvio que se aplica también en la sucesión intestada.

a la misma, ya que la reversión se produce en el mismo momento de la muerte del donatario, si bien la adquisición de la propiedad se producirá de acuerdo con las normas propias de la donación, es decir, por la toma de posesión de los muebles y por la escritura de aceptación de los inmuebles. La Audiencia Provincial de Cáceres señala, al respecto, que los titulares del derecho de reversión no tienen por qué instar un procedimiento sucesorio para que produzca sus efectos, ya que «opera de forma automática, sin tener que ser invocado en ningún procedimiento judicial para poder ejercitarlo»; de ahí que el mismo Notario que formalizó la escritura de aceptación de la herencia del causante a favor de sus padres como herederos *ab intestato* formulara otra distinta de reversión de los bienes donados a su hija, pudiendo proceder posteriormente a la inscripción de su derecho en el Registro de la Propiedad.

A la vista de todo lo anterior, no sería descabellado pensar que realmente nos encontramos ante una institución jurídica de difícil catalogación. ¿Sucesión anómala... o donación que se revoca por causa de muerte si se cumplen los requisitos fijados en el artículo 812? Se califique como se califique, los efectos son los mismos.

Ahora bien, ¿habría algún plazo de tiempo en el cual los reversionistas deben ejercer su derecho, transcurrido el cual los bienes pasarían a formar parte de la masa hereditaria? Si es un mecanismo sucesorio —anómalo, pero sucesorio al fin y al cabo—, parece que lo lógico sería pensar que el plazo es el mismo que la ley concede para aceptar o renunciar cualquier derecho hereditario. Si se optara por considerar que hay una reversión de una donación por causa de muerte, ¿qué plazo de prescripción se aplicaría? ¿El de la revocación por supervivencia de hijos —cinco años—, o el de revocación por ingratitud —un año—, a partir de la muerte del causante? Pensamos que lo correcto es entender que el Código contempla el fenómeno como sucesorio, por lo que el plazo debe ser el mismo para aceptar o renunciar la herencia —por tanto, treinta años—, sin perjuicio de que alguien adquiriera la propiedad por usucapión con anterioridad (por ejemplo, en el caso de que el heredero sea el cónyuge viudo y los reversionistas sus suegros, continuando aquél en la posesión de los bienes que su cónyuge recibió de sus padres) (5).

(5) ¿Podría considerarse que el heredero es poseedor de buena fe? Pensamos que el Notario que formalice la escritura de aceptación de la herencia le deberá haber advertido, necesariamente, de la existencia del derecho de reversión a favor de los donantes, por lo que en buena lógica solamente cabría usucapión extraordinaria sobre los bienes muebles si los reversionistas ejercen su derecho pasados diez años y antes de que prescriba el plazo para dicho ejercicio, que coincidirá, en principio, con el de usucapión extraordinaria de los inmuebles.

REVERSION Y LEGITIMA

Los pronunciamientos de las Audiencias señalados también coinciden —y además, de modo claro e inequívoco— en determinar que los bienes objeto del derecho de reversión forman una masa patrimonial que se separa del caudal relicto formado a la muerte del causante donatario, de tal modo que no se computan a la hora del cálculo de la legítima y, en consecuencia, los reversionistas conservan su derecho a la misma si reúnen la condición de legitimarios, con independencia de que además reciban los bienes objeto de reversión legal.

Además, estos pronunciamientos jurisprudenciales son terminantes precisamente porque se han producido como consecuencia del conflicto de intereses más «sangrante» que puede darse, cual es la disputa por los bienes a los que se refiere el artículo 812 entre el cónyuge viudo y uno o ambos padres de su consorte, donantes de los mismos.

En el caso de la sentencia de 16 de junio de 2000, de la Audiencia Provincial de Cáceres, el conflicto se plantea entre los padres de una señora que fallece en un accidente de tráfico junto con su única hija, y el marido y padre de las dos difuntas. Al existir conmorienencia, y morir intestada, la madre es la única heredera al haber premuerto su esposo; igualmente, recobra dos fincas que donó a su hija en compañía del mismo... de tal modo que el marido de la causante no sólo no tiene derecho alguno a adquirirlas, sino que a la hora de calcular el valor de su usufructo vidual tampoco se tienen en cuenta las mismas.

En el supuesto objeto del proceso concluido por la sentencia de 17 de octubre de 1998, de la Audiencia Provincial de Salamanca, la disputa recae sobre dos locales donados por una mujer a su hija, quien muere sin descendencia nombrando heredero a su marido. Fallecidos posteriormente tanto la madre como el esposo de la donataria, el conflicto tiene lugar entre los herederos de ambos, los hermanos de la causante, por un lado, y un sobrino del marido, por otro, siendo los locales la práctica totalidad del caudal hereditario. El sobrino pretende su consideración como gananciales, por lo que solicita la división de los mismos para que le adjudique la cuota correspondiente a su tío, y, ante la probable indivisibilidad de los locales, la venta en subasta pública con reparto del precio. Al negarse por el Tribunal la calificación de bienes gananciales, el artículo 812 produce todos sus efectos sobre los locales, por lo que deben entregarse a los hijos de la donante y hermanos de la donatario; «todo ello, sin penetrar, por no ser necesario, en la cuestión de la independencia del derecho de reversión respecto de la cuota legitimaria que pudiera corresponder al ascendiente, o lo que es igual, si los bienes revertidos han de computarse o no en la legítima», ya que, al ser la casi totalidad del caudal relicto, la legítima queda reducida a pavesas.

Con anterioridad en la sentencia de la Audiencia Provincial de Alava, de 23 de septiembre de 1992, la cuestión ventilada en la misma se origina con la escritura de donación de una persona a su hijo, a la que asistió la esposa de éste, reservándose el donante el usufructo de los bienes donados, consistentes en una serie de fincas rústicas y urbanas, así como una empresa eléctrica. En el testamento del donante se establece a favor de la esposa del donatario el derecho de usufructo sobre los bienes siempre que sobreviviera a su esposo, lo cual ocurre, efectivamente, derecho que reclama frente a los herederos de su suegro —que resultan ser dos cuñados y dos sobrinos, hijos y nietos del donante respectivamente—, alegando además que la donación fue por razón de matrimonio y que a modo de contraprestación moral debía tenerse en cuenta los cuidados deparados por la actora a su suegro hasta el momento de su fallecimiento.

El problema es que el marido de la reclamante muere antes que su padre, sin descendencia alguna, con lo cual se cumplen los requisitos del artículo 812, y los bienes retornan al patrimonio del donante, pasando a los herederos —demandados por su cuñada y tía— en virtud del testamento del suegro de la actora, por encima de consideraciones morales que no son, lógicamente, de aplicación. Por tanto, debe negarse también que a la hora de determinar la extensión del derecho de usufructo a favor de la demandante como legitimaria de su marido haya de tomarse en consideración los bienes donados, ya que la Audiencia estima que «el derecho de reversión es independiente de la cuota legitimaria que pudiera corresponder al ascendiente, y tampoco entra para el cómputo de las legítimas ni de la parte de libre disposición».

Hay que reseñar que en esta cuestión la doctrina se adelanta a la jurisprudencia, ya que éstas son las primeras sentencias que abordan la cuestión, y todas ellas con criterios y soluciones ya proporcionadas por la mayoría de los estudiosos que se plantearon el tema, con la excepción de ROMÁN GARCÍA y de autores tan consagrados como ALBALADEJO —que se limita a plantear el problema, sin dar ninguna solución (6)— o LACRUZ, que considera que en el caso del cónyuge viudo sí deben computarse los bienes objeto de recobro para determinar su cuota legitimaria (7). ROMÁN GARCÍA, cuando aborda la tarea de

(6) *Curso de Derecho Civil V. Derecho de Sucesiones*, 7.^a ed., Barcelona, 1997, págs. 391 y 392.

(7) Si bien admite que el derecho de reversión es independiente de la cuota legitimaria del ascendiente, opina que «el recobro no tiene en cuenta frente a los derechos del legitimario que concurre con los ascendientes, a saber, el cónyuge viudo, quien puede pretender la mitad del caudal computable íntegro, sin la deducción de lo que su cónyuge recibió por donación de sus mayores. Pues si no se tiene en cuenta este recobro —que entonces no existe— cuando el cónyuge concurre con descendientes, tampoco deber ser eficaz a falta de éstos; de lo contrario, el esposo supérstite, al concurrir con ascendientes, acaso percibiría menos que concurrendo con los hijos, contra la evidente intención del

esclarecer el sentido de la frase «con exclusión de otras personas», opina que «debe ser interpretada con sumo cuidado en el ámbito de nuestro sistema sucesorio para no incurrir en rigurosas exageraciones que irían contra la evidente intención del legislador. Es decir, la exclusión de otras personas no puede significar que los bienes objeto de recobro no se computen a efectos del cálculo de la legítima correspondiente al cónyuge sobreviviente, que se determinará sobre la base del total del caudal relicto de los bienes del causante, puesto que de lo contrario, se produciría la paradoja de que el esposo superviviente, al concurrir con ascendientes, percibiría menos que concurriendo con los hijos» (8).

Sin embargo, estamos de acuerdo con la Audiencia de Alava cuando dice que «la exclusión del cónyuge viudo de la expresión “exclusión de otras personas”, utilizada *ex* artículo 812 del Código Civil, supondría apartarse del inequívoco significado del precepto», lo que ha sido reafirmado últimamente por la Audiencia cacereña al exponer que «el tenor literal del artículo 812 no deja dudas acerca de la exclusión de cualquier persona, sin distinción, en la sucesión de los bienes donados». Por tanto, los bienes objeto de reversión quedan fuera de toda operación referida a cualquier derecho legítimo (9). Y ello es reflejo de la finalidad del precepto: si los bienes fueron donados para favorecer a un descendiente y éste muere sin descendencia, parece lógico

legislador (...). Es decir, que aunque según el artículo 812, la sucesión del ascendiente donante en los bienes donados ocurre con exclusión de otras personas, esta frase, copia del Código Civil francés (en el último momento; no figuraba en el anteproyecto) y referida en aquél a la sucesión intestada, no sirve para excluir a los bienes en cuestión del cómputo de la legítima del cónyuge sobre viviente, que se calculará sobre la total fortuna del esposo difunto» (*Elementos de Derecho Civil, V. Derecho de sucesiones*, 5.ª ed., Barcelona, 1993, págs. 395 y 396).

(8) *El derecho de reversión legal (análisis del art. 812 del Código Civil español)*, Madrid, 1984, pág. 104. A continuación, añade que, «en cambio, la legítima de los ascendientes se calculará sobre la cuantía que resulte de deducir del caudal relicto los bienes objeto de reversión, que cada ascendiente recupera por efecto de lo dispuesto en el artículo 812 del Código civil». No podemos compartir esta disparidad de criterios a la hora de establecer sobre qué bienes debe realizarse el cálculo de la cuota legitimaria: debe ser el mismo con independencia de quién sea el legítimo, ya que la ley no distingue. Como lo más coherente con la reversión de los bienes donados es que éstos no se tengan en cuenta, la regla debe aplicarse en todo caso, aunque en un supuesto favorezca al legítimo —ascendiente— y en otro le perjudique, como ocurre con el cónyuge viudo.

(9) Esta aseveración provoca que deba rechazarse la concepción que algunos han manifestado del derecho regulado en el artículo 812 del Código como una especie de «legado *ex lege*», ya que si fuera un legado, aparte de que no casa bien con la aplicación del precepto en la sucesión intestada, sería difícil de explicar que el objeto del mismo no se computara en la cuota legitimaria de los donantes, en el caso de que fueran legitimarios, o en el tercio de libre disposición si no lo fueran, lo que provocaría que se computaran a la hora de determinar la legítima.

que vuelvan a su anterior propietario y no que pasen a poder de terceros ajenos a los lazos de sangre que existen entre donante y donatario. A este propósito conviene recordar que la Comisión Codificadora, para justificar la introducción del artículo 812 en el Código, argumentó que «el fundamento razonable y justo del precepto consiste en que si alguien hace una donación a un descendiente, ayudándole en el sostenimiento de sus necesidades para que viva más desahogadamente, es natural que, si el agraciado fallece sin posteridad y a su fallecimiento conserva lo donado, es justo que vuelva al donante con preferencia a cualquier otra persona», cónyuge viudo inclusive.

Similar línea argumentativa utiliza la Audiencia Provincial de Cáceres cuando se inclina por pensar que «la finalidad de esta norma tiene un cierto carácter troncal, pues, en definitiva, lo que consigue es la devolución automática de los bienes donados a su línea familiar de precedencia», si bien es cierto que el uso del calificativo «troncal» no es muy afortunado, ya que en el caso de la reserva troncal los bienes reservables pueden ir a parar a miembros del tronco común que no son consanguíneos del causante y que no tenían ninguna relación previa con dichos bienes, mientras que en la reversión los beneficiados van a ser solamente los donantes o sus herederos legales. Más correcta es la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares, de 28 de mayo de 1992, cuando expresa, respecto a este derecho de retorno, que «se trata de una figura que proporciona satisfacción al deseo comúnmente sentido de los ascendientes donantes de que los bienes donados no se aparten de la línea descendiente que encabeza el donatario y, en tal sentido, al prevenir este riesgo, no cabe duda de que puede contribuir, cuando no a estimular, sí al menos a desvanecer reticencias a la hora de realizar donaciones a favor de hijos y descendientes» (10).

LA REVERSION EN EL DERECHO FORAL

Otra cuestión de interés sobre el artículo 812 y que ha tenido eco últimamente en la jurisprudencia, es su presunta aplicación en los distintos territorios forales, máxime tras la entrada en vigor de las distintas leyes autonómicas que configuran un cuerpo de Derecho Civil propio de cada comunidad y la aprobación de leyes específicas sobre la sucesión por causa de muerte, como son la Ley 40/1991 de Cataluña y la Ley 1/1999 de Aragón.

Además, y como cuestión previa, el hecho de que el precepto tenga como supuesto de hecho una donación añade todavía más dificultad a la exégesis del mismo, ya que la configuración de aquélla como contrato entronca direc-

(10) TSJAP 1992/430.

tamente con la admisibilidad de la sucesión contractual en los Derechos forales, lo cual, *a priori*, choca con la naturaleza legal de la institución.

a) LA REVERSIÓN EN EL DERECHO BALEAR

El único pronunciamiento jurisprudencial existente se ha manifestado claramente a favor de la vigencia del precepto, en este caso en la isla de Mallorca: nos referimos a la ya citada sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Palma de Mallorca, de 28 de mayo de 1992, que entiende aplicable el precepto en dicha isla tanto bajo el imperio de la Compilación de 1961 como bajo la reforma de la misma operada por la Ley 8/1990, de 28 de junio (11). El caso origen de la sentencia es muy similar a los ya contemplados anteriormente, es decir, un conflicto de intereses entre el cónyuge viudo de una persona que recibió una casa de sus padres y los herederos de éstos, conflicto planteado tras haber fallecido el donatario sin descendencia y haber nombrado en testamento heredera universal a su mujer, muriendo posteriormente también su madre; los hermanos del difunto, alegando ser titulares del derecho de reversión como herederos *ab intestato* de su madre, solicitan se declare su titularidad sobre el referido bien inmueble y se proceda al desalojo de la viuda, ocupante de la vivienda.

El Tribunal entiende que el artículo 812 es aplicable en el momento de fallecer el donatario del inmueble, abril de 1983, en cuanto que la Disposición Final segunda de la Compilación establecía que rigen los preceptos del Código Civil que no se opongan a ella y las fuentes jurídicas de aplicación general (12). Argumento ratificado posteriormente en 1990, al introducirse un nuevo artículo 43 (13), regulador de la legítima de los padres y ascendientes, que, tras determinar su cuantía —la cuarta parte del haber hereditario—, establece que «lo

(11) Si bien la referencia correcta debe entenderse en pro del Decreto Legislativo 7/1990, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Compilación del Derecho Civil de las Illes Balears.

(12) Añade el Tribunal que «la efectividad de las normas del Código queda excluida cuando se refieren a materias que cuenten con regulación específica en la Compilación o que, aun sin precepto expreso en contra, resulten inconciliables por su índole con los principios y concepciones jurídicas peculiares del Derecho de las Islas Baleares. Ninguno de esos obstáculos, empero, se opone al reconocimiento de que el artículo 812 del Código Civil poseía vigencia en Mallorca. El fenómeno de la reversión no era desconocido en Derecho Romano, donde tenía lugar respecto de los bienes objeto de la dote profecticia, esto es, la constituida por el padre o abuelo paterno, en el caso de que falleciese la mujer durante el matrimonio. Tampoco existen razones para pensar que el derecho de retorno lleve a consecuencias contradictorias con cualquiera de los principios con arreglo a los cuales se organiza la sucesión *mortis causa* en la Isla ni, en general, que produzca efectos distorsionadores dentro del sistema sucesorio».

(13) Actual artículo 43 del Texto Refundido.

dispuesto en los párrafos precedentes se entiende sin perjuicio de lo establecido en los artículos 811 y 812 del Código Civil», de modo análogo a lo indicado en el artículo 942 del Código Civil: por tanto, el derecho de reversión también tiene lugar en el Derecho balear (14), con los mismos requisitos y alcance que en el Derecho común. Sorprendentemente, tras la extensa argumentación encaminada a demostrar la aplicación del derecho de retorno regulado en el artículo 812 del Código en el territorio balear, no se concede la pretensión solicitada por los demandantes —presuntos titulares de dicho derecho— porque el donatario causante renunció a la legítima de sus padres como contrapartida precisamente a la donación recibida de su madre, lo cual es conocido en Mallorca como carta de pago por definición de tales derechos legitimarios, regulada actualmente en el artículo 50 de la Compilación (15).

b) LA REVERSIÓN EN EL DERECHO CIVIL GALLEGO

En Galicia, la Ley 4/1995, de 24 de mayo, no contiene norma alguna referente al recobro o reversión de bienes donados al causante dentro de los escasos preceptos dedicados a la sucesión *mortis causa*, por lo que hay que

(14) Con anterioridad a la reforma de 1990, VALLET advertía que el artículo 812 se aplicaba de hecho por notarios y registradores fundamentándose en la voluntad tácita de los ascendientes donantes (*Panorama del Derecho de sucesiones*, I, *Fundamentos*, Madrid, 1982, pág. 947).

(15) En su primer párrafo, dicho precepto establece que «por el pacto sucesorio conocido por definición, los descendientes, legitimarios y emancipados, pueden renunciar a todos los derechos sucesorios, o únicamente a la legítima que, en su día, pudieran corresponderles en la sucesión de sus ascendientes, de vecindad mallorquina, en contemplación de alguna donación, atribución o compensación que de éstos reciban o hubieran recibido con anterioridad». El Tribunal aprecia que, al hallarse la vivienda objeto del litigio afectada al pago de la legítima del padre premuerto, si se aplicara la reversión «vendría a suceder que, o bien no subsistiría en el patrimonio personal del causante por circunstancias ajenas a su capacidad de libre decisión valor alguno atribuible al cobro de su derecho de legítima en la herencia del padre, o bien habría de conceder viabilidad al ejercicio de las acciones conducentes a obtener ese cobro, con la considerable perturbación que tal evento produciría». El razonamiento nos parece *kafkiano*; el causante era muy libre de renunciar a cobrar la legítima, pero eso no es razón suficiente para que, si se cumplen las condiciones exigidas para la reversión, ésta se produzca. ¿Qué van a quedar menos bienes en el caudal relicto? Evidentemente que sí, pero no puede admitirse que se niegue la aplicación de un precepto a un caso concreto simplemente porque sus consecuencias sean perjudiciales para un tercero; además, el pretendido perjuicio —menor volumen del caudal relicto— se produce como consecuencia de la renuncia a la legítima del padre, no de la reversión de la casa a los herederos de la madre del causante, producida por imperativo legal. Por último, al morir el padre, después el hijo y a continuación la madre, si la casa era propiedad privativa de ésta, aunque el causante hubiera renunciado a las legítimas de ambos mediante escritura pública, pensamos que la definición sólo afectaría a la legítima de la madre, ya que realmente no llega a recibir nada de su padre que dé lugar a la renuncia.

entender que, de acuerdo con el artículo 3.1 de dicha ley (16), debe considerarse aplicable el artículo 812 en los términos ya conocidos.

c) LA REVERSIÓN EN EL DERECHO CIVIL VASCO

La norma más similar al precepto del Código es el artículo 91 de la Ley vasca —Ley 3/1992, de 1 de julio, del Derecho Civil Foral del País Vasco—, que establece que «los ascendientes suceden con exclusión de otras personas en los bienes no troncales dados por ellos a sus hijos o descendientes muertos sin posteridad, cuando los mismos objetos donados existan en la sucesión»; además, pertenece a un capítulo que contiene disposiciones comunes a las distintas formas de suceder, por lo que se aplica tanto si la sucesión es testada, intestada o contractual (17). Ahora bien, aquí hay dudas sobre si los bienes objeto de reversión se computan o no en la legítima, en cuanto que el artículo 62.1 dispone que «para el cálculo de la cuota de legítima se tomará el valor de todos los bienes de la sucesión al tiempo en que se perfeccione la delación sucesoria, con deducción de las deudas y cargas. Al valor líquido se le adicionará el de las donaciones computables».

Las donaciones objeto de reversión ¿son computables? Según dicho artículo, «sólo serán computables las donaciones de bienes no troncales efectuadas a favor de quienes no sean sucesores forzosos y todas aquéllas en que no medie apartamiento forzoso». Entendemos que los descendientes donatarios son, evidentemente, sucesores forzosos (18), por lo que hay que concluir que los bienes recobrados por sus ascendientes, según el artículo 91, no se computan para el cálculo de la legítima.

d) LA REVERSIÓN EN LOS DERECHOS CIVILES NAVARRO Y ARAGONÉS:
INCLUSIÓN DE LOS BIENES DONADOS EN EL CÓMPUTO DE LA LEGÍTIMA
DEL CÓNYUGE VIUDO

La regulación del derecho de reversión que hemos visto hasta ahora va a quebrarse, en cierto modo, en las normas forales aragonesas y navarras: si

(16) «Se aplicarán el Código Civil y las demás leyes civiles comunes cuando, al faltar costumbres y leyes civiles gallegas, esas normas no se opongan a los principios del ordenamiento jurídico gallego».

(17) Anteriormente, la Compilación, en su artículo 35 —que constituía una de las disposiciones comunes para las sucesiones testada e intestada— disponía expresamente la vigencia de los artículos 811 y 812 del Código Civil.

(18) Según el artículo 53 de la Ley, «la sucesión forzosa, sin perjuicio de lo dispuesto para la troncalidad, se defiere por el siguiente orden: 1. A los hijos, incluso los adoptivos, y demás descendientes. 2. A los padres y demás ascendientes».

bien sí se reconoce su aplicación, la solución a la relación entre reversión y legítima va a ser la opuesta a la concedida por el ordenamiento común.

Efectivamente, la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra determina, en la Ley 279 —incluida tras la reforma efectuada por la Ley Foral 5/1987, de 1 de abril—, titulada expresamente «reversión de liberalidades de los ascendientes», que «salvo renuncia del donante o disposición en contrario, harán reversión al ascendiente los bienes que éste hubiere transmitido por título lucrativo a un hijo por naturaleza o adopción plena u otro descendiente que, sin dejar posteridad, hubiera premuerto al donante» (19).

Análogamente, el artículo 209 de la norma aragonesa sobre sucesiones por causa de muerte —Ley 1/1999, de 24 de febrero—, titulado «recobro de liberalidades», establece que «los ascendientes o hermanos de quien fallece sin pacto o testamento y sin descendencia recobran, si le sobreviven, los mismos bienes que hubieran donado a éste y que aún existan en el caudal» (20). Puede comprobarse, por tanto, cómo ambos preceptos tienen presente tanto las mismas circunstancias fácticas como consecuencias jurídicas que las recogidas en el artículo 812 del Código Civil.

Sin embargo, la diferencia radica en la solución expresa que ambas normas forales prevén para el conflicto de intereses que, como hemos visto, es el más problemático en la práctica y que ha originado la escasa jurisprudencia ya comentada: la influencia que el derecho de reversión a favor de los ascendientes tiene sobre el usufructo del cónyuge viudo como legitimario del causante.

En la Compilación Navarra, dentro de la regulación del usufructo legal de fidelidad concedido al cónyuge viudo —considerado, al igual que el derecho de reversión, como limitación a la libertad de disponer *mortis causa*—, se establece en la Ley 255 su extensión, de tal modo que «el usufructo se extiende a los bienes y derechos pertenecientes al cónyuge premuerto, aunque estén afectados a llamamiento, reversión o restitución»: en consecuencia, la posición del cónyuge viudo es mucho más ventajosa en el territorio navarro que en el territorio de Derecho común —y, por ende, el gallego

(19) La Ley 279 está incluida dentro del Título X de la Compilación, que contiene normas referentes a limitaciones sobre la libertad de disponer *mortis causa*, por lo que está pensada para la sucesión testada; sin embargo, también se aplica en caso de sucesión intestada o legal, ya que la Ley 302 —rubricada como «reversión», perteneciente a las disposiciones comunes sobre la sucesión legal— remite a la 279.

(20) A diferencia de todos los cuerpos legales analizados anteriormente, la norma sucesoria aragonesa solamente permite la aplicación del derecho de recobro en el caso de la sucesión intestada, ya que el artículo 209 se encuentra ubicado en el Título VII, dedicado a la sucesión legal, y no hay ninguna norma similar dentro de las reguladoras de la sucesión testamentaria ni, como en supuestos anteriores, una remisión a dicho precepto.

y el vasco—, ya que los bienes donados a su cónyuge premuerto sí se computan a la hora de determinar su usufructo viudal.

De modo similar, aunque no de modo tan explícito, el propio artículo 209 de la Ley sucesoria aragonesa, en su tercer párrafo, advierte que «el recobro de liberalidades por los ascendientes o hermanos se entenderá sin perjuicio del derecho de viudedad que corresponda al cónyuge del donatario fallecido»; debe advertirse cómo la redacción es precisamente la opuesta al artículo 812 del Código Civil, ya que el derecho de los ascendientes excluye el de otras personas... mientras que aquí no puede perjudicar precisamente el del cónyuge viudo. Y ¿en qué se traduce ese respeto a dicho derecho de viudedad? Para precisar la respuesta, debe acudirse al artículo 72 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón, que dispone que «la celebración del matrimonio atribuye a cada cónyuge el usufructo de viudedad sobre todos los bienes del que primero fallezca, a salvo lo pactado en instrumento público o lo dispuesto de mancomún por ambos cónyuges». Si bien no hay referencia expresa respecto de los bienes recobrables, éstos son objeto del usufructo viudal, salvo que en la escritura de donación entre ascendiente y descendiente se pactara lo contrario, en beneficio del donante y perjuicio del cónyuge del donatario. El pacto, lógicamente, es expreso y redactado en escritura pública precisamente porque supone una excepción a lo dispuesto en el artículo 209.3 de la Ley de Sucesiones.

e) AUSENCIA DE REVERSIÓN LEGAL EN EL DERECHO CIVIL CATALÁN

Donde se produce una ruptura total con respecto a la vigencia del derecho de reversión sucesorio es en el Derecho catalán. Si bien en los Derechos aragonés y navarro al menos la institución es regulada, si bien con peculiaridades propias —sobre todo con efectos opuestos en lo relativo a la legítima del cónyuge viudo con respecto a lo previsto por el Código Civil (21)—, el Código de Sucesiones por causa de muerte en el Derecho Civil de Cataluña —aprobado por la Ley 40/1991, de 30 de diciembre— rechaza su aplicación expresamente en su artículo 391, según el cual «ninguna reserva ni reversión legal afectará a los bienes adquiridos por herencia o donación, salvo la reserva establecida en el presente capítulo», que contempla exclusivamente una

(21) ROMÁN GARCÍA llega a concluir —siguiendo a VALLET— que los sistemas de reversión legal regulados en Aragón y Navarra son diferentes e incompatibles con el establecido en el artículo 812 del Código Civil, por la gran fuerza con que aparecen arraigados los principios de la sucesión troncal en dichas regulaciones, además de que en el caso aragonés sólo viene referida a la sucesión intestada (cfr. *cit.*, págs. 166 y 167).

reserva de carácter vidual (22). Esta norma pone fin a una larguísima controversia doctrinal acerca de la vigencia del artículo 812 del Código en Cataluña (23), ya que el propio Código de Sucesiones excluye la aplicación tanto directa como supletoria del Código Civil en materia sucesoria en Cataluña, cuestión sobre la que la jurisprudencia ha sido tajante en tal sentido; baste citar aquí las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 9 de junio de 1997 (24), y 18 de diciembre del mismo año (25).

En el Código de 1991 tan sólo se prevé que pueda producirse una reversión a favor de ascendientes como figura de origen contractual, tal y como se deduce de la regulación de los denominados heredamientos cumulativos o

(22) De acuerdo con el artículo 387, «salvo en el caso de que el testador, donante o heredante haya dispuesto otra cosa, los bienes que el cónyuge sobreviviente haya adquirido por cualquiera de estos títulos, directamente de su difunto consorte o por sucesión intestada de un hijo común o de un descendiente de éste, pasarán a tener la calidad de reservables a favor de los hijos comunes del anterior matrimonio o de los hijos adoptivos, también comunes, o de sus descendientes, a partir del momento en que dicho consorte sobreviviente contraiga nuevas nupcias, tenga un hijo matrimonial o adopte a uno».

(23) Controversia que, lógicamente, se producía con la Compilación en su estado anterior. Si bien ya no tiene ninguna utilidad práctica, entendemos que la postura correcta era la mantenida por VIDAL FRANCÉS y GARCÍA GARCÍA («El problema de la aplicabilidad a Cataluña del art. 812 del Código Civil», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1991, págs. 933 a 961), favorable a su aplicación, en cuanto que el entonces artículo 248 establecía que la sucesión intestada se regiría por lo dispuesto en el Código Civil, salvo las especialidades contenidas en los tres artículos siguientes, remisión coherente en aquel entonces con la Disposición Final 2.^a de dicho cuerpo legal, según la cual, «en lo no previsto en la presente Compilación regirán los preceptos del Código Civil que no se opongan a ella y las fuentes jurídicas de aplicación general»; de acuerdo con lo anterior, hay que entender que resultaba aplicable en Cataluña el artículo 938, que remite a los artículos 811 y 812 del Código. La argumentación es análoga a la que hemos formulado para determinar la aplicación del artículo 812 en Galicia: ante una regulación escasa y fragmentaria, debe aplicarse el Código Civil de manera supletoria. Lo que no tenemos tan claro —como sí lo tienen los autores citados— es que el derecho de reversión se aplicaría tanto si la sucesión fuera testada como intestada; nos inclinamos por restringir su vigencia a la intestada, ya que la remisión del artículo 248 no encuentra correspondencia alguna en las normas que se dedicaban a la sucesión voluntaria; recordemos que esa es, precisamente, otra peculiaridad de la reversión en el Derecho aragonés, tan próximo en su formación histórica al catalán.

(24) RJ 1997/6357. El Tribunal afirma que, a la vista de lo indicado en el preámbulo de la Ley 40/1991, de 30 de diciembre, promulgadora del Código de sucesiones por causa de muerte en el Derecho Civil de Cataluña, dicho Código «ha regulado de forma íntegra y completa la materia sucesoria vigente en Cataluña, excluyendo absoluta y expresamente la aplicación directa o supletoria del Código Civil».

(25) RJ 1997/9013. El Tribunal remacha que «queda claro que por el carácter de completa, autónoma y global que la Ley se atribuye, queda excluida la aplicación de cualquier otro precepto. Expresamente menciona el Código Civil e implícitamente la dispersa normativa que tuvo vigencia histórica, sin perjuicio del valor interpretativo e integrador que le concede el artículo 1.2 de la Compilación del Derecho Civil de Cataluña».

mixtos (26), en concreto del artículo 89 del Código catalán, que contempla el supuesto en el que la reversión —que provoca el retorno al heredante de los bienes transmitidos tras la muerte del heredero— favorezca a los ascendientes del heredero fallecido, estableciendo la limitación de que «no podrán reclamar la legítima sobre los bienes de libre disposición del heredero comprendidos en el heredamiento», lo cual también es opuesto a las conclusiones a las que llegamos respecto a la relación entre reversión y legítima derivada del precepto correlativo del Código Civil, ya que, como es sabido, además de que los bienes objeto de reversión no se computan a la hora de calcular la legítima, los ascendientes tienen derecho tanto a una como a la otra si fueran legitimarios del donatario causante.

EDUARDO CORRAL GARCÍA

Profesor Asociado de Derecho Civil de Jerez (Cádiz)

(26) Los heredamientos son instituciones contractuales de heredero otorgadas en capitulaciones matrimoniales a favor del otro contrayente o de ambos, y de sus hijos o descendientes (art. 67). En el caso de los heredamientos cumulativos y mixtos, el heredero transmitirá a sus sucesores los bienes adquiridos de presente por el heredamiento, salvo que se haya pactado la reversión en favor del heredante (art. 84).

ACTUALIDAD JURIDICA

I. Información legislativa

A) Derecho de la Unión Europea

1. *Directiva sobre los derechos de autor.*—El Consejo de Ministros de la Unión Europea adoptó, el pasado 9 de abril, la Directiva sobre derechos de autor que regulará en todo el territorio de la Unión Europea los derechos de autor y similares en la sociedad de la información. La Directiva armoniza los derechos de reproducción, distribución y comunicación al público, la protección jurídica de los dispositivos anticopia y los sistemas de gestión de derechos.

Noticia más amplia se contiene en el Boletín de Información del Colegio de Registradores del mes de abril pasado.

B) Legislación nacional

— Ley 7/2001, de 14 de junio. Modificación de la Ley del Patrimonio del Estado, texto articulado por Decreto 1022/1964.

— Ley Orgánica 2/2001, de 28 de junio, sobre composición del Consejo General del Poder Judicial, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

— Ley 10/2001, de 5 de julio, del Plan Hidrológico Nacional.

C) Comunidades Autónomas

Aragón.—Ley de 31 de mayo. Adaptación de procedimientos a la regulación del silencio administrativo y los plazos de resolución y notificación.

Baleares.—Ley de 23 de abril. Impuesto sobre las estancias en empresas turísticas de alojamiento, destinado a la dotación del fondo para la mejora de la actividad turística y la preservación del medio ambiente.

Cataluña.—Ley de 24 de abril. Fundaciones.

Extremadura.—Ley de 18 de mayo. Crédito cooperativo.

— Ley de 26 de abril. Calidad, promoción y acceso a la vivienda.

Galicia.—Ley de 31 de mayo. Regulando la mediación familiar.

Murcia.—Ley de 24 de abril. Suelo de la Región de Murcia.

Navarra.—Ley Foral de 29 de mayo, por la que se regulan los plazos de descalificación voluntaria de viviendas de protección oficial.

II. Información de actividades

1. Cursos de verano de la Universidad Complutense

A) El Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España ha impartido en San Lorenzo de El Escorial, en los días 9, 10 y 11 de julio, un curso sobre «Las sociedades cotizadas», con el siguiente programa:

Conferencia:

Hacia un estatuto jurídico de la sociedad cotizada, por el Profesor Doctor don MANUEL OLIVENCIA, Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Sevilla. Vocal permanente de la Comisión General de Codificación.

Conferencia:

El gobierno corporativo: el modelo del Consejo de Administración. La figura del Presidente. El acceso al Consejo de Administración. Los consejeros independientes, por el Profesor Doctor don GAUDENCIO ESTÉBAN VELASCO, Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad Complutense de Madrid.

Mesa redonda:

El gobierno corporativo: los problemas de la práctica, por el señor don SANTIAGO EGUIDAZU MAYOR, Presidente de NMasl. Señor don MANUEL MÁRQUEZ DORSCH, Director General para Europa de Spencer Stuart. Señor don MANUEL SOTO SERRANO, Consejero independiente.

Conferencia:

La Junta General de Accionistas. Las reformas necesarias. Consideración especial de la representación en la Junta General de Accionistas. El ejercicio del voto, por el Profesor Doctor don ANGEL ROJO, Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad Autónoma de Madrid. Vocal permanente de la Comisión General de Codificación. Abogado.

Conferencia:

La información privilegiada, por el Profesor Doctor don JUAN FERNÁNDEZ ARMESTO, Profesor ordinario de Derecho Mercantil de la Universidad Pontificia de Comillas. Abogado.

Mesa redonda:

Las denominadas cláusulas de blindaje, por el Profesor Doctor don JOSÉ MIGUEL EMBID, Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad Literaria de Valencia. Profesor Doctor don JOSÉ MARÍA GARRIDO GARCÍA, Profesor Titular de Derecho Mercantil de la Universidad de Vigo. Profesor Doctor don JAVIER GARCÍA DE ENTERRÍA, Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Jaén.

Conferencia:

Las acciones cotizadas. El sistema de circulación de acciones. El problema de la inflamación de valores. Acciones especiales: acciones sin derecho de voto y acciones rescatables, por el Profesor Doctor don LUIS FERNÁNDEZ DEL POZO, Registrador Mercantil de Barcelona. Profesor de Derecho Mercantil de ESADE.

Conferencia:

Las operaciones sobre el capital social. Aumento del capital social. Ejercicio del derecho de suscripción preferente. Reducción del capital social, por el señor don HELIODORO SÁNCHEZ RUS, Registrador Mercantil de Barcelona.

Conferencia:

La sociedad anónima cotizada como problema: ¿Tipificación legal o regulación mediante códigos de conducta?, por el Profesor Doctor don FERNANDO SÁNCHEZ CALERO, Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad Complutense de Madrid. Vocal permanente de la Comisión General de Codificación. Abogado.

B) *La expropiación forzosa*

Director: ANTONIO PÉREZ-TENESSA (Consejero permanente de Estado). Participantes: EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA (Letrado, Consejo de Estado); MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO (Consejero permanente de Estado); J. LUIS MARROQUÍN (Sec. Cons. Admón. RENFE); ALFREDO DAGNINO (Abogado, Colegio de Abogados de Madrid); ROSA COLLADO (Letrada, Consejo de Estado); RAFAEL GÓMEZ-FERRER (UCM); JOSÉ MARI OLANO (Sec. Gral. Técnico, Medio Ambiente); JAVIER TORRE DE SILVA (Letrado, Consejo Estado); JERÓNIMO AROZAMENA (Cons. Perm. de Estado); JOSÉ LUIS PALMA (Bufete Gómez-Acebo y Pombo); JOSÉ LUIS YUSTE (Letrado Mayor, Consejo de Estado); LOURDES MAÍZ (Sec. Gral. Téc., Ministerio de Agricultura); JUAN ANTONIO XIOL (Magistrado, Tribunal Supremo); IÑIGO CAVERO (Presidente Consejo de Estado). Patrocinador: Consejo de Estado.

2. Cursos de verano de la Universidad Nacional de Educación a Distancia

A) En Avila, del 2 al 6 de julio, curso impartido por el Departamento de Derecho Civil, bajo el tema «El nuevo Derecho Civil», con las siguientes lecciones:

- *La propiedad horizontal tras las reformas de la Ley 8/1999, de 6 de abril, y de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000*, por don CARLOS LASARTE ALVAREZ, Catedrático de la UNED.
- *La realización forzosa de los bienes en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, por doña MARISELA GONZÁLEZ LÓPEZ, Profesora Titular Interina de la UNED.
- *La contratación electrónica*, por doña MARÍA DOLORES DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, Profesora Titular de la UNED.
- *La contratación en masa*, por doña MARÍA TERESA BENDITO CAÑIZARES, Profesora Titular de la UNED.
- *La Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles*, por doña ROSA ADELA LEONSEGUI GUILLLOT, Profesora Asociada de la UNED.
- *La Ley de Modernización de Explotaciones Agrarias*, por don ALFONSO SERRANO GIL, Profesor Asociado de la UNED.
- *La Ley de Ordenación de la Edificación*, por doña TERESA SAN SEGUNDO MANUEL, Profesora Ayudante de la UNED.
- *Las parejas de hecho*, por doña JUANA RUIZ JIMÉNEZ, Profesora Asociada de la UNED.
- *Los efectos jurídicos de los descubrimientos genéticos*, por doña ROSA PEÑASCO VELASCO, Profesora Asociada de la UNED.
- *Responsabilidad civil de los Centros Docentes*, por doña PATRICIA LÓPEZ PELÁEZ, Profesora Asociada de la UNED.
- *La publicidad engañosa*, por doña LOURDES TEJEDOR MUÑOZ, Profesora Titular de la UNED.
- *La protección de datos*, por doña MARÍA PAZ POUS DE LA FLOR, Profesora Titular de la UNED.

B) En Cambrils, del 2 al 6 de julio, se ha desarrollado, por el Departamento de Derecho Procesal, un curso sobre «La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», con las siguientes lecciones:

- *Valoración constitucional de la nueva LEC*, por don JOSÉ VICENTE GIMENO SENDRA, Catedrático. Ex Magistrado del Tribunal Constitucional.

- *Los principios del nuevo proceso civil*, por don JOAN PICO I JUNOY, Profesor Titular.
- *Jurisdicción y competencia en la nueva LEC*, por don JUAN MANUEL ALONSO FURELOS, Profesor Titular.
- *Pluralidad de partes en la nueva LEC*, por don TOMÁS LÓPEZ FRAGOSO, Catedrático.
- *El juicio ordinario y el juicio verbal en la nueva LEC*, por don VALENTÍN CORTES DOMÍNGUEZ, Catedrático.
- *La prueba en la nueva LEC*, por don IGNACIO SIERRA GIL DE LA CUESTA, Presidente del Tribunal Supremo (Sala Primera).
- *Recurso de reposición, queja y apelación en la nueva LEC*, por don NICOLÁS DÍAZ MÉNDEZ, Magistrado de la Audiencia Provincial.
- *Recurso de casación y recurso extraordinario por infracción procesal en la nueva LEC*, por don JOSÉ VICENTE GIMENO SENDRA, Catedrático. Ex Magistrado del Tribunal Constitucional.
- *La ejecución provisional en la nueva LEC*, por don JOSÉ MARÍA ASENCIO MELLADO. Catedrático.
- *La ejecución forzosa en la nueva LEC*, por don PABLO MORENILLA ALLARD. Profesor Titular.
- *Medidas cautelares en la nueva LEC*, por don JOSÉ LUIS VÁZQUEZ SOTELO. Catedrático.
- *El proceso monitorio y el juicio cambiario en la nueva LEC*, por don JUAN LUIS GÓMEZ COLOMER. Catedrático.
- *Clausura y entrega de diplomas*.

3. Cursos en la Universidad Internacional «Menéndez Pelayo»

Entre los meses de junio a octubre se han programado los siguientes cursos o lecciones sobre temas jurídicos:

- *Los principios del Derecho europeo de contratos*, por LUIS DÍEZ-PICAZO y la participación de ANTONIO MANUEL MORALES y ENCARNACIÓN ROCA.
- *El marco jurídico de los administradores de sociedades*. Director: ANTONIO DURÁN-SINDREU.
- *La importancia de la justicia preventiva y su encaje en la reforma de la justicia contenciosa*. Director: JUAN CARLOS MARTÍN ROMERO.
- *Nuevas fronteras de los derechos humanos*. Director: ANDRÉS OLLERO.
- *La nueva legislación penal sobre el menor: aspectos jurídicos y sociales*. Director: JOSÉ LUIS GONZÁLEZ MONTES.
- *Ley, Administración y Justicia: los nuevos equilibrios*, por don SANTIAGO MUÑOZ MACHADO.

— *El proceso penal: una reforma inaplazable*. Director: JOSÉ ANTONIO MARTÍN PALLÍN.

4. Universidad católica de Avila

1. *La cuestión agraria: agro-pecuario-forestal, alimentaria y ambiental en los países de Iberoamérica, España y de la Unión Europea.*

Síntesis de la realidad sociológica, comentario de su legislación y aportación de textos.

Con participación del IIDARA: Instituto Iberoamericano de Derecho Agrario y Reforma Agraria, CORPOANDES y Universidades del Area.

2. Economía Social y Cooperativas

Realidad sociológica cooperativa en los países de Iberoamérica, comentario de su legislación y aportación de textos.

Con participación de las Instituciones de Cooperativas del Area.

3. Gestión empresarial

Contabilidad, fiscalidad, informatización (de carácter práctico y formación profesional).

Para gerentes y directivos de empresas, principalmente, de nuestra área geográfica de Avila.

4. Aula de lengua española San Juan de la Cruz

Cursos para extranjeros, en particular de Estados Unidos de América y del Brasil.

5. Extensión Cultural

Excursiones y visitas de orden profesional, paisajes, historia, arte, etc.

5. Consejo General del Notariado

El día 4 de julio tuvo lugar en el Colegio Notarial de Madrid la presentación de la obra «INSTITUCIONES DE DERECHO PRIVADO», interviniendo en el acto los siguientes señores:

- Ilmo. Señor don JUAN BOLÁS ALFONSO, Presidente del Consejo General del Notariado.
- Ilmo. Señor don JUAN FRANCISCO DELGADO DE MIGUEL, Decano del Ilustre Colegio Notarial de Oviedo. Coordinador general de la obra.
- Excmo. Señor don LUIS DíEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Catedrático de Derecho Civil. Presidente del Consejo de Redacción de esta Revista.
- Ilmo. Señor don VÍCTOR M. GARRIDO DE PALMA, Notario de Madrid. Coordinador de la Parte IV (Familia).

JURISPRUDENCIA

I. Sentencias del Tribunal Constitucional

POR FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

Sentencia de 26 de marzo de 2001.—PROCEDIMIENTO DE EJECUCION DE HIPOTECA.—Se vulnera el derecho a la tutela judicial si falta el emplazamiento en proceso de una parte para comparecer y ser oída ante el Tribunal Supremo, que resolvió una cuestión de competencia territorial por inhibitoria.

Antecedentes.—1. El Procurador de los Tribunales, don José Luis Pinto Marabotto, en escrito que presentó en el Registro de este Tribunal, el 20 de febrero de 1997, interpuso recurso de amparo frente a la resolución judicial a que se hace mérito en el encabezamiento. En la demanda dice que el «Banco de Crédito a la Construcción, S.A.», por escritura autorizada el 18 de noviembre de 1981 ante el Notario de Valencia, don Antonio Beaus Codes, formalizó 39 préstamos a favor de «ERETA, S.A.», garantizados con hipoteca de las distintas fincas que componían un edificio, sito en el número 16 de la Avenida de la Paz, en la localidad de Alcudia de Crespins. En dicha escritura las partes, con renuncia a su propio fuero, se sometieron expresamente a la competencia de los Juzgados y Tribunales de Madrid para toda cuestión litigiosa que pudiera plantearse con relación a los préstamos formalizados en dicho instrumento público. Producido el incumplimiento de las obligaciones de pago pactadas, el «Banco Hipotecario de España, S.A.», que por entonces ya se había fusionado, por absorción, con el «Banco de Crédito a la Construcción, S.A.», previo requerimiento notarial, formuló demanda de procedimiento de la Ley de 2 de diciembre de 1872, ante el Juzgado de Primera Instancia número 31 de Madrid, el cual ordenó librar exhorto al Juzgado de Primera Instancia de Játiva para requerimiento de pago y apercibimiento de embargo de los bienes hipotecados. En este momento la parte ejecutada planteó cuestión de competencia territorial, por inhibitoria, ante el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Játiva, sosteniendo la competencia del Juzgado de dicha localidad frente al de Madrid que tramitaba el pleito principal. El Juzgado de Játiva, previo informe del Ministerio Fiscal, estimó que era competente y remitió los correspondientes oficios inhibitorios al Juzgado de Primera Instancia número 31 de Madrid; el «Banco Hipotecario de España, S.A.», se opuso, en tiempo y forma, mediante escritos de 3 de diciembre de 1993 y de 24 de enero de 1994, a las cuestiones de competencia planteadas.

Por su parte, el 25 de marzo de 1994, el Juez de Primera Instancia número 31 de Madrid dictó Auto acordando no haber lugar a inhibirse del conocimiento de la ejecución hipotecaria seguida ante el mismo. En este sentido adujo que, habiéndose suscitado el tema con anterioridad, la Audiencia Provincial de Madrid, en sentencia de 26 de octubre de 1993, había resuelto que no cabía aplicar por analogía al procedimiento regulado en la Ley de 2 de diciembre de 1872, las normas de la Ley Hipotecaria, sino las generales de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por cuanto la analogía sólo es aplicable a situaciones en que no existe regulación. Y acordó comunicar dicha resolución al Juez requirente de inhibición, interesando al mismo tiempo de dicho Juzgado le contestara si le dejaba en libertad para continuar el procedimiento o debían remitirse los autos al órgano judicial superior correspondiente para la resolución de la competencia. Así las cosas, el 28 de enero de 1997, se notifica al recurrente la providencia por la que se tienen por recibidos los autos procedentes de la Sala Primera del Tribunal Supremo, y resuelta la cuestión de competencia por inhibitoria, mediante sentencia de 14 de noviembre de 1996. Sin embargo, el «Banco Hipotecario de España, S.A.», no recibió la notificación de la remisión de los autos al Tribunal Supremo ni fue emplazado para que en término de diez días se personara ante el mismo. Así, la única comunicación que ha tenido de la remisión de los autos ha sido, precisamente, la providencia de 23 de enero de 1997, notificada el siguiente día 28, por la que, una vez resuelto por el Tribunal Supremo el recurso de la cuestión de competencia por inhibitoria, se remiten los autos al Juzgado requirente.

2. La demanda continúa invocando la lesión constitucional de los artículos 24.1 y 9 CE, al no habersele notificado la decisión del Juez de Primera Instancia de Madrid, por la que se acordó la remisión de las actuaciones al Tribunal Supremo, no emplazando, pues, a la recurrente para que pudiese personarse en dicho Tribunal, e impidiéndole, de este modo, que en esa sede pudiese efectuar las alegaciones que estimara oportunas en defensa de la competencia del Juzgado de Madrid. De hecho, la sentencia del Tribunal Supremo no le ha sido notificada, y —según reitera— la primera noticia que tuvo de la misma fue en el momento de comunicársele, el día 28 de enero de 1997, una providencia fechada el anterior día 23, por la que se tienen por recibidas las actuaciones enviadas por el Tribunal Supremo. Por otra parte, en lo que respecta al artículo 9 CE considera que se vulnera en la sentencia del Tribunal Supremo el principio de seguridad jurídica cuando ésta entiende abusiva la cláusula de remisión expresa inicialmente incorporada a la escritura de constitución de los préstamos hipotecarios y no tiene en cuenta que la demanda hipotecaria se interpuso con posterioridad a la Ley 10/1992, de 30 de abril, que no modificó la regulación de la competencia judicial establecida en la Ley de 1872.

Fallo.—El Tribunal Constitucional ha decidido:

Estimar el presente recurso de amparo y en su virtud:

1.º Reconocer que se ha lesionado el derecho de la entidad demandante a la tutela judicial efectiva sin indefensión.

2.º Restablecerla en su derecho y, a tal fin, declarar la nulidad de la sentencia dictada por la Sala Primera del Tribunal Supremo, el 14 de noviembre de 1996, que resolvió la cuestión de competencia por inhibitoria, número 1444/99, acumulada a la número 1445/99, retrotrayendo las actuaciones al momento inmediatamente anterior a aquél en el que debió ser emplazada la recurrente.

Fundamentos jurídicos.—1. El amparo que se pretende tiene como objeto único la sentencia que el 14 de noviembre de 1996 dictó la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, a quien se imputa haberla pronunciado inaudita parte originando, pues, la indefensión proscrita como la tacha más grave de la cual puede adolecer la tutela judicial, no ya para resultar efectiva, sino simplemente para ser. Lo dicho marca nítidamente el criterio metodológico a seguir en el razonamiento jurídico, cuyos dos polos habrán de ser la comparecencia en juicio en sus aspectos subjetivo y temporal con el análisis de los efectos consiguientes, por una parte, y el concepto de indefensión, ligado al principio de contradicción. Una vez hecho así, podrá alcanzarse la conclusión pertinente que, en casos semejantes, según nuestra copiosísima doctrina al respecto, está en función de dos elementos, la transgresión formal de una regla procesal y la existencia de un perjuicio real.

Ahora bien, la entidad recurrente en la demanda de amparo aborda de manera directa el problema de fondo suscitado en orden a la determinación de a qué órgano judicial, por razón territorial, le correspondía la competencia para conocer del pleito, y que ha sido resuelto por la Sala Primera del Tribunal Supremo en función de la doctrina establecida en la propia jurisprudencia, pero en la forma en que ahora se queja la demandante. Sin embargo, como este Tribunal ha afirmado en reiteradas ocasiones, la determinación de la competencia entre los distintos órganos de la jurisdicción ordinaria es una cuestión ajena al contenido de los derechos fundamentales consagrados en el artículo 24 CE (SSTC 102/1987, de 17 de junio, y 54/1998, de 16 de marzo), no siendo éste el lugar apropiado para elucubraciones o especulaciones sobre el eventual éxito o fracaso de la posición dialéctica de quienes fueron privados de la posibilidad de redargüir. Pues, en definitiva, cualquier juicio presuntivo o probabilístico sobre tal cuestión, carente por lo demás de los elementos necesarios para hacerlo con seriedad, invadiría el plano de la legalidad que nos está vedado.

2. Descartado lo anterior, procede ahora analizar, siguiendo un orden lógico en el examen de las quejas de la demandante de amparo, si su falta de emplazamiento personal —según denuncia— ha supuesto o no una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión que reconoce el artículo 24.1 CE. Al respecto, es necesario traer a colación la reiterada doctrina constitucional que ha venido resaltando la importancia, en todos los órdenes jurisdiccionales, de la efectividad de los actos de comunicación procesal y, en particular, del emplazamiento, a través del cual el órgano judicial pone en conocimiento de quienes ostentan algún derecho o interés la existencia misma del proceso, dada la trascendencia que estos actos revisten para garantizar el principio de contradicción, que integra el derecho a la tutela judicial efectiva (SSTC 334/1993, de 15 de noviembre, FJ 2; 113/1998, de 1 de junio, FJ 3; 26/1999, de 8 de marzo, FJ 3). Consecuencia de todo ello es que los actos procesales de comunicación a cargo de las oficinas judiciales, y especialmente aquéllos cuyos destinatarios son quienes habrían de actuar como parte en el proceso, ofrezcan una singular trascendencia por constituir el instrumento indispensable para hacer posible la defensa en juicio de esos derechos e intereses controvertidos (STC 36/1987, de 25 de marzo), previniendo así el riesgo de una condena inaudita parte, sin ser oído y vencido en juicio.

No obstante la doctrina constitucional reseñada ha sido progresivamente matizada y perfilada. Un ejemplo reciente es la STC 1/2000, de 17 de enero,

donde advertimos que no toda falta de emplazamiento personal puede ser calificada como vulneradora del derecho a la tutela judicial efectiva, pues la condición o personalidad de quien afirma haber sufrido la lesión, los propios medios de los que el órgano judicial haya podido disponer para practicar y hacer efectivo el emplazamiento personal, la diligencia que el presuntamente lesionado haya observado a fin de comparecer en el proceso, el conocimiento extraprocesal que haya podido tener acerca de su existencia, o, en fin, el momento mismo en que llegó a conocer la sentencia que puso término al proceso, son, entre las más significativas, aunque no exclusivas, causas o hechos determinantes de la valoración y juicio que la infracción procesal pueda y deba merecer desde la perspectiva de aquel derecho fundamental (STC 65/1994, de 28 de febrero, FJ 3).

En concreto, por lo que se refiere a la diligencia exigible a quien denuncia una situación de indefensión como consecuencia de la falta de emplazamiento personal, el Tribunal Constitucional tiene declarado que tal infracción procesal sólo deviene en lesión constitucional cuando, pese a mantenerse por el litigante una actitud diligente, se ve colocado en una situación de indefensión, ya que no es de recibo que mantenga una denuncia constitucional de indefensión quien, por su actitud pasiva y negligente, coadyuvó a su producción al no comparecer en el proceso estando a tiempo de hacerlo, pese a tener conocimiento de su existencia por cauces distintos al emplazamiento personal o haberlo podido tener si hubiera empleado una mínima diligencia (SSTC 105/1995, de 3 de julio, FJ 4; 122/1998, de 15 de junio, FJ 3; 26/1999, de 8 de marzo, FJ 3). De otro modo la protección ilimitada del derecho del no emplazado, que transformaría ese derecho en un requisito pura y rígidamente formal, conllevaría, en su automatismo, el sacrificio del derecho a la tutela judicial efectiva de quien, actuando de buena fe, fue parte en el proceso y se creía protegido por la paz y la seguridad jurídica que implica la institución de la cosa juzgada (SSTC 56/1985, de 29 de abril, FJ 4; 97/1991, de 9 de mayo, FJ 2; 122/1998, de 15 de junio, FJ 3; 26/1999, de 8 de marzo, FJ 3).

3. Por consiguiente, una vez más, este Tribunal ha de emprender la tarea de discernir si la falta de emplazamiento personal y directo en el procedimiento judicial ha conculcado el derecho a la tutela judicial efectiva que, como derecho fundamental, se configura en la Constitución, pues, como se ha dicho, su tacha más grave es la indefensión (art. 24.1 CE). A este objetivo apunta la pretensión que se esgrime en este pleito constitucional con el apoyo, a posteriori, del Ministerio Público. Tal y como puede leerse en los antecedentes, en este caso, la entidad demandante ostentaba un legítimo interés personal y directo en el proceso sustanciado ante el Tribunal Supremo, a raíz de que fuera suscitada la cuestión de competencia por quien aparecía como parte demandada en procedimiento de ejecución hipotecaria seguido en el Juzgado de Primera Instancia número 31 de Madrid. Por tanto, la entidad bancaria, actora en el pleito principal, debió ser emplazada, una vez que dicho órgano judicial rechazó el requerimiento de inhibición efectuado por el Juzgado número 3 de Játiva, que así reclamaba la competencia para conocer del pleito. La lectura del artículo 100 LEC no deja margen a la duda en cuanto ordena que, en este tipo de controversias, «la remesa de los autos se hará siempre con emplazamiento de las partes por término de diez días, cuando se remitan a la Audiencia o al Tribunal Supremo».

Ahora bien, en las actuaciones remitidas a este Tribunal Constitucional no consta, en efecto, que por el órgano judicial se emplazara a la demandante de

amparo para comparecer en el proceso entablado en el Tribunal Supremo. Por lo que pocas dudas puede haber de que en casos como éste de lo que se trata de evitar es que nadie pueda sufrir perjuicio alguno de sus derechos subjetivos o de sus intereses legítimos por una decisión judicial producida a sus espaldas, en el curso de un proceso donde no se le haya dado ocasión de comparecer para defenderse, si a bien lo tuviere, según decíamos en la STC 254/2000, de 30 de octubre. Consecuencia de ello es que los actos procesales de comunicación a cargo de las oficinas judiciales y especialmente aquéllos cuyos destinatarios son quienes habrían de actuar como parte en el proceso, ofrezcan una singular trascendencia por constituir el instrumento indispensable para hacer posible la defensa en juicio de esos derechos e intereses controvertidos (STC 36/1987, de 25 de marzo), previniendo así el riesgo de una condena inaudita parte, sin ser oído y vencido en juicio. No puede haber victoria donde no hubo oportunidad de luchar o, dicho en lenguaje forense, litigar. Por ello, la citación o el emplazamiento por medio de edictos, cuya recepción por el destinatario del llamamiento judicial no puede ser demostrada, ha de entenderse necesariamente como un último y supletorio remedio al que sólo cabe acudir cuando efectivamente el domicilio no fuere conocido (SSTC 97/1992, de 11 de junio, y 193/1993, de 14 de junio, entre otras) siendo, en principio, compatible con el artículo 24.1 CE (STC 97/1992), siempre y cuando se llegue a la convicción razonable o a la certeza del hecho que le sirve de factor desencadenante, no ser localizable el demandado, a cuyo fin la oficina judicial ha de agotar las gestiones en averiguación del paradero por los medios normales a su alcance (STC 29/1997, de 24 de febrero).

4. Es claro que en el caso sometido a nuestra consideración, era posible el emplazamiento de la demandante. Sin embargo, no consta en las actuaciones que ante nosotros obran, la correspondiente diligencia acreditativa de que tal emplazamiento hubiera sido hecho, pues sólo aparece una providencia del Juez de Primera Instancia número 31 de Madrid, de fecha 18 de octubre de 1994, por medio de la cual se remitían a la Sala Primera del Tribunal Supremo los autos y documentación del procedimiento incoado por «Banco Hipotecario de España, S.A.». Esta irregular conducta procesal no sólo vulneró las normas que, como se ha visto, obligan a efectuar dicho emplazamiento, sino que también produjo la indefensión que ahora se denuncia. En efecto, la omisión de aquel deber de emplazamiento determinó, en lo que ahora interesa, que la recurrente se viera impedida de personarse y actuar en defensa de sus derechos e intereses a través de las alegaciones que estimara oportuno hacer llegar al juzgador que, definitivamente, habría de resolver la cuestión de competencia. Así las cosas, no cabe duda de que, según lo dicho anteriormente, no se actuó con la suficiente diligencia, volatilizandando por tanto el derecho del litigante a obtener una tutela judicial efectiva sin indefensión, conclusión que, por tanto, conduce derechamente al otorgamiento del amparo.

F. C. D.

II. Resoluciones de la Dirección General

Por FERNANDO CURIEL LORENTE

A) RESOLUCIONES PUBLICADAS EN EL *BOE*

a) Registro de la Propiedad

Resolución de 2 de marzo de 2001
Registro de la Propiedad de Tarragona, número 3
(*BOE* 7-6-2001)

EXCESO DE CABIDA. PROPIEDAD HORIZONTAL: POSIBILIDAD DE INSCRIPCION EN UN ELEMENTO PRIVATIVO.

No puede afirmarse, con carácter general, que la inscripción de un exceso de cabida en un elemento privativo de una propiedad horizontal exija en todo caso la modificación del título constitutivo. Será así cuando la diferencia de superficie sea debida a una alteración de los linderos del elemento, pero no cuando, sin alteración del perímetro, se trata, exclusivamente, de hacer constar la superficie real resultante de una correcta medición, en cuyo caso podrá utilizarse, como en el caso del recurso, el expediente de dominio.

Resolución de 29 de marzo de 2001
Registro de la Propiedad de Alicante, número 3
(*BOE* 6-6-2001)

ANOTACION DE DEMANDA. CANCELACION POR SENTENCIA ABSOLUTORIA.

Solicitada la cancelación de una anotación de demanda, que al presentarse la solicitud se encuentra ya caducada, mediante la presentación del testimonio de la sentencia firme por la que se absolvía al demandado, no puede mantenerse la calificación denegatoria de la cancelación que, por otra parte, constituye un cúmulo de dificultades artificiales puestas al documento.

La sentencia absolutoria es suficiente por sí misma para obtener la cancelación de la anotación (cfr. art. 207 RH), aun cuando expresamente no se ordene la misma.

Resolución de 2 de abril de 2001
Registro de la Propiedad de Orense, número 1
(BOE 6-6-2001)

CANCELACION. NULIDAD DE TITULO. TRACTO SUCESIVO.

Declarada en procedimiento penal la nulidad de unas capitulaciones matrimoniales por delito de alzamiento de bienes y ordenada la cancelación de su inscripción y la de la aportación de bienes procedentes de la sociedad conyugal liquidada a una sociedad mercantil, no procede la cancelación al no haber sido parte en el procedimiento la sociedad a cuyo favor constan inscritos los bienes (parece desprenderse que la mera notificación de la sentencia condenatoria no equivale a la demanda necesaria).

Resolución de 3 de abril de 2001
Registro de la Propiedad de Chiclana de la Frontera
(BOE 6-6-2001)

PROPIEDAD HORIZONTAL. ANOTACION DE EMBARGO POR CUOTAS IMPAGADAS. TRACTO SUCESIVO.

Aun cuando pueda aceptarse que la afección de los elementos privativos al pago de los gastos comunes (cfr. art. 9.5 LPH) opera como una carga tácita, incluso en perjuicio de propietarios posteriores al que incurrió en el impago, para hacer efectiva dicha eficacia es preciso que la demanda se dirija contra el titular registral para evitar la indefensión, proscrita por el artículo 24 CE, que en otro caso se produciría.

Resolución de 4 de abril de 2001
Registro de la Propiedad de Orense, número 2
(BOE 6-6-2001)

CANCELACION. NULIDAD DE TITULO. TRACTO SUCESIVO.

Declarada en procedimiento penal la nulidad de unas capitulaciones matrimoniales por delito de alzamiento de bienes y ordenada la cancelación de su inscripción y la de la aportación de bienes procedentes de la sociedad conyugal liquidada a una sociedad mercantil, no procede la cancelación al no haber sido parte en el procedimiento la sociedad a cuyo favor constan inscritos los bienes (parece desprenderse que la mera notificación de la sentencia condenatoria no equivale a la demanda necesaria).

Resolución de 5 y 9 de abril de 2001
Registro de la Propiedad de Murcia, número 2
(BOE 6-6-2001)

HIPOTECA. INTERESES: DETERMINACION DE LA RESPONSABILIDAD. ALCANCE DE LA SUSPENSION POR ESTE MOTIVO. CERTIFICACION BANCARIA, ARTICULO 1.435 LEC: EFICACIA.

Pactándose que el préstamo devengará intereses a tipo variable y determinándose una responsabilidad hipotecaria por este concepto en razón de un tipo que se señala como máximo, no es necesario, además, establecer un tipo máximo de interés para el devengo de los intereses.

La expresión «a efectos hipotecarios», que matiza la fijación del tipo máximo de interés, sólo puede entenderse en el sentido de señalarlo a efectos de determinación de la responsabilidad hipotecaria por este concepto.

La suspensión o denegación de la inscripción en cuanto a los intereses por falta de determinación de la responsabilidad hipotecaria por este concepto no impide la inscripción de la hipoteca en cuanto a los restantes conceptos garantizados, si así lo solicita el interesado.

Es válido el pacto por el que se encomienda a la entidad de crédito, a través de la certificación prevista en el artículo 1.435 LEC, la liquidación de la deuda, aun cuando no se prevea la aplicación del artículo 153 LH, por cuanto se refiere sólo al procedimiento ejecutivo ordinario, en el que se establecen legalmente las garantías a favor del deudor.

Resolución de 6 de abril de 2001
Registro de la Propiedad de Palma de Mallorca, número 2
(BOE 6-6-2001)

CANCELACION. MANDAMIENTO CONTRADICTORIO CON LA SENTENCIA QUE LO MOTIVA.

No puede procederse a la cancelación ordenada en mandamiento dictada en ejecución de una sentencia, de cuyos términos resulta haberse dejado sin efecto la declaración de nulidad del título que justificaba la orden de cancelación de la inscripción de dicho título.

Resolución de 7 de abril de 2001
Registro de la Propiedad de Jerez de la Frontera, número 3
(BOE 6-6-2001)

PROPIEDAD HORIZONTAL. ANOTACION DE EMBARGO POR CUOTAS IMPAGADAS. TRACTO SUCESIVO.

Embargados varios pisos en régimen de propiedad horizontal por deudas a la comunidad y transmitido su dominio tras el embargo, no procede tomar la anotación del embargo trabado si, al presentarse el mandamiento que lo ordena, figuran ya inscritos los pisos a favor de los adquirentes, por cuanto,

aun cuando la anotación carezca de valor constitutivo, el principio de prioridad (art. 17 LH) impone el cierre del Registro a los títulos que, aún siendo anteriores al ahora inscrito, se opongan o sean incompatibles con éste.

Resolución de 25 de abril de 2001
Registro de la Propiedad de Gijón, número 2
(BOE 6-6-2001)

**TUTELA. HERENCIA: ACEPTACION Y PARTICION. INTERESES CONTRA-
PUESTOS. REQUISITOS.**

Se presenta escritura de aceptación y partición de herencia en que uno de los interesados es una persona incapacitada representada por su tutor, también interesado en la herencia, habiéndose obtenido aprobación judicial. El Registrador rechaza la inscripción por entender necesario el nombramiento de un defensor judicial, por la contraposición de intereses, y la autorización judicial, por la aceptación de herencia en nombre del incapacitado sin beneficio de inventario. La resolución, aun aceptando la tesis del Registrador, considera que por las circunstancias concurrentes en el caso, en particular la aprobación judicial de lo actuado por el tutor, cabe proceder a la inscripción solicitada.

Resolución de 4 de mayo de 2001
Registro de la Propiedad de Alicante, número 3
(BOE 19-6-2001)

**RECURSO GUBERNATIVO. CALIFICACION: FORMA SUFICIENTE. GANAN-
CIALES. ADJUDICACION POR EL CONYUGE SUPERSTITE EN INSTANCIA
PRIVADA**

Aun cuando la nota de calificación que se recurre debe figurar, en principio, al pie del propio documento calificado, no hay obstáculo en reputar como tal la que aparece consignada en un documento aparte expedido por el Registrador, en el que se identifique debidamente el título a que se refiere y los defectos observados.

Debe reputarse suficientemente efectuada la liquidación de la sociedad cuando el cónyuge supérstite manifiesta en el documento que, siendo ganancial el único bien relictos, se adjudica la mitad en concepto de herencia, por ser evidente que la otra mitad le corresponde en concepto de liquidación de la comunidad.

Esta adjudicación puede constar en instancia privada a efectos de su inscripción por cuanto el legislador y la doctrina más autorizada entienden que sólo es exigible documento notarial en este supuesto cuando haya más de un interesado llamado a la sucesión (arts. 16 LH y 79 RH).

Resolución de 7 de mayo de 2001
Registro de la Propiedad de Nules, número 1
(BOE 19-6-2001)

CONCURSO DE ACREEDORES. ANOTACION DE EMBARGO POSTERIOR: POSIBILIDAD.

Dados los estrechos cauces en que se desenvuelve el recurso, debe revocarse la calificación del Registrador en cuanto a la negativa a extender la anotación de embargo de bienes del concursado, por cuanto nada se opone a su práctica, pues dicha anotación es una simple medida cautelar que en nada obsta al concurso y que podría desempeñar su utilidad en el caso de que, por cualquier causa, quedara sin efecto el repetido concurso.

Resolución de 8 de mayo de 2001
Registro de la Propiedad de Córdoba, número 4
(BOE 19-6-2001)

FIDEICOMISO. ACREDITACION DE LA INEXISTENCIA DE OTROS LLAMADOS.

No puede estimarse acertada la exigencia de que debe acreditarse la inexistencia de otros descendientes posteriores a los designados en los respectivos testamentos, toda vez que ello conduciría a la ineficacia de todo testamento como título sucesorio si no va acompañado de un acta acreditativa de la inexistencia de otros herederos que los nombrados en el propio testamento, consecuencia esta que aparece contradicha en la propia regulación legal (art. 14 LH).

Resolución de 9 de mayo de 2001
Registro de la Propiedad de Valencia, número 13
(BOE 19-6-2001)

RETRACTO. CANCELACION DE CARGAS POSTERIORES.

Aun cuando en el orden sustantivo el retracto legal, en este caso arrendaticio, es eficaz frente a terceros, para hacer efectiva dicha eficacia es preciso que el procedimiento se dirija contra todos aquéllos que aparecen en el Registro como titulares de derechos reales en el momento de hacerla valer y se evite la aparición de otros nuevos mediante la anotación de la demanda interpuesta. Si, tomada anotación, ésta caduca, es como si no hubiera existido y, por tanto, no puede procederse ya a la cancelación de los asientos posteriores a dicha anotación.

Resolución de 10 de mayo de 2001
Registro de la Propiedad de Las Palmas, número 1
(BOE 19-6-2001)

EXPEDIENTE DE DOMINIO. REANUDACION DE TRACTO. NOTIFICACION A CAUSAHABIENTES DEL CONYUGE DEL TITULAR.

La necesaria notificación al titular registral, según la última inscripción de dominio de menos de treinta años de antigüedad, se hace extensiva a su cónyuge cuando, aun inscrito el inmueble a nombre sólo de una persona, resultaba imprescindible el consentimiento del cónyuge para los actos dispositivos. Esta notificación no puede, además, extenderse a los herederos del cónyuge ya fallecido, pues no pueden pretender la protección registral quienes no se han acogido a ella, teniendo en cuenta, por otra parte, que la citación a personas ignoradas mediante edictos evita que se produzca frente a ellas la indefensión proscrita por el artículo 24 CE.

Resolución de 11 de mayo de 2001
Registro de la Propiedad de Badalona, número 1
(BOE 19-6-2001)

HIPOTECA. PROCEDIMIENTO JUDICIAL SUMARIO. CANCELACION DE CARGAS POSTERIORES EXISTIENDO UNA ANOTACION DE DEMANDA DE NULIDAD DE LA HIPOTECA.

Bajo la LEC anterior, la anotación de demanda de nulidad de la hipoteca (en el caso bajo la forma de querella penal) no es de las que puedan cancelarse en virtud del auto que aprueba la adjudicación de la finca hipotecada. Bajo la nueva LEC 2000, sólo subsistiría la anotación de demanda de nulidad si fuera anterior a la nota de expedición de certificación de cargas.

La subsistencia de la anotación de demanda de nulidad de la hipoteca no impide la cancelación de otras cargas posteriores distintas, si bien tales cancelaciones quedan sujetas a las consecuencias de la demanda de nulidad de la hipoteca, de modo que, si por anularse la hipoteca, se cancelara la inscripción de la adjudicación, debería también quedar sin efecto la cancelación de las cargas motivada por la ejecución.

Resolución de 12 de mayo de 2001
Registro de la Propiedad de Sacedón
(BOE 28-6-2001)

HIPOTECA. EJECUCION. INTERVENCION DEL HIPOTECANTE NO DEUDOR Y ACTUAL TITULAR REGISTRAL DE LA FINCA HIPOTECADA.

No puede procederse a la inscripción de la adjudicación de una finca aprobada en procedimiento judicial sumario seguido sólo contra el deudor cuando resulta que la única notificación efectuada al hipotecante y titular registral se ha producido cuatro años después de la fecha de la aprobación del remate, habiéndose infringido las reglas 3.ª y 5.ª del artículo 131 LH y no

constando el consentimiento expreso del citado titular o sentencia firme en procedimiento entablado contra él que ordene la rectificación o cancelación del correspondiente asiento registral.

Resolución de 14 de mayo de 2001
Registro de la Propiedad de San Sebastián, número 5
(BOE 29-6-2001)

TRACTO SUCESIVO. ANOTACION DE DEMANDA. FINCA INSCRITA A FAVOR DE PERSONA DISTINTA DE LA DEMANDADA.

No cabe la anotación de una demanda ordenada en procedimiento en que el titular registral no ha tenido la intervención que las leyes le confieren. No se desvirtúa esta doctrina por el hecho de que la persona demandada sea actualmente titular de todas las participaciones sociales de la sociedad titular registral de la finca, pues tal sociedad no ha sido demandada, sin que el recurrente pueda alegar indefensión al no haber utilizado los mecanismos procedimentales adecuados (Decreto-ley 18/1869, hoy recogidos en los arts. 630 y sigs. LEC).

Resolución de 16 de mayo de 2001
Registro de la Propiedad de Murcia, número 2
(BOE 28-6-2001)

HIPOTECA. INTERESES: DETERMINACION. CERTIFICACION BANCARIA. INSCRIPCION PARCIAL.

Pactándose que el préstamo devengará intereses a tipo variable y determinándose una responsabilidad hipotecaria por este concepto en razón de un tipo que se señala como máximo, no es necesario, además, establecer un tipo máximo de interés para el devengo de los intereses.

La expresión «a efectos hipotecarios», que matiza la fijación del tipo máximo de interés, sólo puede entenderse en el sentido de señalarlo a efectos de determinación de la responsabilidad hipotecaria por este concepto.

La suspensión o denegación de la inscripción en cuanto a los intereses por falta de determinación de la responsabilidad hipotecaria por este concepto no impide la inscripción de la hipoteca en cuanto a los restantes conceptos garantizados, si así lo solicita el interesado.

Es válido el pacto por el que se encomienda a la entidad de crédito, a través de la certificación prevista en el artículo 1.435 LEC, la liquidación de la deuda, aun cuando no se prevea la aplicación del artículo 153 LH, por cuanto se refiere sólo al procedimiento ejecutivo ordinario, en el que se establecen legalmente las garantías a favor del deudor.

Resolución de 17 de mayo de 2001

Registro de la Propiedad de Las Palmas, número 1
(BOE 19-6-2001)

HIPOTECA. CREDITO EN DIVISAS. RESPONSABILIDAD POR PRINCIPAL. INTERESES VARIABLES: DETERMINACION Y LIMITE DE RESPONSABILIDAD. PROCEDIMIENTO EXTRAJUDICIAL: POSIBILIDAD.

No cumple las exigencias de determinación, la designación del interés por referencia a un mercado financiero no determinado, concretado en términos imprecisos y con adición de conceptos (gastos, comisiones) también indeterminados.

La expresión utilizada «límite de responsabilidad por el concepto de principal...» permite entender cumplida la exigencia de que se constituya como de máximo la hipoteca constituida en garantía de la devolución de un crédito en divisas.

No es correcta la fijación de un máximo de responsabilidad por intereses variables sólo frente a terceros.

Aun cuando el procedimiento extrajudicial no es utilizable en caso de obligaciones cuya cuantía no aparezca inicialmente determinada, lo que, en principio dejaría excluidas las hipotecas de máximo, nada impide al acreedor obtener en su día un título suficiente que concrete la deuda y le permita acudir a la ejecución por ese procedimiento.

Resoluciones de 18 y 19 de mayo de 2001

Registro de la Propiedad de Santa Cruz de Tenerife, número 3
(BOE 19-6-2001)

TRACTO SUCESIVO. ANOTACION DE DEMANDA: NO CABE SOBRE FINCAS INSCRITAS A FAVOR DE PERSONA DISTINTA DEL DEMANDADO.

No cabe extender una anotación de demanda sobre fincas que no aparezcan inscritas a favor del demandado aunque éste sea el titular único de todas las participaciones de la sociedad propietaria de los bienes.

Resolución de 21 de mayo de 2001

Registro de la Propiedad de Badajoz, número 3
(BOE 19-6-2001)

APREMIO ADMINISTRATIVO. ALCANCE DE LA CALIFICACION. TRAMITES ESENCIALES.

La calificación del Registrador debe extenderse a los trámites esenciales del procedimiento administrativo de apremio.

Es trámite esencial la notificación de la providencia de apremio y diligencia de embargo, pero no la notificación de la subasta.

Resolución de 22 de mayo de 2001
Registro de la Propiedad de Espluges de Llobregat
(BOE 28-6-2001)

HIPOTECA. ANTICIPACION DE INTERESES CON REDUCCION DEL PRINCIPAL. VALIDEZ.

Aun cuando en principio el prestatario sólo se obliga a devolver una cantidad igual a la recibida y, por tanto, el principal debe ser entregado en su integridad, la validez del pacto de anticipación de los intereses (art. 1.755 del Código Civil) lleva a considerar también válido el descuento que sobre el capital prestado realiza el acreedor para cobrar anticipadamente los intereses, sin que ello determine indeterminación del principal prestado.

Resolución de 23 de mayo de 2001
Registro de la Propiedad de León, número 3
(BOE 28-6-2001)

PROPIEDAD HORIZONTAL. MODIFICACION DE TITULO CONSTITUTIVO. UNANIMIDAD REQUERIDA.

Plantea la Resolución, sin poder resolverlo por no haber sido materia del recurso, si la modificación del título constitutivo del régimen de propiedad horizontal, consistente en la alteración de las cuotas, tiene el carácter de acto que afecta al contenido del derecho de dominio y exige el consentimiento individualizado en documento público de los propietarios y titulares registrales de cada departamento o, por el contrario, puede ser considerado acto colectivo objeto de un acuerdo de comunidad adoptado por unanimidad y ejecutado por el órgano representativo de aquélla, bastando con que se acredite la validez del acuerdo pero no las exigencias del tracto sucesivo registral.

Con la certificación presentada, de la que resulta únicamente que la Junta General adoptó el acuerdo de modificación por unanimidad, no puede saberse si la unanimidad producida fue la de los asistentes o la de todos los propietarios, lo que sería necesario para calificar la posibilidad de inscripción, si se opta por la consideración de la modificación como acto colectivo en los términos expresados.

Resolución de 24 de mayo de 2001
Registro de la Propiedad de Torrelavega, número 1
(BOE 28-6-2001)

ANOTACION DE EMBARGO. CADUCIDAD TRAS LA PRORROGA. ARTICULO 199 RH: APLICACION EN APREMIO ADMINISTRATIVO.

La identidad sustancial entre el embargo por deudas tributarias y el embargo judicial (cfr. art. 132 LGT) obliga a hacer aplicación a la anotación de un embargo trabado en procedimiento administrativo de apremio de la norma contenida en el artículo 199 RH (anterior a LEC 2000), según la cual, una vez prorrogada la anotación, no cabe su cancelación por caducidad.

Resolución de 25 de mayo de 2001
Registro de la Propiedad de Madrid, número 31
(BOE 28-6-2001)

REPRESENTACION. NECESIDAD DE ACREDITACION.

Toda representación debe ser acreditada en el Registro con la correspondiente documentación pública, siendo irrelevantes las manifestaciones del supuesto representante sobre su prolongada y pacífica posesión del inmueble al que se refiere el acto (modificación de propiedad horizontal) todavía inscrito a nombre del supuesto representado.

Resolución de 26 de mayo de 2001
Registro de la Propiedad de Alcalá de Henares, número 3
(BOE 28-6-2001)

HIPOTECA. AMPLIACION DE PRESTAMO. IMPOSIBILIDAD DE EXTENDER LA HIPOTECA A LA AMPLIACION.

No afecta a la validez de un negocio de novación de préstamo hipotecario su extensión a más extremos de los comprendidos en la Ley 2/1994, que se limita a señalar los requisitos para disfrutar de determinados beneficios fiscales y arancelarios.

La manifestación de la reducción del principal de un crédito por su amortización parcial no obliga a entender cancelada ni a cancelar, si las partes no lo desean, en la misma cantidad la responsabilidad hipotecaria.

No cabe extender una hipoteca a posibles ampliaciones del capital originario, ni aunque por haberse reducido el importe de aquél quepa la ampliación dentro del límite de responsabilidad.

Resolución de 28 de mayo de 2001
Registro de la Propiedad de Madrid, número 33
(BOE 28-6-2001)

HIPOTECA. EJECUCION EXTRAJUDICIAL. INSCRIBIBILIDAD. DOCUMENTO NECESARIO AL EFECTO.

Es inscribible la adjudicación de una finca hipotecada producida en procedimiento extrajudicial ante Notario.

La inconstitucionalidad de una norma y su expulsión del ordenamiento jurídico sólo puede producirse por sentencia del Tribunal Constitucional.

La venta debe documentarse en escritura pública, no bastando copia del acta notarial en que consta el cumplimiento de los trámites y diligencias reglamentarios.

b) Registro Mercantil

Resolución de 10 de abril de 2001
Registro Mercantil de Barcelona, número XII
(BOE 6-6-2001)

JUNTA GENERAL. CONVOCATORIA. ACTA NOTARIAL. CESION GLOBAL DE ACTIVO Y PASIVO. REQUISITOS.

Cuando los acuerdos objeto de inscripción resultan de acta notarial de la Junta General debe acreditarse el requerimiento efectuado al notario, puesto que deben ser objeto de calificación por el Registrador extremos tales como la legitimación para realizar el requerimiento.

La falta de manifestación por el otorgante de la escritura sobre la constancia en la convocatoria de la Junta de los extremos necesarios no es motivo suficiente para impedir la inscripción, si el documento calificado contiene la transcripción del texto íntegro de la convocatoria.

Es necesario acreditar el anuncio de la convocatoria, así como que ésta contenga la identificación de la sociedad y la fecha, hora y lugar de celebración de la Junta, y el derecho de información de los socios, pero no es imprescindible que contenga el texto íntegro de la modificación propuesta.

En cuanto al acuerdo de cesión global de activo y pasivo, como forma abreviada de liquidación de la sociedad, es cierto que no podrá inscribirse sino cuando se acredite el cumplimiento de los requisitos expresados por el artículo 117 LSRL y 246 RRM, pero deberá hacerse constar en la inscripción de disolución como norma liquidatoria especial acordada por la Junta General (cfr. art. 240 RRM).

Resolución de 11 de abril de 2001
Registro Mercantil de Madrid, número XI
(BOE 6-6-2001)

ADMINISTRADORES. CIERRE REGISTRAL POR FALTA DE DEPOSITO DE CUENTAS. DIMISION Y NUEVO NOMBRAMIENTO: POSIBILIDAD DE INSCRIPCION.

Cerrada la hoja registral de una sociedad por falta de depósito de cuentas anuales, no puede impedirse la inscripción de la dimisión del administrador sobre la base de que la certificación del acuerdo de la Junta que lo acepta es expedida por el nuevo administrador, cuya inscripción no puede tener lugar a causa del cierre, ya que los efectos del nombramiento se producen desde la aceptación y se cumple, por la comparecencia en la escritura del administrador dimitido, con el requisito de la notificación exigido por el artículo 111.1 RRM.

Resolución de 17 de mayo de 2001
Registro Mercantil número XVI
(BOE 19-6-2001)

CUENTAS ANUALES. DEPOSITO. INFORME DE AUDITORIA.

No puede equipararse a informe de auditoría el que únicamente contiene la afirmación del auditor de no haber podido realizarla.

Resolución de 18 de mayo de 2001
Registro Mercantil de Cantabria
(BOE 29-6-2001)

REDUCCION DE CAPITAL. REDUCCION A CERO CON AMPLIACION SIMULTANEA. REQUISITOS DE CONVOCATORIA DE LA JUNTA.

La gravedad de las consecuencias que pueden derivar para el socio en el supuesto de reducción a cero del capital social y simultánea ampliación de capital (de no acudir a la ampliación quedaría privado de su condición de accionista) hacen imprescindible que en la convocatoria de la Junta General se contenga referencia expresa al alcance concreto de la reducción de capital propuesta, no bastando la mera referencia a la reducción de capital y simultánea ampliación del mismo.

Resolución de 21 de mayo de 2001
Registro Mercantil de Madrid, número XIII
(BOE 28-6-2001)

PODER. RENUNCIA DEL APODERADO. NECESIDAD DE NOTIFICACION A LA SOCIEDAD.

Para inscribir la renuncia del apoderado de una sociedad mercantil, no es suficiente la manifestación unilateral del renunciante, sino que es necesario dar cuenta a la sociedad para que ésta pueda adoptar las medidas adecuadas a la nueva situación producida.

Resolución de 22 de mayo de 2001
Registro Mercantil de Madrid, número X
(BOE 28-6-2001)

REDUCCION DE CAPITAL. SOCIEDAD EN LIQUIDACION. LIMITES.

Estando una sociedad anónima en fase de liquidación, los liquidadores no pueden repartir entre los socios el patrimonio social sin que hayan sido satisfechos todos los acreedores o consignado el importe de sus créditos, prohibición que comprende no sólo el reparto directo a través de anticipos a cuenta, sino también el indirecto, como la adquisición de acciones de la propia sociedad o, como en el caso del recurso, la reducción de capital con devolución de aportaciones.

Resolución de 23 de mayo de 2001
Registro Mercantil de Barcelona, número VIII
(BOE 28-6-2001)

LIQUIDADORES. NOTIFICACION AL COTITULAR DE LA FACULTAD CERTIFICANTE.

Acordada la disolución y liquidación de una sociedad, así como la conversión en liquidadores de los dos administradores mancomunados, mediante escritura otorgada solamente por uno de ellos, a la vista de una certificación de acuerdos expedida también sólo por este administrador, no cabe la inscripción si no consta la notificación al otro administrador.

F. C. L.

B) RESOLUCIONES COMENTADAS

Por JESÚS GONZÁLEZ GARCÍA y FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

IMPUGNACION DE ACUERDOS. ANOTACION PREVENTIVA. NO PROVOCA EL CIERRE REGISTRAL.—LAS ANOTACIONES PREVENTIVAS DE DEMANDA NO PRODUCEN EFECTO DE CIERRE REGISTRAL, LIMITÁNDOSE A ENERVAR EL JUEGO DE LA FE PÚBLICA, COMO YA SEÑALARA LA RESOLUCION DE 8 DE NOVIEMBRE DE 1995, CUYOS FUNDAMENTOS REPRODUCE LITERALMENTE LA PRESENTE. «...LAS ANOTACIONES PREVENTIVAS DE DEMANDA DE IMPUGNACION DE ACUERDOS SOCIALES... RESPONDEN A LA FINALIDAD PROPIA DE LAS ANOTACIONES DE DEMANDA QUE SE PRACTICAN EN LOS REGISTROS JURÍDICOS, LA DE GARANTIZAR LA EFICACIA DE LA SENTENCIA QUE EN SU DÍA SE DICTE ENERVANDO CON SU PRESENCIA EL JUEGO LEGÍTIMADOR DE LA PUBLICIDAD REGISTRAL... ESA MISMA FINALIDAD CAUTELAR QUEDA SOBRADAMENTE CUMPLIDA CON LA PRESENCIA DE LA ANOTACION... SIN QUE TENGA QUE EXTENDERSE A UN CIERRE REGISTRAL... QUE EL LEGISLADOR NO HA IMPUESTO, SINO QUE IMPLÍCITAMENTE HA EXCLUIDO AL REGULAR LOS EFECTOS CANCELATORIOS DE LAS SENTENCIAS DECLARATIVAS DE LA NULIDAD DE LOS ACUERDOS (ARTS. 122.3 LSA Y 156.2 RRM)...» (RESOLUCIÓN DE LA DGRN, DE 22 DE FEBRERO DE 1999. BOE DE 18 DE MARZO DE 1999.)

RESOLUCION de 22 de febrero de 1999, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en recurso gubernativo interpuesto por doña Carmen Elena Roselló, como Presidenta del Consejo de Administración de «Inversiones Llevant, Sociedad Anónima», contra la negativa del Registrador Mercantil de Salamanca, don Idelfonso Boyero González, a inscribir determinados acuerdos de una sociedad anónima.

En el recurso gubernativo interpuesto por doña Carmen Elena Roselló, como Presidenta del Consejo de Administración de «Inversiones Llevant, So-

ciudad Anónima», contra la negativa del Registrador Mercantil de Salamanca, don Idelfonso Boyero González, a inscribir determinados acuerdos de una sociedad anónima.

Hechos.—I. El día 13 de marzo de 1998, la compañía mercantil «Inversiones Llevant, Sociedad Anónima», celebró Junta General Ordinaria, donde se adoptaron, entre otros, los acuerdos de adaptar los Estatutos a la vigente Ley de Sociedades Anónimas y el cese y nombramiento de Administradores, siendo requerido don Julio Rodríguez García, Notario de Salamanca, para que autorice acta de presencia. En fecha 22 de abril de 1998, es admitida a trámite demanda de juicio declarativo de menor cuantía sobre impugnación de los acuerdos sociales de la Junta General Ordinaria, antes citada, interpuesta por los accionistas doña Pilar y doña Juana Elena Roselló, que correspondió al Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 7 de Salamanca.

II. Presentada la referida acta notarial de presencia, de fecha 13 de octubre de 1998 (*sic*, debe decir marzo), en el Registro Mercantil de Salamanca, fue calificada con la siguiente nota: «Se suspende la inscripción del precedente documento, habida cuenta de la anotación preventiva de demanda de impugnación de acuerdos sociales, practicada a solicitud del Magistrado-Juez de Primera Instancia e Instrucción número 7 de Salamanca, don Carlos Martínez Toral. Salamanca, 23 de julio de 1998. Firmado: Idelfonso Boyero González».

III. Doña Carmen Elena Roselló, como Presidenta del Consejo de Administración de «Inversiones Llevant, Sociedad Anónima», interpuso recurso de reforma contra la anterior calificación, y alegó: Que la impugnación judicial se fundamenta en el artículo 144.1.a) y b) de la Ley de Sociedades Anónimas. Que en la demanda interpuesta por las accionistas, que se hace referencia en el antecedente de hecho 1, se solicita la anotación preventiva de la misma, a la que accede el Juez en providencia de 22 de abril de 1998 y, asimismo, se solicita la suspensión de los acuerdos impugnados y se remite a los interesados el acto de la comparecencia. En dicha comparecencia los demandantes solicitan la suspensión del procedimiento, que es admitida por el Juez; y, por tanto, los acuerdos impugnados no están suspendidos, pero sí se ha acordado la anotación preventiva de la demanda. Que hay que citar las Resoluciones de 8 de noviembre de 1995 y 2 de enero de 1992, siendo aplicables a este caso y, por tanto, no procede la suspensión de la inscripción aun cuando los acuerdos hayan sido impugnados, pues la anotación preventiva de la demanda es garantía suficiente para los demandantes y para los terceros. Que se solicita que de mantener el Registrador la calificación recurrida se eleve el expediente, sin más trámites, a la Dirección General de los Registros y del Notariado, conforme al artículo 71 del Reglamento del Registro Mercantil.

IV. El Registrador Mercantil acordó mantener en todo su calificación, elevando el expediente del recurso a la Dirección General de los Registros y del Notariado como solicita el recurrente en su escrito de interposición del recurso de reforma y previene el artículo 71 del Reglamento del Registro Mercantil, e informó: Que en el artículo 121 de la Ley de Sociedades Anónimas y en los artículos 155, 156 y 157 del Reglamento del Registro Mercantil se contemplan dos tipos de anotación preventiva: de la demanda de impugnación de acuerdos y de suspensión de los acuerdos impugnados. La primera no produce el cierre registral y la segunda [la resolución judicial firme de suspen-

sión de los acuerdos impugnados, que (es) el caso que se contempla] sí, al menos, provisionalmente. Que en el asiento practicado se ordenan ambos tipos de anotaciones: la de impugnación y la de suspensión. Que esta doctrina es la recogida no sólo en el artículo citado de la Ley de Sociedades Anónimas, sino también en los artículos 155, 156 y 157 del Reglamento del Registro Mercantil. Que la tesis del recurrente sería válida si sólo se hubiese practicado la anotación preventiva de suspensión de acuerdos sociales. Que cuando se haya practicado la anotación preventiva por haber decretado el Juez la suspensión del acuerdo y se haya practicado la anotación preventiva de tal suspensión, como ocurre en este caso, el acuerdo impugnado, de momento y hasta que el Juez declare o no su nulidad, se considera como si no existiese y, por tanto, mal puede servir de base a ninguna clase de actos y contratos, y, menos aún, para que éstos sean inscribibles en el Registro Mercantil. Que, en definitiva, la anotación preventiva de demanda de impugnación de acuerdos es una medida cautelar que advierte a un posible interesado la existencia de un procedimiento en marcha, mientras que la anotación preventiva de suspensión de acuerdos impugnados es un asiento definitivo y, en consecuencia, cierra el Registro a los actos contradictorios en tanto no proceda la cancelación cuando se desestime por sentencia firme, cuando haya desistido de la acción la parte demandante o caducado la instancia.

Fundamentos de Derecho.—Vistos los artículos 120 y 121 de la Ley de Sociedades Anónimas; 68, 80, 155, 156 y 157 del Reglamento del Registro Mercantil, y 127 del Reglamento Hipotecario, y la Resolución de 8 de noviembre de 1995.

1. Según la nota de calificación, se suspende la inscripción de determinados acuerdos sociales por haberse practicado una anotación preventiva de demanda de impugnación de tales acuerdos, entre otros. En su decisión, el Registrador alega que además de la referida anotación preventiva de demanda se ha practicado anotación preventiva de resolución judicial firme de suspensión de los acuerdos impugnados y ésta provoca el cierre registral.

2. Por no haberse planteado en la calificación, no debe ahora enjuiciarse si el título es o no formalmente adecuado a efectos de la inscripción solicitada. Si se tiene en cuenta que el recurso gubernativo ha de circunscribirse a las cuestiones que se relacionen directamente con los defectos incluidos en la nota de calificación (cfr. art. 68 del Reglamento del Registro Mercantil) y, dado que en dicha nota no existe referencia alguna a que la anotación mencionada lo sea de una resolución que haya dejado en suspenso los acuerdos impugnados, de conformidad con lo establecido en el artículo 120 de la Ley de Sociedades Anónimas, sino tan sólo de la anotación de la existencia de demanda de impugnación, cabe recordar que, como ha señalado este Centro Directivo (Resolución de 8 de noviembre de 1995), las anotaciones preventivas de demanda de impugnación de acuerdos sociales, a las que genéricamente se refiere el artículo 121.1 de la Ley de Sociedades Anónimas, responden a la finalidad propia de las anotaciones de demanda que se practican en los registros jurídicos, la de garantizar la eficacia de la sentencia que en su día se dicte enervando con su presencia el juego legitimador de la publicidad registral que resulta de la presunción de validez y exactitud del contenido del Registro (art. 20.1 del Código de Comercio), de suerte que evite la ineficacia relativa que podría sufrir frente a derechos

adquiridos por terceros de buena fe (arts. 122.1 de la Ley de Sociedades Anónimas, y 20.2 del Código de Comercio), con anterioridad a la fecha en que ya una sentencia firme, de prosperar la demanda, acceda al Registro constatando la inexactitud o nulidad de lo previamente inscrito. Pero esa misma finalidad cautelar queda sobradamente cumplida con la presencia de la anotación y la advertencia que supone sobre las consecuencias que de la existencia del proceso pueden derivarse, sin que tenga que extenderse a un cierre registral que en el mundo de la publicidad mercantil podría llevar a la práctica paralización de la vida de las sociedades cuyos acuerdos fueran impugnados y que el legislador no ha impuesto, sino que implícitamente ha excluido al regular los efectos cancelatorios de las sentencias declarativas de la nulidad de los acuerdos (arts. 122.3 de la Ley de Sociedades Anónimas y 156.2 del Reglamento del Registro Mercantil).

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la nota y la decisión del Registrador, sin perjuicio de que, conforme al artículo 127 del Reglamento Hipotecario (aplicable por remisión del art. 80 del Reglamento del Registro Mercantil), pueda el Registrador alegar defectos, existentes en el momento de la calificación debatida, que no estuvieran comprendidos en dicha nota.

Madrid, 22 de febrero de 1999.—El Director General, *Luis María Cabello de los Cobos y Mancha*.

Señor Registrador Mercantil de Salamanca.

PUBLICADA EN EL *BOE* DE FECHA 18 de marzo de 1999.

COMENTARIO

Las anotaciones preventivas de demanda no producen efecto de cierre registral, limitándose a enervar el juego de la fe pública, como ya señalara la Resolución de 8 de noviembre de 1995, cuyos fundamentos reproduce literalmente la presente.

Resolución de 8 de noviembre de 1995.—«...Dado que no existe referencia alguna a que tal anotación lo sea de una resolución que haya dejado en suspenso los acuerdos impugnados de conformidad con lo dispuesto en el artículo 120 de la Ley de Sociedades Anónimas, sino tan sólo de la que acuerda, como medida cautelar, anotar la existencia de la demanda de impugnación, a los efectos de la misma se ha de estar. Estas anotaciones, a las que genéricamente se refiere el artículo 121.1 de la misma Ley, responden a la finalidad propia de las anotaciones de demanda... sin que tenga que extenderse a un cierre registral que en el mundo de la publicidad mercantil podría llevar a la práctica paralización de la vida de las sociedades cuyos acuerdos fueran impugnados y que el legislador no ha impuesto, sino que implícitamente ha excluido al regular los efectos cancelatorios de las sentencias declarativas de la nulidad de los acuerdos (arts. 122.3 de la Ley de Sociedades Anónimas y 156.2 del Reglamento del Registro Mercantil)...»

Lo que no está tan claro, aunque otra cosa parezca desprenderse de ambas Resoluciones, son los efectos de las anotaciones de suspensión de acuerdos

sociales. Estas últimas publican una medida cautelar específica que el juez puede adoptar en el curso del procedimiento de impugnación: la de dejar en suspenso la efectividad y/o ejecución de dichos acuerdos. En principio, esta medida cautelar debería cerrar el Registro para la inscripción de los propios acuerdos que son objeto de la suspensión judicial. Con ello, también quedaría cerrado para cualesquiera otros acuerdos posteriores que traigan causa de aquéllos hasta que se levante la suspensión o se anulen definitivamente por sentencia. La cuestión, repetimos, es que la Ley no determina claramente los efectos de esta medida cautelar. La doctrina, por su parte, pasa como caminando sobre ascuas (1) por el tema.

Ante todo, es sumamente criticable el tratamiento que ha dado nuestra reciente Ley de Sociedades Anónimas a la suspensión de acuerdos, al decretar su constancia mediante anotación preventiva (consideramos más apropiado un asiento de inscripción) y, lo que es peor, al mezclar de tal manera su regulación con la correspondiente a la anotación de demanda, que se vienen a confundir sus efectos, desnaturalizando el significado propio de la suspensión, que parece ser absorbido por el efecto enervante de la fe pública, propio de las anotaciones, cuando su trascendencia es mucho mayor.

En principio, si una anotación de suspensión consta extendida en el Registro Mercantil antes (2) de haberse despachado la inscripción del título o títulos que documentan aquellos acuerdos, debemos entender que cierra el Registro para la inscripción de los propios acuerdos que son objeto de suspensión judicial y —por tracto sucesivo— a todos los que procedan de aquéllos. Esto es lo que parecen decir las dos resoluciones citadas cuando comparan los efectos de las anotaciones.

En el mismo orden de cosas, si la anotación se ha extendido después de inscribirse los acuerdos impugnados, ya no se producirá tal efecto de cierre, obviamente, respecto de la inscripción de tales acuerdos, porque ya están inscritos. Aquí la anotación sólo producirá el efecto enervador de la fe pública que es típico y general de este tipo de asientos. Pero, respecto de los actos o acuerdos posteriores a la anotación de suspensión, y que traigan causa o sean consecuencia del acuerdo dejado en suspenso, la anotación constituye un obstáculo para su inscripción, con efectos de cierre registral, ya que de otro modo se frustraría por completo la finalidad pretendida con la suspensión de los acuerdos y sus efectos no se distinguirían de los que produce la simple anotación de la demanda.

(1) URÍA, MENÉNDEZ y MUÑOZ PLANAS dedican menos de una página, que es justamente la última del libro, a las medidas cautelares, en *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*. Ed. Civitas, Madrid, 1991.

(2) Como sabemos, la prioridad juega de una manera un tanto peculiar en el ámbito del Registro Mercantil: cuando constan presentados títulos contradictorios entre sí, en lugar de guiarse exclusivamente por la fecha de los respectivos asientos de presentación, el Registrador ha de tener en cuenta **todos ellos** (sin consideración al orden en que hayan sido presentados) al objeto de «lograr un mayor acierto en su calificación». Por eso no tengo en cuenta las fechas de presentación, sino el hecho de estar anotada la suspensión antes de que se despache el título contradictorio, cualesquiera que sean las fechas de sus respectivas presentaciones y siempre que los documentos no hayan salido del Registro.

Conviene distinguir, porque la anotación de suspensión —si fue extendida después de inscritos los acuerdos objeto de dicha suspensión— tendrá dos efectos: enervante, respecto del propio acuerdo impugnado y otros que traigan causa de él y sean anteriores a la anotación; de cierre, respecto de actos posteriores a la anotación (siempre que traigan causa del acuerdo impugnado) por ejemplo:

- Escrituras de liquidación y división del haber social presentadas después de anotarse la suspensión de los acuerdos de disolución.
- Aumentos o reducciones de capital, estando en suspenso anteriores aumentos.
- Poderes otorgados por el administrador estando suspendido el acuerdo de su nombramiento.
- Convocatorias de junta formuladas por administradores cuyo nombramiento ha sido suspendido.

La Jurisprudencia del Tribunal Supremo avala estos efectos de cierre en las escasísimas sentencias que se han ocupado de la suspensión de acuerdos; así, en sendas sentencias de fechas 27 de junio de 1969 y 29 de noviembre de 1983, se menciona la suspensión de acuerdos, aunque solamente para excluir que el solo hecho de la impugnación de otros anteriores pueda actuar como causa invalidante de otros posteriores... «salvo si están en suspenso con arreglo a la norma 4.^a del artículo 70 LSA» (hoy art. 120 de la Ley vigente).

Por último, existe una única sentencia, la de 25 de febrero de 1986, que se refiere de forma directa a los efectos de la suspensión de los acuerdos impugnados, señalando que opera desde el momento en que se solicita (si llega a decretarse, naturalmente) y, lo que es más importante, que si se refiere al nombramiento del Consejo de Administración, impide a éste convocar juntas generales. Hay que entender que dicha suspensión también impedirá al consejo realizar otros actos susceptibles de inscripción y, en definitiva, que se produce aquel efecto de cierre registral.

Sentencia del Tribunal Supremo, de 25 de febrero de 1986 (3).—«...El motivo debe ser desestimado y con él todo el recurso, manteniéndose la nu-

(3) **Sentencia del Tribunal Supremo, de 27 de junio de 1969.**—«...Aun cuando al tiempo de celebrarse la Junta General Ordinaria de una S.A. estuvieran pendientes los procedimientos de impugnación de otros acuerdos de la misma sociedad, adoptados en años anteriores, cuyo resultado sería susceptible de influir en el que es objeto del motivo únicamente en el supuesto de que aquéllas estuviesen en suspenso, con arreglo a la norma 4.^a del artículo 70 de la Ley de Sociedades Anónimas, de 17 de julio de 1951, podría ponerse en tela de juicio la nulidad de este último, pues en otro caso ha de partirse de la validez de los acuerdos anteriores, bajo pena de paralizar injustificadamente la vida normal de la Compañía».

Sentencia del Tribunal Supremo, de 29 de noviembre de 1983, según la cual no puede prescindirse de la celebración de la Junta General Ordinaria para decidir sobre la aprobación de las cuentas sociales y el balance, aun cuando se hallen en curso procedimientos de impugnación de otros acuerdos adoptados por la sociedad en años precedentes, cuyo resultado podría influir en el aprobatorio de las citadas cuentas. Admitir lo contrario significaría la paralización de la vida de la sociedad, etc. (excepto que dichos acuerdos anteriores estuviesen en suspenso)...

«...Según mandato imperativo del artículo 102 de la LSA, la formulación del balance ha de efectuarse por los administradores en el plazo máximo de cuatro meses a partir

lidad de la convocatoria de la Junta General Extraordinaria de 10-7-84 y, consiguientemente, de la celebración de dicha Junta y de todos los acuerdos en la misma recaídos, pues es patente que para dicha convocatoria no podía actuar válidamente otro Consejo de Administración que el anterior al 2-4-84, ya que el emanado por la Junta de esta últimamente expresada fecha quedó suspendido en sus funciones, como todos los otros acuerdos adoptados por la Junta General Extraordinaria de la misma fecha del 2-4-84, según así lo tenía acordado el Juzgado de Primera Instancia, número 2 de Barcelona, en su providencia de 29-5 y en su auto de 13-6 confirmado por el de la Audiencia de 7-11-84; pues la suspensión opera desde que se solicita si, finalmente, queda acordada de suerte que era el Consejo antecedente constituido al tiempo que la Sociedad misma el 5-5-1982 el legalmente facultado para convocar la Junta impugnada y al que hubo de dirigirse, si se produjo, la solicitud de los accionistas representantes de al menos el 10 por 100 del capital social a que se refiere el artículo 56 LSA».

J. G. G.

CAPITAL. AUMENTO. DESEMBOLSO MINIMO DE LAS ACCIONES.—CUANDO SE AMPLIA EL CAPITAL MEDIANTE LA EMISION DE NUEVAS ACCIONES ES NECESARIO QUE CADA UNA DE ESTAS RESULTE DESEMBOLSADA, AL MENOS, EN UN 25 POR 100 DE SU VALOR NOMINAL. A

del cierre del ejercicio, elemento contable fundamental del que habrá de desprenderse con exactitud, veracidad y en forma lo suficientemente clara y descriptiva la situación de la Sociedad, satisfaciendo así no sólo el interés de los socios sino también el de los terceros y acreedores, a todos los cuales importa conocer la cifra del patrimonio social y por consiguiente la situación económica de la empresa; actuación de insoslayable cumplimiento que desemboca en la celebración de la Junta General Ordinaria para decidir sobre la aceptación de las cuentas sociales (art. 110 en relación con el 50) y aprobación del balance, y de la que no cabe prescindir, porque en otro caso llevaría consigo la paralización de la Compañía, ni aun en la hipótesis de que exista contienda sobre la aprobación del correspondiente a un período anterior, cuya pendencia habrá de reflejarse en las estimaciones realizadas y en la memoria explicativa, pero sin omitir el cumplimiento de lo preceptivamente ordenado, que también tiene honda repercusión en el aspecto fiscal, y en tal sentido ya declaró la sentencia de 27-6-69 que, aún cuando al tiempo de celebrarse la Junta General Ordinaria estuviesen entablados procedimientos de impugnación de otros acuerdos de la Sociedad adoptados en años precedentes, **únicamente en el supuesto de que aquéllos estuviesen en suspenso con arreglo a la norma 4.ª del artículo 70, podría ponerse en tela de juicio la validez del último, so pena de provocar la injustificada detención de la vida normal de la Sociedad**, doctrina a la que también responden las sentencias de 21-2-1973 y 27-12-1973, conforme a cuyos términos no pueden conceptuarse *contra legem* ni de desconocedores de los Estatutos los acuerdos sociales referentes al balance, gestión social y cuenta de pérdidas y ganancias adoptados en Junta General, por la circunstancia de que acuerdos para otros ejercicios sociales hayan sido declarados nulos por sentencia ya firme o esté *sub iudice* su impugnación, por lo mismo que tales fallos no imponen la modificación del contenido de dichos elementos como condición de validez de las decisiones a tomar por las futuras Juntas Generales...»

ESTOS EFECTOS NO PUEDE SUMARSE AL NUEVO DESEMBOLSO EL CAPITAL PREEXISTENTE QUE TUVIESE LA SOCIEDAD.

ADMINISTRADORES. FACULTAD CERTIFICANTE. NOTIFICACION DEL ARTICULO 111.—CUANDO LA CERTIFICACION DEL NOMBRAMIENTO DE UN CARGO CON FACULTAD CERTIFICANTE HA SIDO EXPEDIDA POR LA MISMA PERSONA QUE APARECE COMO BENEFICIARIA DEL ACUERDO, ES INEXCUSABLE LA NOTIFICACION DEL ARTICULO 111 DEL REGLAMENTO DEL REGISTRO MERCANTIL, SALVO QUE SE ACREDITE EL CONSENTIMIENTO DE ESE ANTERIOR TITULAR DE LA FACULTAD MEDIANTE SU COMPARECENCIA ANTE NOTARIO O, AL MENOS, POR ESCRITO PRIVADO CON FIRMA LEGITIMADA. (RESOLUCIÓN DE LA DGRN, DE 31 DE MARZO DE 1999. BOE DE 11 DE MAYO DE 1999.)

RESOLUCION de 31 de marzo de 1999, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por don José Luis Iriarte Iriarte, en calidad de Presidente del Consejo de Administración de la entidad mercantil «Acxon, Correduría de Seguros, Sociedad Anónima», contra la negativa del Registrador Mercantil de Navarra, don Joaquín Rodríguez Hernández, a inscribir una escritura de elevación a público de acuerdos sociales de una sociedad anónima.

Hechos.—I. El 12 de diciembre de 1995, mediante escritura pública autorizada por el Notario de Pamplona, don José Javier Urrutia Zabalza, se elevaron a público los acuerdos adoptados por «Acxon, Correduría de Seguros, Sociedad Anónima», en la reunión de la Junta Universal de Accionistas, celebrada el 13 de junio de 1992, relativos a ampliación de capital por imperativo legal, modificación y refundición de Estatutos para adaptarlos a la vigente Ley, cese de cargos y nombramiento del Consejo de Administración y Consejeros Delegados. En lo relativo al capital social se acordó ampliar el mismo que hasta ahora era de 1.000.000 de pesetas, en 9.000.000 de pesetas más, dejándolo fijado para lo sucesivo en 10.000.000 de pesetas, de conformidad con la Ley 19/1989, de 25 de julio. El capital objeto de ampliación está representado por 900 nuevas acciones nominativas de 10.000 pesetas de valor nominal cada una, que son suscritas por los actuales accionistas y adjudicadas en la misma proporción que actualmente ostentan y se declara totalmente suscrito el capital social y desembolsado en cuanto al 30 por 100, es decir, 3.000.000 de pesetas, y el 70 por 100 restante, es decir, 7.000.000 de pesetas, será desembolsado en metálico, en el plazo máximo de cinco años.

II. Presentada la citada escritura en el Registro Mercantil de Navarra fue calificada con la siguiente nota: «El Registrador Mercantil que suscribe, previo examen y calificación del documento precedente, de conformidad con los artículos 18.2 del Código de Comercio y 6 del Reglamento del Registro Mercantil, ha resuelto no practicar la inscripción solicitada por haber observado el/los siguiente/s defecto/s que impide/n su práctica: El valor de cada una de las acciones creadas en la ampliación de capital debe estar desembolsado al menos en un 25 por 100, lo que aquí no se cumple (art. 152.3 de la Ley de Sociedades Anónimas). Falta la notificación fehaciente exigida por el artículo 111 del Reglamento del Registro Mercantil. Al/a los anterior/es titular/es de la facultad de certificar. Se encuentran sin depositar, dentro del plazo establecido, cuentas anuales de la sociedad de ejercicio/s anterior/es. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 221 de la Ley de Sociedades Anónimas, no

se puede practicar la inscripción pretendida sin que previamente se dé cumplimiento por el órgano de administración a la obligación de depositar las cuentas anuales de los ejercicios anteriores. El documento debe ser presentado con carácter previo ante la oficina liquidadora competente (art. 86 del Reglamento del Registro Mercantil). Pamplona, a 4 de enero de 1996. El Registrador. Firmado: Joaquín Rodríguez Hernández».

III. Don José Luis Iriarte Iriarte, en calidad de Presidente del Consejo de Administración de la entidad mercantil «Acxon, Correduría de Seguros, Sociedad Anónima», interpuso recurso de reforma contra la anterior calificación y alegó: 1.º Que a tenor de lo que dispone el artículo 152, apartado 3 de la Ley de Sociedades Anónimas, en relación con el artículo 12 de la misma Ley, el desembolso certificado y constatado en la escritura presentada para su inscripción es completamente correcto, pues se acredita con el desembolso inicial de constitución de la sociedad y el siguiente de ampliación, que el 25 por 100 del capital social está desembolsado, lo que respondería a la obligación marcada en el artículo 12 antes citado, que no difiere de la que emana del artículo 152, pues señala con carácter genérico que el valor de cada una de las acciones de la sociedad (no sólo de las creadas por la ampliación) debe estar desembolsado en un 25 por 100 como mínimo y en este caso dicha premisa se ha cumplido, pues de los 10.000.000 de pesetas de capital social están desembolsados 3.000.000 de pesetas. 2.º Que como se desprende de la propia escritura, el anterior Secretario del Consejo de Administración se dio por notificado del nombramiento de la nueva Secretaria del Consejo de Administración, renunciando a oponerse a la práctica del correspondiente asiento en el Registro Mercantil y al plazo establecido al efecto en el artículo 111 del Reglamento de dicho Registro, entendiendo que no se ha visto quebrantada la seguridad jurídica del anterior Secretario pues, además de estar presente en la Junta General, en la propia escritura se dio por notificado.

IV. El Registrador Mercantil, vistos los artículos 152 de la Ley de Sociedades Anónimas, 111 del Reglamento del Registro Mercantil y las Resoluciones de 18 y 19 de noviembre de 1991 y 26 de marzo de 1992 decidió mantener íntegramente la calificación realizada, e informó: 1.º Que tras la ampliación de capital, las acciones números 1 al 100 se encuentran íntegramente desembolsadas, mientras que las acciones 101 al 1.000 se encuentran desembolsadas en cuanto al 20 por 100, incumpléndose lo dispuesto en el artículo 152.3 de la Ley de Sociedades Anónimas. Que no se trata de ampliación de capital mediante elevación del valor nominal de las acciones (Resoluciones de 18 y 19 de noviembre de 1991 y 26 de marzo de 1992) sino un aumento de capital mediante la creación de nuevas acciones, y no cabe el trasvase del capital desembolsado de unas acciones a otras, como se pretende. Que si el aumento de capital se acuerda mediante la creación de nuevas acciones, cada una de las nuevas acciones debe desembolsarse en cuanto a un 25 por 100 y sin que para ello pueda «utilizarse» el capital desembolsado de las acciones ya existentes. 2.º Que en lo referente al segundo de los defectos impugnados, el anterior titular de la facultad de certificar es el nombrado Secretario del Consejo de Administración de la sociedad el 13 de octubre de 1988, en la escritura de constitución de sociedad. En el apartado 6.º del otorgamiento de la escritura cuya calificación se recurre, se manifiesta que «el compareciente como Secretario del Consejo de Administración cesado, se da por notificado del nombramiento de nueva Secretaria del Consejo de Administración...» Sin embargo, el compareciente en la escritura es el recurrente y no el Secretario

saliente del Consejo de Administración. 3.º Que el recurso de reforma no fue presentado durante la vigencia del asiento de presentación que caducó el 22 de febrero de 1996, y el recurso se interpone el 4 de marzo de 1996. Que la falta de inscripción del título dentro de la vigencia del asiento de presentación o de la interposición del correspondiente recurso o de extensión de la anotación preventiva por defecto subsanable dentro de la vigencia del asiento de presentación hace que la sociedad haya quedado disuelta de pleno derecho y cancelados sus asientos por imposición de la Disposición Transitoria sexta, apartado 2 de la Ley de Sociedades Anónimas.

V. El recurrente se alzó contra la anterior decisión, manteniéndose en sus alegaciones, y añadió: Que la vigencia del plazo señalado por el señor Registrador Mercantil no se acomodaba a lo establecido por la Ley, y por ello se creó una total inseguridad jurídica al considerar como fecha última de plazo el 4 de marzo, dos meses después de la calificación, y no la de 22 de febrero, fecha de caducidad del asiento de presentación. La designación de plazo por parte del Registrador choca con lo prescrito en el artículo 9.3 de la Constitución Española.

Fundamentos de Derecho.—Vistos los artículos 12 y 152.3 de la Ley de Sociedades Anónimas; 111 del Reglamento del Registro Mercantil, aprobado por Real Decreto 1597/1989, de 29 de diciembre; y las Resoluciones de 18 y 19 de noviembre de 1991, 2 de enero, 26 de marzo, 22 de mayo y 3 de noviembre de 1992 y 12 de marzo de 1993.

1. Se presenta en el Registro una escritura de elevación a público de acuerdos de una sociedad anónima, entre ellos el de aumento del capital social de su cifra inicial de 1.000.000 a 10.000.000 de pesetas, mediante la creación de 900 acciones nuevas de 10.000 pesetas de valor nominal cada una y desembolso de 2.000.000 de pesetas; y el de nombramiento de Consejeros y designación de cargos del Consejo de Administración.

El Registrador deniega el acceso de dicha escritura al Registro, entre otros defectos no recurridos, porque el valor de cada una de las acciones creadas en la ampliación del capital debe estar desembolsado al menos en un 25 por 100 (resulta que las acciones preexistentes se encuentran íntegramente desembolsadas, mientras que las nuevas acciones quedan desembolsadas únicamente en menos de dicho porcentaje); y porque falta la notificación fehaciente exigida por el artículo 111 del Reglamento del Registro Mercantil al anterior titular de la facultad certificante.

2. Respecto del primer defecto, ha de tenerse en cuenta que la única exigencia que la Ley de Sociedades Anónimas formula en relación con los desembolsos mínimos, tanto en los casos de constitución de la sociedad como en los de aumento del capital social, es que cada una de las acciones que lo integran queden desembolsadas, al menos, en un 25 por 100 de su valor nominal desde el momento de suscripción de las mismas (cfr. arts. 12 y 152.3 de la Ley de Sociedades Anónimas) y ello, en los casos como el presente en que la ampliación se realiza no por elevación del valor nominal de las acciones preexistentes que ya están íntegramente desembolsadas, sino por creación de nuevas acciones, se traduce en la necesidad de que, una vez ejecutado el aumento, el valor nominal de esas nuevas acciones quede desembolsado en tal porcentaje.

3. Por lo que se refiere al segundo de los defectos, cabe entender que las peculiares características de la hipótesis contemplada en el artículo 111 del

Reglamento del Registro Mercantil (certificación expedida por la misma persona que aparece como beneficiaria del acuerdo de nombramiento del cual se certifica), así como la necesidad de reforzar las garantías de exactitud y veracidad de los actos inscribibles en los excepcionales supuestos en que acceden al Registro por simple documento privado, han determinado el establecimiento en dicho precepto reglamentario de la especial cautela ahora cuestionada, que posibilita, además, la inmediata reacción frente a nombramientos inexistentes, evitando, en su caso, su inscripción. Si se atiende a esa finalidad de la norma, la exigencia que contiene no sería de aplicación cuando se acreditara el consentimiento del anterior titular del cargo con facultad certificante al contenido de la certificación mediante, al menos, su firma legitimada notarialmente en dicha certificación o en documento separado (cfr. art. 111.2, redactado según Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio). Mas, en el presente caso, habida cuenta que —en contra de lo que afirma el recurrente— no comparece al otorgamiento de la escritura pública el cesado Secretario del Consejo de Administración, ni se acredita en debida forma su consentimiento al contenido de la certificación —sin que sea suficiente a tal efecto la circunstancia de que en ésta se exprese que estaba presente en la reunión en que se acordó su cese—, no puede considerarse satisfecha la exigencia debatida.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la decisión y la nota del Registrador.

Madrid, 31 de marzo de 1999.—El Director General, *Luis María Cabello de los Cobos y Mancha*.

Señor Registrador Mercantil de Navarra.

PUBLICADA EN EL *BOE* DE FECHA 11 de mayo de 1999.

COMENTARIO

La precedente Resolución trata de dos supuestos que ya han sido contemplados en varias ocasiones por la Jurisprudencia Registral:

1. Desembolso del 25 por 100 del valor nominal de las nuevas acciones.—Cuando se amplía el capital mediante la emisión de nuevas acciones es necesario que cada una de éstas esté desembolsada en —al menos— un 25 por 100 de su valor nominal. En el caso presente, la sociedad, que contaba con un capital de un millón de pesetas, efectúa una ampliación de nueve millones de los que solamente se desembolsan dos, y pretende utilizar el capital ya desembolsado de las acciones preexistentes para realizar una especie de «*trasvase*» entre ese capital anterior y el que ahora se aporta.

Es evidente que se vulnera lo dispuesto en los artículos 12 y 152.3 de la Ley de Sociedades Anónimas, puesto que la exigencia de desembolso mínimo se refiere al nominal de cada una de las nuevas acciones emitidas, y no a la suma del capital en su totalidad.

Naturalmente, se exceptúa el supuesto en que la ampliación de capital no se realice mediante la emisión de nuevas acciones, sino mediante la elevación del valor nominal de las que existan en el momento del acuerdo; hipótesis en

la que sí es posible aquel trasvase entre el capital preexistente y el de nueva aportación. Es a este supuesto al que se refieren las Resoluciones citadas en los «vistos» y que, por tanto, se interpretan *«a contrario»* en el caso presente.

Resoluciones de 18 y 19 de noviembre de 1991: La ampliación de capital se realiza mediante la elevación del nominal de cada una de las acciones preexistentes, de mil pesetas, íntegramente desembolsadas ya de antes, y que pasan a ser de tres mil quinientas pesetas con un desembolso del 28,57143 por 100, por aplicación de la cantidad que constituía el capital social liberado antes del acuerdo y futuro desembolso del resto en los próximos cinco años. Se admitió su inscripción considerando que...

«...La única exigencia relativa a desembolsos mínimos que formula la LSA, tanto en los casos de constitución como en los de ampliación posterior del capital social, es que cada una de las acciones que lo integran quede desembolsada, al menos, en un 25 por 100 de su valor nominal desde el momento de su suscripción (arts. 12 y 152.3.º LSA) y ello, en las hipótesis en que la ampliación se realiza por elevación del valor nominal de las acciones preexistentes, se traduce exclusivamente en la necesidad de que, una vez ejecutado el aumento, el nuevo valor nominal de cada una de ellas quede desembolsado en tal porcentaje, siendo indiferente el medio para su consecución...»

En la duda acerca de si el desembolso mínimo del 25 por 100 en las ampliaciones se refiere al importe de la variación experimentada o al valor total después de la ampliación: *«...sólo la segunda alternativa... tiene verdadero fundamento... por tanto, si la cantidad anteriormente desembolsada por cada acción permite cubrir ese porcentaje mínimo del nuevo valor que se les atribuye, está plenamente satisfecha aquella exigencia, careciendo ya de respaldo legal la imposición adicional de un desembolso actual mínimo de parte del aumento...»*

En idéntico sentido se pronuncian las siguientes: **18 de febrero y 27 de mayo de 1992:** cuando la ampliación se realice *«por elevación del valor nominal de las acciones preexistentes»*, basta con que *«...una vez ejecutado el aumento, el nuevo valor nominal de cada una de ellas resulte desembolsado en un 25 por 100, siendo indiferente el medio para su consecución; por tanto, si la cantidad anteriormente desembolsada por cada acción permite cubrir ese porcentaje mínimo del nuevo valor que se les atribuye, está plenamente satisfecha aquella exigencia, careciendo en consecuencia de respaldo legal la imposición adicional de un desembolso actual, siquiera mínimo, de parte del aumento...»*

Ahora bien, estos casos constituyen la excepción a la regla general; cuando se emiten nuevas acciones, no se puede computar a efectos de su desembolso el capital preexistente que tuviese la sociedad.

2. Notificación al anterior titular del cargo con facultad certificante.—También se trata de un supuesto contemplado en numerosas ocasiones por otras Resoluciones anteriores: cuando pretende acceder al Registro el nombramiento de un nuevo titular de la facultad certificante (Secretario del Consejo, administrador único o mancomunado) mediante una certificación expedida por él mismo, y no por el anterior cargo certificante (que es precisamente el que figurará inscrito como titular de aquella facultad de formalizar los acuerdos sociales) se hace necesario adoptar algunas cautelas que protejan la veracidad del contenido del Registro, evitando que puedan llegar a inscribirse juntas falsas o puramente ficticias.

Como es lógico, el medio más idóneo consiste en mantener el tracto: que el nuevo cargo acceda al Registro mediante certificación expedida precisamente por quien figure inscrito como titular de la facultad certificante

(cfr. art. 109 RRM). Sin embargo, este sistema convierte en imprescindible la cooperación de dicho titular registral; como no son infrecuentes las disensiones o enfrentamientos en el seno de las sociedades, esa falta de cooperación podría paralizar la vida social, de modo que resulta necesario arbitrar medios que permitan prescindir del anterior titular. A esta finalidad apuntaba el artículo 111 del Reglamento del Registro Mercantil en su primitiva redacción, del año 1989, al exigir una notificación fehaciente al «anterior titular» de la facultad certificante.

A nuestro juicio, los artículos 11, 109 y 111 reglamentarios implantaban un sistema basado en el Tracto Sucesivo, como regla general, y una excepción al tracto que debía funcionar mediante un sistema de notificación fehaciente, junto con un plazo en que se suspende la práctica de la inscripción mientras se acredita —en su caso— la interposición de una querrela de falsedad por el anterior titular de la facultad certificante.

Este sistema se justifica por la inseguridad de que adolece el Derecho Registral Mercantil en España en el cual la práctica totalidad de las inscripciones que se practican se basan en documentos privados; en certificaciones expedidas bajo la fe (privada, pero verdadera fe, en la práctica) del secretario del consejo o del administrador.

Rara vez los acuerdos del Consejo o de la Junta se documentan mediante acta notarial; cuando es así, el nombramiento de un nuevo titular de la facultad certificante no está sujeto al plazo de suspensión del artículo 111 reglamentario, como observó la Resolución de 2 de enero de 1992 (1), proclamando que resulta «...evidente la inaplicación del artículo 111 del Reglamento cuando el título inscribible es una escritura pública a la que sirve de base... la propia acta notarial de junta en que se adoptó aquél...». La causa de esta inaplicación también es evidente: cuando se levanta acta notarial el tracto se limita a comprobar que la reunión ha sido convocada por quien esté legitimado para ello, pero ya no afecta al cambio en la titularidad de la facultad certificante.

Sin embargo, la aplicación práctica de la norma del citado artículo 111, y la posterior reforma reglamentaria en 1996, han degradado por completo el sistema arriba descrito. Se olvida constantemente que la regla fundamental es el mantenimiento del tracto sucesivo, debido a la inseguridad que provoca la falta de presencia notarial en las deliberaciones de los órganos, y se considera el sistema de notificaciones subsidiario como una especie de obstáculo que debe salvarse a toda costa. La masificación en la prestación de la Fe Pública y razones de comodidad y pura conveniencia han convertido el sistema de notificaciones subsidiario en una formalidad huera, vacía de contenido, y que no aporta seguridad al sistema.

En primer lugar, la «notificación fehaciente» debería ser eso: fehaciente; esto es, debería entregarse en persona, por el notario, al anterior titular de la

(1) **Resolución de 2 de enero de 1992:** «...si se tiene en cuenta que en el caso debatido el título inscribible es una escritura pública a la que **sirve de base no la certificación privada expedida por el nombrado en el acuerdo que se documenta, sino la propia acta notarial de la Junta universal en la que se adoptó aquél, resulta evidente la inaplicación del artículo 111** del Reglamento del Registro Mercantil... téngase en cuenta, además, que en el caso debatido consta la voluntad unánime de los socios de dar al acta notarial el valor de acta de la Junta y que todos ellos han firmado la diligencia de su conclusión».

facultad certificante. En lugar de ello, la Jurisprudencia Registral comenzó por admitir la simple remisión por correo (2) aduciendo que las dificultades para practicar una notificación personal *«son insuperables»*, olvidando que esa notificación juega un papel de verdadera excepción al tracto sucesivo y, por ese motivo, no puede ser cumplida de manera ficticia, debiendo materializarse en la realidad.

En segundo lugar, la reforma del Reglamento del Registro Mercantil por Decreto de 19 de julio de 1996 ha consagrado legislativamente la corruptela consistente en remitir la notificación por correo, al remitirse, en cuanto a la forma de practicarla, al artículo 202 del Reglamento Notarial y, por último, termina convirtiéndola en una simple legitimación de firmas (cfr. el párrafo 2.º del nuevo art. 111) cuando establece que no se precisa la notificación: *«...cuando se acredite el consentimiento del anterior titular al contenido de la certificación mediante su firma legitimada en dicha certificación o en documento separado...»*

El voluntarismo del legislador reglamentario se nos antoja excesivo: una simple legitimación de firmas *«acredita»* el consentimiento del anterior titular. Al menos podía haber tenido la precaución de exigir que esas firmas se estamparan siempre en presencia del Fedatario, ya que el Reglamento Notarial (vid. sus arts. 256 y sigs.) permite, en ciertos casos, practicar esta legitimación sin necesidad de intermediación, por simple cotejo con otras firmas que se conserven en el protocolo.

También causa extrañeza esa afirmación tan optimista de que la notificación *«quedará cumplimentada y se tendrá por hecha en cualquiera de las formas expresadas en el artículo 202 del Reglamento Notarial»*. ¿Qué pretende nuestro legislador al establecer con frases tan rotundas una simple ficción legal? ¿Salir al paso de una reiterada Jurisprudencia del Tribunal Supremo que no reconoce verdadera fehaciencia a las notificaciones que no se hagan personalmente? El lector puede comparar, por ejemplo, los trámites del expediente de dominio que exigen la citación por tres veces, *«una de ellas al menos personalmente»* de quienes figuren como titulares registrales, con el endeble sistema de nuestro actual artículo 111 y sacar sus propias conclusiones. Nuestra opinión es que la exigencia de notificación fehaciente (de verdadera notificación) al anterior certificante no es algo tan engorroso ni tan difícil de cumplir y que la finalidad pretendida con ello merecía un apoyo más riguroso

(2) Las **Resoluciones de 3 de noviembre de 1992 y 12 de marzo de 1993** consideraron, al unísono, que una notificación de las reguladas por el artículo 111 RRM es fehaciente si ésta es remitida por correo certificado con acuse de recibo, impuesto dicho certificado por el propio Notario:

«...dadas las innegables, cuando no insuperables, dificultades prácticas que toda notificación estrictamente personal plantea... ha de considerarse suficiente al efecto de tener por cumplido dicho mandato reglamentario, el acta notarial acreditativa de la remisión por correo certificado con acuse de recibo del documento en que se formaliza el nombramiento a inscribir, siempre que esta remisión se haya verificado al domicilio registral del anterior titular de la facultad certificante (vid. art. 138 en relación con el 38.1.2.º, ambos del Reglamento del Registro Mercantil) y, como ocurre en el caso debatido, resulta del acuse de recibo que el envío ha sido debidamente entregado en el domicilio señalado; ello, además, guarda congruencia con las especiales previsiones que para las notificaciones se prevén en la propia Ley de Enjuiciamiento Civil (vid. arts. 261 y sigs.)...»

por el legislador en lugar de dar cobijo a toda clase de corruptelas tendentes a desvirtuar la finalidad de la norma.

El problema no es solamente la falta de verdadera fehaciencia en estos medios de dar a conocer el cambio de titular certificante que han introducido la Jurisprudencia Registral, primero, y la reforma del Reglamento del Registro Mercantil, después. La cuestión fundamental, a nuestro juicio, es que se ha perdido de vista la función que desempeñaba aquella «*notificación fehaciente*», en su originario sentido, como excepción a la regla general —consagrada por el art. 109 RMM— que exige la observancia del tracto sucesivo en las personas que certifican de los acuerdos sociales. La notificación fehaciente es una excepción al cumplimiento de un principio registral fundamental (o si se quiere, un medio de restaurar el tracto) y, por ese motivo, no puede ser objeto de ninguna ficción legal o reglamentaria.

En el sistema español del Derecho de Sociedades se atribuye una verdadera Fe (una presunción de verdad) a quien ostenta la facultad de certificar de los acuerdos de los órganos sociales. No se trata de una verdadera Fe Pública, pero, en la práctica, hace las veces de ésta. Prácticamente todos los acuerdos sociales llegan al Registro en base a la «elevación a público» de un documento privado: la certificación del secretario o administrador. Esta atribución de Fe (de fehaciencia) a documentos privados librados por un particular ha de tener un contrapeso y lo tenía, en el tracto sucesivo y en la legitimación registral, al exigir el artículo 109 que el certificante esté previamente inscrito en el Registro. No debe desvirtuarse de tal modo el sentido del artículo 111, que se limitaba originariamente a establecer una prudente excepción al tracto para los casos en que aquel certificante inscrito negase su cooperación, convirtiéndolo, como es ahora, en una mera ficción reglamentaria.

Por este motivo nos sorprende la afirmación (no sabemos si ingenua o irónica) que formula la Resolución que da pie a este comentario cuando considera como «*excepcionales*» los supuestos en que los actos inscribibles acceden al Registro por medio de documentos privados. Es todo lo contrario: casi todos los actos inscribibles acceden mediante un documento privado: la certificación expedida por el secretario o el administrador. Las escrituras públicas que se presentan en el Registro se limitan a protocolizar dicha certificación, pero sabemos que eso no la convierte en documento público. Lo cierto es que se confunde el vehículo (escritura) con el contenido (la certificación) y que un documento privado protocolizado sigue siendo un documento privado a todos los efectos.

No nos dejemos engañar por la inefable terminología del Reglamento del Registro Mercantil, el cual constantemente menciona la «*elevación a público de los acuerdos sociales*»; esa «*elevación*» no es más que la simple protocolización de un documento privado: la certificación expedida por el secretario o el administrador, que es donde se contienen dichos acuerdos y a cuyo contenido (el de la certificación, no el de la escritura) es al que nuestro Reglamento atribuye una presunción de fehaciencia.

Solamente cuando esa elevación a público se hace tomando como base el acta notarial (de la Junta o de la reunión del Consejo) podemos decir con propiedad que los acuerdos sociales han accedido al Registro mediante un documento público.

J. G. G.

LICENCIA MUNICIPAL. VENTA DE CUOTA INDIVISA. ASIGNACION DE ESPACIO EXCLUSIVO.—LA TRASMISION DE UNA CUOTA INDIVISA DE UNA FINCA CON ASIGNACION DEL USO EXCLUSIVO DE UN ESPACIO DETERMINADO IMPLICA UNA VERDADERA DIVISION CUANDO CADA UNA DE LAS PARTES ES SUSCEPTIBLE DE CONSTITUIR FISICAMENTE FINCA ABSOLUTAMENTE INDEPENDIENTE DE LAS OTRAS, ESTANDO SUJETA POR ELLO AL REQUISITO DE LA LICENCIA MUNICIPAL O A JUSTIFICAR LA INNECESARIEDAD DE LA MISMA. (RESOLUCIÓN DE 26 DE JUNIO DE 1999. BOE DE 3 DE AGOSTO DE 1999) (RESOLUCIÓN DE 19 JUNIO DE 2000. BOE DE 1 DE JUNIO DE 2000.) *Con el mismo texto*, RESOLUCIONES DE 20, 26, 27, 28 Y 29 DE JUNIO; 2, 6, 7, 8, 16, 18, 23 Y 25 DE SEPTIEMBRE; 6, 13, 14, 16, 19, 20 Y 23 DE OCTUBRE DE 2000; 1, 10 Y 12 DE FEBRERO DE 2001.

RESOLUCION de 26 de junio de 1999, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en los recursos gubernativos acumulados interpuestos por don José Manuel Luque Fernández, contra la negativa del Registrador de la Propiedad de Alcalá de Guadaira, don Juan Escudero Ruiz, a inscribir unas escrituras de elevación a público de documento privado de venta de una cuota indivisa de una finca rústica, en virtud de apelación del recurrente.

En el recurso gubernativo interpuesto por la Procuradora de los Tribunales, doña María Victoria Aguilar Ros, en nombre de don José Manuel Luque Fernández, contra la negativa del Registrador de la Propiedad de Alcalá de Guadaira, don Juan Escudero Ruiz, a inscribir unas escrituras de elevación a público de documento privado de venta de una cuota indivisa de una finca rústica, en virtud de apelación del recurrente.

Hechos.—I. Mediante cinco escrituras públicas de fechas 1 de febrero, 24 de marzo, 19 de mayo, 7 y 11 de julio de 1994, otorgadas ante el Notario de Sevilla, don Félix Monedero Gil, don Manuel Luque Fernández, por sí y en representación de su esposa y distintos compradores, elevaron a público otros tantos documentos privados de compraventa de cuotas indivisas de una finca rústica que quedan delimitadas con el correspondiente derecho a uso y disfrute al resto de los comuneros en una delimitación de 2.500, 2.670, 3.210, 3.230, 2.565 metros cuadrados de superficie, respectivamente, señalada con un número en el plano de situación que se adjunta a los contratos de compraventa, con derecho a enganche de luz, al pie de ésta, y con los linderos que en cada uno de ellos se determinan, y declarando conocer y aceptando cada comprador los Estatutos de la comunidad de copropietarios. Cada comprador autoriza de forma expresa al vendedor a proceder, caso de entenderse necesario, a constatar una doble servidumbre de paso.

II. Presentadas las cinco copias de las referidas escrituras, en el Registro de la Propiedad de Alcalá de Guadaira, fueron calificadas con notas del mismo tenor literal: «Devuelto hoy el anterior documento, no se practica la inscripción del mismo, ya que la enajenación de una cuota indivisa de una finca rústica, con derecho al uso y disfrute exclusivo de una «delimitación» de superficie, con sus linderos, implica una parcelación urbanística, puesto que supone, en la realidad, la división material del uso y disfrute de una finca; para dicha parcelación es preciso la correspondiente licencia o bien justificar la innecesariedad de la misma, conforme dispone el artículo 259.3.º de la vigente Ley sobre Régimen de Suelo y Ordenación Urbana de 30 de junio de

1992. No se toma anotación de suspensión por no haberse solicitado. Alcalá de Guadaira, 13 de julio de 1995. El Registrador. Firma ilegible».

III. Don José Manuel Luque Fernández interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación, y alegó: 1. Que el objeto del recurso se centra en acreditar que una parcelación realizada sobre la finca rústica con fines puramente agrarios, en ningún caso implica una parcelación del carácter urbanístico y que, por tanto, no es necesario conforme a la Ley vigente aportar ningún tipo de licencia municipal, ni justificar la innecesariedad de la misma mediante la oportuna declaración municipal, ya que se considera inaplicable al presente caso el artículo 259.3 de la vigente Ley de Régimen de Suelo y Ordenación Urbana de 30 de junio de 1992. 2. Que conforme a lo dispuesto en los artículos 16 y 257.1 del texto refundido de la Ley del Suelo, hay que considerar que existe una parcelación rústica respecto de toda división simultánea o sucesiva de terrenos en dos o más lotes para fines de explotación agraria del suelo. Que, por tanto, la diferenciación tanto doctrinal como jurisprudencial respecto a las parcelaciones de carácter urbanístico y agrario consiste en la primera cuando los actos de parcelación van destinados a la creación de un núcleo de población, no siendo éste el objetivo de las de carácter agrario, que únicamente pretenden la división en el uso de la explotación agrícola de un terreno. 3. Que el único tipo de parcelación procedente en suelo calificado como no urbanizable son las de carácter rústico para los que rige la vigente Ley Agraria, y aquí es donde entra el concepto «de unidades mínimas de cultivo», que en la Comunidad Autónoma de Andalucía existe al respecto un auténtico vacío legal. Que son varias las sentencias del Tribunal Supremo que entienden que la Orden del Ministerio de Agricultura, de 27 de mayo de 1958, se encuentra expresamente derogada (confróntese sentencia de 11 de mayo de 1988). 4. Que las leyes estatales de carácter agrario no atribuyen competencia alguna a las autoridades municipales ni a ninguna otra parte para el posible control de las parcelas rústicas que puedan formarse. 5. Que en lo referente a lo que se entiende por «núcleo de población» se llega a la conclusión que en esta materia debe considerarse vigente el Reglamento de Planeamiento aprobado por Decreto 2159/1958, de 23 de junio, conforme a la interpretación dada por la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de mayo de 1987. Que si se examinan las diversas sentencias del Tribunal Supremo, se llega a la conclusión de que no existe una regla general, siendo necesario examinar caso por caso. 6. Que las parcelaciones rústicas por la remisión del artículo 16.1 del texto refundido de la Ley del Suelo, se les aplica la legislación agraria, en la cual no se exigen para ello ningún tipo de licencia administrativa, por lo que no es aplicable el artículo 259.2 de dicho texto refundido. Este es el sentido del Auto del Presidente de la Audiencia Territorial de Sevilla de fecha 30 de junio de 1979. 7. Que hay que considerar cuál debe ser la actuación de los Notarios y Registradores respecto a lo establecido en el artículo 259.3 del texto refundido de la Ley del Suelo, precepto sobre el que caben distintas interpretaciones: a) Que se refiere a toda clase de suelo; b) Que únicamente procede la declaración de innecesariedad cuando se está ante un acto divisorio de suelo urbano o urbanizable que implique parcelación urbanística y cuando no sea posible acreditar la licencia. 8. Que en virtud de todo lo anterior, se considera indebida la calificación en base: a) Que a las parcelaciones rústicas le es inaplicable el artículo 259.3 de la vigente Ley de Régimen de Suelo y Ordenación Urbana, de 30 de junio de 1992; b) que le es de aplicación la vigente legislación agraria por remisión del artículo 16.2 del

texto refundido de la Ley del Suelo; *c*) que en la Comunidad Autónoma de Andalucía existe un vacío legal al respecto; *d*) que tanto la doctrina como la jurisprudencia de forma expresa autoriza se lleven a efecto parcelaciones rústicas con destino a lo que se denomina huerto familiar, incluso si son objeto de pequeñas instalaciones para resguardo de aperos de labranza; *e*) que es improcedente para la inscripción de las escrituras señaladas que se requiera licencia urbanística o bien justificar la innecesariedad de la misma; *f*) que los planes municipales de ordenación no pueden regular respecto de las unidades mínimas de cultivo en suelo no urbanizable; *g*) que del propio texto del contrato de compraventa se deduce con absoluta claridad que: 1. Se adquiere una cuota indivisa de una finca rústica. 2. Que el comprador conoce y acepta los derechos y obligaciones que conlleva el estar declarada la finca como rústica en el Plan General de Ordenación Urbana del municipio de Alcalá de Guadaira. 3. Que tiene una extensión superior a los 2.500 metros, superficie adecuada para la explotación de los denominados huertos familiares.

IV. El Registrador de la Propiedad, en defensa de su nota, informó: 1. Que los documentos privados de compraventa califican las fincas como rústicas (sin aclarar si de secano o regadío) e, igualmente, se dice que la finca de la cual se enajenan las cuotas indivisas está acogida al Plan de Ordenación Urbana del municipio de Alcalá de Guadaira, sin que se aporte prueba documental alguna de dicha aseveración. Que lo que se destaca del contenido de los contratos es que las compraventas no lo son de parcelas respetando, según se afirma, la Ley de Unidades Mínimas de Cultivo. Las ventas tienen por objeto unas cuotas indivisas de la finca rústica, que quedan delimitadas con el correspondiente derecho al uso y disfrute al resto de los comuneros en una delimitación de 2.563 metros cuadrados de superficie (lo que revela que se está ante una parcelación urbanística), que se señala con un número en el plano de situación, que se adjunta (lo cual no consta) a los contratos privados de compraventa, con derecho a enganche de luz y con linderos con fincas igualmente referidas al citado plano no adjuntado y autorizándose por los compradores al vendedor a constituir una doble servidumbre de paso. Esto último pone de manifiesto la existencia de una parcelación de uso, ya que no tendría sentido dicha servidumbre si sólo se vendieran cuotas indivisas. Que todo lo anterior lleva a plantear si no se está en realidad ante una verdadera parcelación urbanística. Que se está ante una comunidad funcional con adopción de un uso y un disfrute exclusivos, es decir, ante una indivisión romana de la titularidad con una división germánica del uso. Esta adopción de uso y disfrute encubre una parcelación que, si bien civilmente puede ser válida, urbanísticamente no lo es, ya que se elude el acto parcelatorio material mediante la división de ese uso y ese disfrute. Que lo expuesto es lo que lleva a exigir la presentación de la licencia de parcelación o, en su caso, la declaración municipal de la innecesariedad de la misma (art. 259 del texto refundido de la Ley del Suelo), ya que todo acto de uso del suelo está sujeto a licencia (art. 242 del mismo texto legal). Que la expresión «parcelación urbanística» es también aplicable a la división del uso exclusivo de una parte de finca, como es este caso, y más teniendo en cuenta lo que dicen el artículo 16.1 del texto refundido citado y la Resolución de 5 de enero de 1995. Que se habla de unos Estatutos de copropietarios que rigen la comunidad, cuyo contenido no ha sido objeto de calificación por no acompañarse con las escrituras, por lo que se ignora si regulan una auténtica comunidad de propietarios o tan sólo los gastos comunes. 2. Que la afirmación de que a las parcelaciones objeto de las

escrituras le son aplicables las normas de la legislación agraria no puede mantenerse. 3. Que es verdad que la Comunidad Autónoma de Andalucía carece de una normativa reguladora de las unidades mínimas de cultivo, pero no existe vacío legal, pues se llena con la Orden de 27 de mayo de 1958, y que establece que para Alcalá de Guadaira las unidades mínimas de cultivo son 0,25 hectáreas para regadíos y 2,50 hectáreas para secano, Orden que no ha sido derogada por la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario de 12 de enero de 1973. Que así lo mantiene la doctrina y así lo ha ratificado la sentencia del Tribunal Supremo, de 11 de mayo de 1988. Que el artículo 24 de la Ley de Modernización de Explotaciones Agrarias, de 4 de julio de 1995, establece que la división de una finca rústica sólo será válida cuando dé lugar a parcelas de extensión no inferior a la Unidad Mínima de Cultivo. 4. Que los documentos calificados para nada hablan de que el destino de las «delimitaciones» transmitidas, a través o por medio de cuotas indivisas, supongan la creación de huertos familiares, ni, por tanto, se hace referencia a las normas reguladoras de los mismos vigentes al otorgamiento de las escrituras. 5. Que, según lo establecido en el artículo 16.1 de la Ley del Suelo, se señala que precisamente exigiendo la licencia municipal o la declaración de su innecesariedad, es como se asegura la preservación de ese proceso de desarrollo urbano de que habla el texto antes citado, evitándose de este modo la formación de un núcleo de población, concepto este un poco impreciso, como se afirma por la doctrina y se deduce de algunas sentencias, como las de 5 y 13 de junio, y 13 de julio de 1985. Que la exigencia de la licencia de parcelación para la inscripción registral fue recordada a los Registradores por la Circular de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fecha 17 de julio de 1966, reiterada por la de 9 de noviembre de 1971, con referencia a la Ley del Suelo. No hay razón para estimar que esta exigencia no se extienda también a la declaración de su innecesariedad, que es la alternativa introducida por el artículo 259.3 del nuevo texto de la Ley del Suelo. Que con fecha 14 de julio de 1995, se ha practicado sobre la finca rústica objeto de segregaciones de cuotas indivisas, la anotación preventiva que se indica en los artículos 307.3 y 309.3 de la Ley del Suelo por sanción urbanística en virtud de expediente incoado por la Delegación de Urbanismo del Ayuntamiento para la restauración de la legalidad urbanística, al comprobar los servicios técnicos municipales las ventas de parcelas rústicas sin licencia urbanística de segregación y obras. 6. Que hay que citar lo establecido en el artículo 71.3 de la Ley del Suelo. 7. Que la adjudicación de una cuota está concretada en una delimitación con sus linderos y superficie, sobre la que se tiene un derecho de uso y disfrute exclusivo, lo cual entraña una parcelación urbanística, conforme se ha desarrollado en lo anteriormente expuesto.

V. El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía confirmó la nota del Registrador fundándose en la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado en las Resoluciones, entre otras, de 13 de mayo de 1994 y 5 y 17 de enero, 16 de junio y 12 de julio de 1995, debiendo ser las notas de suspensión y no de denegación, por considerarse la falta subsanable, y en cuanto a la Orden de 27 de mayo de 1958, que regula un aspecto de la normativa en materia de explotaciones agrícolas, no reservado a la Ley, y que no contradice la norma de rango superior, no puede entenderse derogada, hallándose plenamente vigente.

VI. La Procuradora de los Tribunales, doña María Victoria Aguilar Ros, en representación de don José Manuel Luque Fernández, apeló el auto presi-

dencial, manteniéndose en las alegaciones contenidas en el escrito de interposición del recurso gubernativo.

Fundamentos de Derecho.—Vistos los artículos 6.4, 398, 428 del Código Civil, y 16, 242 y 259.3 de la Ley del Suelo.

En el presente recurso se debate sobre la inscripción de cinco escrituras por las que se solemnizan sendos contratos privados de compraventa de cuotas indivisas de una finca que se afirma que es rústica, cuotas que «quedan delimitadas con el correspondiente derecho de uso y disfrute exclusivos sobre una porción determinada de aquélla», porción que se identifica del siguiente modo «delimitación de 2.500 metros cuadrados (2.670, 3.210, 3.230 y 2.565 metros cuadrados, respectivamente) de superficie, señalada con el número del plano de situación que se adjunta al presente contrato de compraventa, con derecho de enganche de luz al pie de ésta, cuyos linderos son: Linda con las fincas descritas en el plano con los números... y con camino de servicio». El Registrador suspende la inscripción, por cuanto «tales operaciones implican una parcelación urbanística, puesto que suponen, en realidad, la división material del uso y disfrute de una finca», lo que precisa la correspondiente licencia o la justificación de su innecesariedad (259.3 de la Ley del Suelo de 30 de junio de 1992).

Si se tiene en cuenta: *a)* La sujeción a licencia de toda parcelación urbanística (confróntese art. 242 del texto refundido de la Ley del Suelo de 1992, entonces vigente) y la prohibición de éstas en suelo rústico (confróntese art. 16 de la Ley del Suelo); *b)* la exigencia de licencia o la declaración de su no necesidad para autorizar e inscribir escrituras de división de terrenos (confróntese art. 259.3 de la Ley del Suelo); *c)* la necesaria aplicación al acto realizado en fraude de Ley de la norma que se hubiere tratado de eludir (confróntese art. 6.4 del Código Civil); *d)* que habida cuenta de los requisitos legales que determinan la consideración de una cosa como objeto jurídico independiente (confróntese art. 333 del Código Civil), de propio concepto legal de propiedad (confróntese art. 348 del Código Civil), de la sujeción al régimen de mayorías de lo relativo al uso de la cosa común (art. 398 del Código Civil) y de la prohibición del pacto de indivisión por más de diez años (428 del Código Civil), la compatibilidad entre la persistencia de una comunidad sobre el todo y la atribución a cada copropietario de un derecho permanente de uso exclusivo sobre una parte suficientemente determinada de aquél exige que estas partes carezcan de la autonomía física y económica que les impedirá ser reputados como objetos jurídicos nuevos y absolutamente independientes entre sí, pues, en otro caso (como es el ahora debatido en que las porciones de uso exclusivo delimitadas por sus linderos y superficie —confróntese art. 9 de la Ley Hipotecaria— son en principio susceptible de constituir físicamente fincas absolutamente independientes entre sí, si se satisfacen las exigencias legales de índole urbanística o agraria) aquella atribución implicará una verdadera división, cualquiera que sea la denominación elegida o el mecanismo jurídico bajo el que pretende encubrirse; habrá de confirmarse el defecto impugnado.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar el auto apelado.

Madrid, 26 de junio de 1999.—El Director General, *Luis María Cabello de los Cobos y Mancha*.

Excmo. Señor Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía.

RESOLUCION de 19 de junio de 2000, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de San Vicente de Raspeig, don Jesús Jiménez Pascual, contra la negativa del Registrador de la Propiedad de Alicante, número 3, don Fernando Trigo Portela, a inscribir una escritura de compraventa en virtud de apelación del recurrente.

En el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de San Vicente de Raspeig, don Jesús Jiménez Pascual, contra la negativa del Registrador de la Propiedad, número 3, don Fernando Trigo Portela, a inscribir una escritura de compraventa en virtud de apelación del recurrente.

Hechos.—El día 28 de noviembre de 1996, ante don Jesús Jiménez Pascual, Notario de San Vicente de Raspeig, don Francisco Maso Ferrando, como vendedor, y los cónyuges don Alvaro Silvente Devesa, casado, como comprador, otorgaron escritura de compraventa en la que el vendedor manifestó ser dueño en pleno dominio de la finca rústica que se describe, registral número 48.631 del Registro de la Propiedad, número 3, de Alicante, y las partes expresaron que se convenía la venta de una participación indivisa de la finca anterior equivalente a un 50 por 100, equivalente a 12,50, pero que ante la imposibilidad jurídica de dividirla, por no haber obtenido la correspondiente licencia municipal de parcelación, y atendido que su propósito era que los compradores pudieran poseer, usar y disfrutar de su porción, pactaban de modo expreso, aparte de la compraventa, otras cláusulas entre las cuales figuran: 1. Que los compradores podrán usar, disfrutar y aprovechar de modo exclusivo de una parcela de 1.250 metros cuadrados, incluidos viales, que se identifica plenamente por sus linderos y por un plano que se incorpora a la escritura. 2. Que cada condómino soportará los gastos que originen las porciones de terreno, respectivamente, y hará suyos los beneficios, con previsión de que algunos pueden ser comunes. 3. Que los compradores apoderan al vendedor facultándole para que, una vez obtenida la licencia municipal, puedan otorgar escritura de división material de la finca y extinción de la comunidad, adjudicándose la porción resultante de la licencia que corresponda con la parte de terreno, que por esta escritura se le asigne de uso y disfrute exclusivo.

II. Presentada primera copia de la citada escritura en el Registro de la Propiedad de Alicante, número 3, fue calificada con la siguiente nota: «Libro de entrada número 892, presentado a las diez treinta y seis horas del día 4 de febrero de 1997, asiento número 1.433 del diario 31. Registro de la Propiedad de Alicante, número 3. Denegada la inscripción del precedente documento por: No aportarse la preceptiva licencia municipal o el certificado administrativo de la innecesariedad de la misma de acuerdo con lo establecido en la Ley 4/1992, de 5 de junio, de la Generalitat Valenciana, sobre suelo no urbanizable. Contra la precedente nota y en el plazo de cuatro meses a contar desde su fecha, cabe interponer recurso gubernativo ante el Presidente del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana en la forma a que se refieren los artículos 66 de la Ley Hipotecaria y 112 y siguientes de su Reglamento. Alicante, a 21 de febrero de 1997. El Registrador. Firma ilegible».

III. El Notario autorizante de la escritura interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación, y alegó: Que en cuanto al defecto de la nota registral, se presume que debe tratarse de la licencia exigida por la Disposición Adicional tercera de la Ley 4/1992, de 5 de junio, de la Generalitat Va-

lenciana, para llevar a cabo actos de parcelación, segregación y división de terrenos. Que aceptada la presunción anterior, no se entiende por qué es necesaria la licencia municipal para inscribir un título que no contiene segregación, división ni parcelación de ningún tipo, sino simplemente la venta de una participación indivisa de una finca que, tal como se aclara en la propia escritura, no puede parcelarse por no haber obtenido la correspondiente licencia municipal.

IV. El Registrador de la Propiedad, en defensa de la nota, informó: Que teniendo en cuenta lo que dice la Disposición Adicional tercera de la Ley 4/1992, de 5 de junio, de la Generalitat Valenciana, sobre suelo no urbanizable, y la sentencia del Tribunal Supremo, de 22 de diciembre de 1995, hay que significar que en el caso que se discute se parte de la venta de una cuota indivisa asignando a continuación el uso exclusivo de una zona física determinada en cuanto a superficie y linderos. Se trata de una parcelación encubierta que fragmenta la utilización del terreno y multiplica el número de propietarios. Que se considera que se incurre en un fraude de Ley, según lo establecido en el artículo 6.4 del Código Civil y según lo explica la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 1991. Que la doctrina, en relación con el artículo 259.3 de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, dice que se refiere exclusivamente a los negocios de división de fincas en los que hay que entender incluidos los de segregación. Que uno de los mecanismos más frecuentes a que se ha acudido para salvar el contenido del artículo que tratamos, sobre todo en las épocas en que la parcelación urbanística constituía un fenómeno preocupante, era la de configurar el negocio jurídico correspondiente bajo otra fórmula distinta mediante la creación de comunidades de bienes o entes asociativos con un régimen especial de utilización de los bienes comunes. Que para salir al paso de esta práctica, algunas Comunidades Autónomas han establecido reglas especiales, entre las que hay que citar el artículo 41.3 del Reglamento de Protección de la Legalidad Urbanística de Cataluña, por ser el más significativo. Que la calificación registral tiene la finalidad de que el Registro no recoja derechos o situaciones dudosas y este es el sentido de la Resolución de 27 de noviembre de 1929. Que conforme manifiesta la doctrina sólo deben tener acceso al Registro los títulos válidos y perfectos, y ello es lógico si se quiere asegurar mínimamente la concordancia entre el Registro y la realidad. De lo contrario los asientos sólo servirían para engañar al público, favorecer el tráfico ilícito y provocar nuevos conflictos.

V. El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana confirmó la nota del Registrador, fundándose en que se trata de un supuesto previsto en la Disposición Adicional tercera de la Ley 4/1992, de 5 de junio.

VI. El Notario recurrente apeló el auto presidencial manteniéndose en sus alegaciones, y añadió: 1. Que según la doctrina, la segregación es una operación registral en cuya virtud se separa parte de una finca inmatriculada para formar una finca nueva. Tal operación registral debe decidirse por el dueño de la finca, describiendo la porción segregada y el resto y solicitar su inscripción, todo ello siempre que sea jurídicamente susceptible de separación. Que ninguno de tales presupuestos se contienen en la escritura de referencia; b) La segregación es operación necesaria e indispensable para poder enajenar una porción de la finca, que forma parte, registralmente, de otra de mayor cabida. Por ello si en la escritura no se ha practicado ninguna segregación y, por ello, no puede inscribirse como finca nueva e independiente

ninguna parcela, mal podría enajenarse como un bien perfectamente individualizado e identificado; c) Que si no existe técnicamente segregación, no es necesaria licencia alguna para el otorgamiento ni para la inscripción de la escritura, no siendo de aplicación la referida Disposición Adicional tercera. 2. Que no está ante una parcelación, puesto que ya ha quedado demostrado anteriormente que no hay segregación ni parcelación alguna, la cual tendría que practicarse e inscribirse, y ni mucho menos, encubrimiento, ya que claramente se especifica que no ha podido obtenerse la correspondiente licencia municipal, razón por la cual se recurre a crear un proindiviso forzoso, no conveniente, pero sí como única fórmula para conseguir un mínimo de seguridad y regulación nacional, hasta que se obtenga la autorización preceptiva o el comprador adquiera la restante cuota indivisa. Que por esas mismas razones, no se trata tampoco de un contrato formalizado en fraude de Ley, porque se utilizan cauces perfectamente legales y lícitos para dar respuesta a situaciones reales también lícitas, si bien carentes temporalmente de un requisito formal, no esencial. Que tal solución ha sido hasta ahora claramente inscribible en el Registro de la Propiedad.

Fundamentos de Derecho.—Vistos los artículos 6.4, 398 y 428 del Código Civil y la Disposición Adicional tercera de la Ley 4/1992, de 5 de junio, de la Generalidad Valenciana, sobre suelo no urbanizable, Resoluciones de esta Dirección General, de 26 de junio de 1999.

1. Mediante escritura pública, los dueños de una finca rústica y el comprador correspondiente, otorgan la compraventa de una porción indivisa de la finca. En el documento establecen, entre otras estipulaciones, lo siguiente: Que venden una participación indivisa ante la imposibilidad jurídica de transmitir una finca o parcela concreta, dado que no es posible obtener la licencia municipal de parcelación.

Que, como consecuencia de lo anterior, pactan que a dicha porción indivisa le corresponda un uso exclusivo, incorporando a la escritura un plano de la misma para su mejor identificación.

El Registrador deniega la inscripción por no aportarse la preceptiva licencia municipal o el certificado administrativo de innecesariedad de la misma, de acuerdo con lo establecido en la Ley 4/1992, de 5 de junio, de la Generalidad Valenciana.

2. La Resolución de este Centro Directivo, de 26 de junio de 1999, ha recordado que la Disposición Adicional tercera de la Ley 4/1992, de la Generalidad Valenciana, establece la necesidad de licencia o certificado administrativo de su innecesariedad en toda parcelación de fincas o terrenos, prohibiendo, en consecuencia, a Notarios y Registradores autorizar e inscribir, respectivamente, escrituras de división, parcelación o segregación de fincas o terrenos en cualquier clase de suelo sin la oportuna licencia municipal o certificación de su innecesariedad. Es por ello obligada la aplicación al acto realizado en fraude de Ley de la norma que se ha tratado de eludir (cfr. art. 6.4 del Código Civil).

De otra parte, habida cuenta de los requisitos legales que determinan la consideración de una cosa como objeto jurídico independiente (cfr. art. 333 del Código Civil), del propio concepto legal de propiedad (cfr. art. 348 del Código Civil), de la sujeción al régimen de mayorías en lo relativo al uso de la cosa común (art. 398 del Código Civil), y de la prohibición del pacto de indivisión por más de diez años (art. 400 del Código Civil), la compatibilidad entre la persistencia de una comunidad sobre el todo y la atribución a cada

propietario de un derecho permanente de uso exclusivo sobre una parte suficientemente determinada de aquél, exige que estas partes carezcan de la autonomía física y económica que les impida ser reputados como objetos jurídicos nuevos y absolutamente independientes entre sí, pues, en otro caso (como es el ahora debatido, en que las porciones de uso exclusivo delimitadas por sus linderos y superficie —cfr. art. 9 de la Ley Hipotecaria—, son en principio susceptibles de constituir físicamente fincas absolutamente independientes entre sí, si se satisfacen las exigencias legales de índole urbanística o agraria), aquella atribución implicará una verdadera división, cualquiera que sea la denominación elegida o el mecanismo jurídico bajo el que pretende encubrirse.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso interpuesto, confirmando el auto presidencial y la calificación del Registrador.

Madrid, 19 de junio de 2000.—La Directora General, *Ana López-Monís Gallego*.

Excmo. Señor Presidente del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana.

COMENTARIO

Los supuestos que se contemplan en la Resolución de 26 de junio de 1999 y en la serie de otras veinticuatro idénticas que se inician con la Resolución de 20 de junio de 2000, responden a una misma causa, que es declarar que debe guardarse la necesaria disciplina en lo que respecta a la ordenación territorial y, concretamente, la protección del suelo rústico ante las invasiones que puedan producirse por las urbanizaciones ilegales.

Las normas reguladoras del suelo, tanto la escueta ley nacional de 1998 como sus textos precedentes, así como las diversas leyes autonómicas y, por otro lado, la legislación agraria, concretada actualmente en la Ley de Modernización de Explotaciones Agrarias, contienen el claro mandato de que el suelo rústico sólo debe destinarse al cultivo agrícola o al uso forestal o ganadero, que son sus finalidades primarias y no a otros usos distintos. Si hay algunas excepciones permitidas, como la vivienda familiar o construcciones propias de la empresa agrícola, las obras públicas o las instalaciones de interés social, tales excepciones están claramente determinadas y exigen unas autorizaciones y licencias de las que no se puede prescindir.

Lo que no está permitido en ningún caso en el suelo agrario es la parcelación con miras urbanísticas, entendiéndose por tales, según nos dicen de consuno las normas establecidas, aquéllas que pueden dar lugar a un núcleo de población.

Las conocidas urbanizaciones piratas que crecieron como hongos antaño, arrasando como la langosta las tierras situadas cerca de las ciudades, ya han sido, por fin, vetadas por la legislación y los planeamientos municipales. Se ha tenido que defender a la vapuleada agricultura periurbana, pues ésta estaba en peligro de desaparecer por la codicia de los promotores sin escrúpulos que compraban tierra barata y después se limitaban a poner unos cercados de madera y un par de vistosos banderines a la entrada, fabricando así unos conjuntos, apenas sin servicios, a los que hacían aparecer como urbanizacio-

nes mediante astutas propagandas, con la única finalidad de vender como solares lo que compraron como eriales. Y los habitantes de la ciudad, deseosos de escapar del agobio del asfalto y de respirar aires más puros, han sido clientes confiados que han sufrido después las consecuencias de estas «promociones» tan carentes de legalidad como precarias de los servicios prometidos y que nunca se cumplen.

En varias ocasiones han tenido que negar su inscripción los Registradores, que han encontrado su apoyo y confirmación en la Dirección General. Entre las varias Resoluciones más modernas, citamos las siguientes:

— En la Resolución de 13 de mayo de 1994 se confirma la nota denegatoria del Registro de Málaga, número 8, de una escritura de segregación y venta de una parcela por constar en la finca matriz una anotación preventiva en la que aparece la pendencia de un expediente de disciplina urbanística incoado por el Ayuntamiento de aquella capital que denota la existencia de un proceso de urbanización ilegal que se estaba produciendo sobre una finca de regadío.

— En la Resolución de 5 de enero de 1995, aunque parece que la cuestión principal se refiere a la inscripción de una obra nueva, el primer defecto de la nota denegatoria del Registro de Corcubión es la falta de licencia municipal para segregar de un pinar el suelo necesario para la posterior edificación. Se confirma el defecto.

— Resolución de 17 de enero de 1995. En el Registro de Motril, número 2, se denegó la inscripción de una escritura por la que se dividía una finca de unas 87 áreas en dieciocho parcelas de cuatro áreas cada una, calificándolas como «huertas de riego». La nota se basaba en la falta de licencia y se confirma la calificación.

— Resolución de 16 de junio de 1995. En el Registro de la Propiedad de Palencia, número 2, se deniega la inscripción de una escritura por la que el dueño de una finca rústica, procedente de la concentración parcelaria, segrega de la misma una parcela destinada, según se dice en el título, a «huerto familiar». En el Registro existían otras diversas escrituras de segregaciones de la misma finca, lo que implicaba la existencia de una parcelación urbanística y no habiéndose presentado licencia, era procedente denegar. La Dirección General confirma y cita los preceptos que constituyen la determinante obligación de los Notarios y Registradores de exigir la acreditación de la licencia o del certificado de innecesariedad.

— Y en la Resolución de 8 de mayo de 1999 se resuelve el caso de una escritura de segregación y venta de una tierra, presentada en el Registro de Avila. Se acompaña certificación del Ayuntamiento expresiva de que no es necesaria la licencia por tratarse de suelo no urbanizable, «sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación agraria». Precisamente en esto último radica la dificultad. El Registrador deniega la inscripción porque después de la segregación queda un resto inferior a la unidad mínima de cultivo. Y la Dirección General confirma la nota declarando que no cabe duda alguna de que, por aplicación de la Ley 19/1995, de Modernización de las Explotaciones Agrarias (arts. 24 y 25) no pueden segregarse fincas cuya superficie sea inferior a la unidad mínima de cultivo o cuando el resto que quede después de practicada dicha segregación sea también inferior a aquella unidad mínima.

En todos los casos el Centro Directivo ha confirmado las calificaciones negativas de los Registradores, apoyándoles en su apreciable labor de impedir

la ilegalidad en esta materia, de acuerdo con el derecho-deber que les viene impuesto por el artículo 18 de la Ley Hipotecaria, básico de su función.

De lo que no hay duda es que para segregar o dividir fincas con miras urbanísticas se precisa la licencia, según el artículo 293 de la Ley del Suelo de 1992, que ha sido declarado vigente por la conocida sentencia del Tribunal Constitucional y por la actual Ley de 1998. Según este precepto, los Notarios no deben autorizar escrituras de división ni los Registradores inscribirlas si no media la licencia.

A pesar de esta clara prohibición, aún se dan raros casos, pero se dan, de otorgamiento de tales escrituras, y entonces, ¿qué debe hacer el Registrador? Por supuesto cumplir con su control de legalidad y no acceder a la inscripción. Lo que no procede, desde luego, es meterse por los extraños vericuetos que marcan los artículos 79 y 80 de las «Normas» contenidas en el Real Decreto 1093/1997, claramente ilegales y merecedores de otra sentencia del Tribunal Supremo que los declare nulos.

Pero el ingenio humano es inagotable y la picaresca apura todos los recursos posibles para salirse con su propósito. Antes se acudió a los célebres «huertos familiares», treta que falló, pues esa figura es totalmente distinta y fue rechazada. Ahora se intenta tomar otro camino torcido. Si no se puede dividir una finca para vender los trozos resultantes, se intenta venderla en participaciones indivisas y después, tal es el caso de las Resoluciones que comentamos, se asigna a cada condueño un espacio determinado en el que se le constituye propietario exclusivo... y asunto arreglado.

La solución podría parecer sencilla, si no tuviese la dificultad de que encierra un caso típico de fraude a la ley. Este se da cuando un acto prohibido por una norma puede ser realizado revistiendo otra forma que, autorizada por otro precepto, permitiría alcanzar el resultado práctico perseguido, distinto del contemplado por la ley originaria aplicable, que así resultaría burlada. La sanción legal en estos casos es clara y aparece en el artículo 6-4.º del Código Civil: Los actos realizados al amparo del texto de una norma que persiguen un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiera tratado de eludir.

Y éste es, precisamente, el caso. Da la casualidad de que en el supuesto contemplado en la primera resolución, la de 1999, obraba ya en el Registro de Alcalá de Guadaira una anotación preventiva en la que constaba la existencia de un expediente incoado por los correspondientes servicios municipales de urbanismo para asegurar la restauración de la legalidad urbanística vulnerada. Ante eso era obligada la nota denegatoria del Registrador: «La enajenación de una cuota indivisa de una finca rústica, con derecho al uso y disfrute exclusivo de una delimitación de superficie implica una parcelación urbanística, puesto que supone en la realidad la división material del uso y disfrute de una finca». En consecuencia, se considera necesaria la licencia o la certificación de su innecesariedad, si es que no se tropezaba, además, con la rotunda nulidad contenida en el artículo 24 de la Ley de Modernización de las Explotaciones Agrarias.

Naturalmente, la Dirección General confirmó la nota del Registrador, declarando que este acto estaba incurso en fraude de ley, por lo que se imponía la aplicación de la norma que se trataba de eludir: Si las participaciones son susceptibles de constituir físicamente fincas absolutamente independientes entre sí, si se satisfacen las exigencias legales de índole urbanística o agraria, aquella

atribución implicará una verdadera división, cualquiera que sea la denominación elegida o el mecanismo jurídico bajo el que pretenda encubrirse.

La doctrina está muy clara. Y, sin embargo, poco tiempo después nos aparecen nada menos que 24 recursos, interpuestos por el autorizante de otras tantas escrituras, en los que, pese a confesar paladinamente que no se ha podido obtener la licencia, se procede a verificar unas múltiples ventas acudiendo otra vez a la fórmula de las participaciones indivisas, pero señalando parcelas individualizadas. A todas luces aparece el fantasma de la formación de un núcleo de población, claramente vetado por la ley.

En estas veinticuatro Resoluciones, de idéntico texto, la Dirección General reproduce su doctrina de que estas porciones de uso exclusivo, delimitadas por sus linderos y superficies, son susceptibles de constituir físicamente fincas absolutamente independientes, y por ello tal atribución implicará una verdadera división, aunque se emplee otro mecanismo bajo el que pretenda encubrirse. En consecuencia, se confirma que es precisa la licencia, amparándose en estos casos en la Ley 4/1999, de la Generalidad Valenciana, aunque bien hubiera podido acudir al artículo 293 de la Ley del Suelo de 1992.

En los informes que el Registrador de Alicante, número 3, redactó en defensa de sus notas, se citó, como confirmatorio de su posición, lo que al respecto establece el artículo 41 del Reglamento de la Ley catalana de 1981. En su número 3.º establece que se presume también la existencia de parcelación cuando sin división o segregación de fincas se enajenen partes indivisas de una determinada, con incorporación del derecho de utilización exclusiva de partes concretas de terrenos, o bien se constituyan asociaciones o sociedades en las cuales la cualidad de socio, participación o acción incorpora también esta facultad cuando en las porciones concretas se dan las señales de la parcelación urbanística. Y en el párrafo 4.º aclara que la infracción se producirá con independencia de las características técnicas de las edificaciones, artificios o ingenios que se puedan instalar sobre las parcelas, siempre que puedan dar lugar a un núcleo de población.

Como se ve, los supuestos coinciden con lo expresado en estas Resoluciones y valga la cita por lo que valiere.

Queda claro, pues, esta doctrina, que habiendo ya recibido el respaldo múltiple y unánime de la Dirección General, habrá que considerarla firme en lo sucesivo. Un nuevo eslabón en la defensa del suelo rústico frente a los repetidos intentos de invasión urbanística por fuera de los debidos límites de una necesaria ordenación territorial.

F. C. D.

III. Sentencias del Tribunal Supremo

1. DERECHO CIVIL

B) OBLIGACIONES Y CONTRATOS

Por ISABEL DE LA IGLESIA MONJE
e ISABEL MORATILLA GALÁN

NO OPERA EL ARTICULO 1.124 DEL CODIGO CIVIL CUANDO EN EL CONTRATO EXISTE UNA ESPECIFICA CLAUSULA RESOLUTORIA. (STS DE 11 DE OCTUBRE DE 2000.)

El primer motivo de casación se basa en la argumentación de que la Mutua Sevillana de Taxis no envió carta certificada notificando la intención de resolver el contrato que ligaba a las partes y que por ello la comunicación de resolución contractual ha devenido ineficaz, choca frontalmente con lo dispuesto en el artículo 1.124 del Código Civil. Parte el recurrente de que desde el momento en que la Correduría X incumplió gravemente sus obligaciones contractuales, perdió su legitimación para exigir el cumplimiento del requisito del preaviso.

La tesis del motivo no puede ser acogida por diversas y poderosas razones. Con independencia de no citar en el motivo la vía casacional a que se acoge, defecto formal no determinante de las adversas consecuencias de inadmisión o desestimación por ello, así como del error o lapsus de hacer figurar el artículo 1.124 como de la LEC en lugar del Código Civil, el motivo tiene que desaparecer. Desconoce o pretende desconocer que la propia Sala *a quo*, Sección 19.ª de AP de Madrid, excluye expresamente la aplicación del citado artículo 1.124 en el fundamento jurídico décimo y declara la improcedencia de aplicación de dicho precepto, por no entrar en juego su reglamentación cuando en el contrato existe un «pacto de *lex commissoria*», o sea, una cláusula establecida por las partes que regula y condiciona el ejercicio de la resolución, con cita al respecto de la condición 3.ª del convenio suscrito entre las partes. No tiene lugar la pretendida efectividad del artículo 1.124, pues ha sido excluido en su aplicación por las propias partes en su contrato, condicionando el ejercicio de la resolución contractual al cumplimiento de un plazo de preaviso.

INEXISTENCIA DE NULIDAD DE COMPRAVENTA POR ENTREGA DE COSA DISTINTA. (STS DE 14 DE OCTUBRE DE 2000.)

El motivo segundo alega infracción del artículo 1.101 en relación con el artículo 1.124 del Código Civil. Se está en presencia de la entrega de una cosa por otra o *aliud pro alio*, cuando existe pleno incumplimiento del contrato de compraventa por inhabilidad del objeto vendido para cumplir la finalidad para la que se vendió, y consiguientemente se ha producido la insatisfacción del comprador, lo que en estos casos permite acudir a la protección que dispensan los artículos 1.101 y 1.124 del Código Civil; tal inhabilidad ha de nacer de defectos de la cosa vendida que impidan obtener de ella la utilidad que motivó su adquisición, sin que sea suficiente para instar su adquisición una insatisfacción puramente subjetiva del comprador. La desestimación del motivo primero conduce necesariamente a la de éste al no resultar acreditado que las cintas transportadoras vendidas hayan resultado inútiles para el fin a que se destinaban sino, por el contrario, que las mismas están instaladas en la máquina construida y vendida, sin que conste que el comprador haya rechazado la máquina por no reunir las condiciones necesarias para el fin al que iba destinada, ya que, según el informe pericial, la máquina está instalada lo que, lógicamente, significa que está en funcionamiento, pues el perito nada dice en contra. No nos encontramos ante un supuesto de cosa distinta a la pactada que habilitaría al comprador para el ejercicio de las acciones nacidas de los artículos 1.101 y 1.124 del Código Civil, sino ante la entrega de cosa defectuosa a la que son aplicables los artículos 336 y 342 del Código de Comercio en relación con el artículo 1.490 del Código Civil.

NO ES POSIBLE EL EXITO DE LA ACCION REIVINDICATORIA SIN LA EXISTENCIA DE TITULO DE DOMINIO. (STS DE 23 DE OCTUBRE DE 2000.)

Se formula recurso de casación por infracción de los artículos 1.538, 1.279 y 1.280-1.º del Código Civil. Ninguno de estos preceptos ha sido vulnerado, puesto que la Sala reconoce la existencia de un contrato de permuta y su alcance, aunque no pueda acceder, por las poderosas razones que expone, al pedimento que consiste en la reivindicación de una vivienda concreta, pues ni hay título de dominio, suficiente para demostrar que el actor sea propietario, ni se halla identificada, tampoco desconoce los mandatos de los artículos 1.279 y 1.280, más su aplicación cobra sentido si, efectivamente, hubiera prosperado la acción reivindicatoria, lo que no ha sucedido.

EL CUMPLIMIENTO DE UN CONTRATO ES UNA QUESTIO FACTI. (STS DE 2 DE NOVIEMBRE DE 2000.)

Este Tribunal ha declarado que el problema del cumplimiento o incumplimiento contractual y de las obligaciones recíprocas puestas en juego con dicho acto negocial es de orden fáctico —una *questio facti*—, y que la cuestión de quien dejó de cumplir lo estipulado, que ha de aceptar las consecuencias de ese incumplimiento, por ser de hecho, corresponde determinarlo al Juzgador de instancia, cuya libre decisión debe ser soberana y ha de ser respetada

en casación, salvo que las conclusiones devenidas en la actuación de la instancia tengan una base errónea, ilógica o absurda.

Una vez declarado el éxito de la acción resolutoria deben entrar en juego el artículo 1.101 del Código Civil que presupone una probanza de los daños y perjuicios cuya existencia y determinación es también una cuestión de hecho, y dicha labor probatoria asimismo se ha efectuado correctamente en la sentencia recurrida, aunque haya partido de la base de equiparar la resolución por incumplimiento por una rescisión unilateral del contrato.

NO ES DONACION LA ATRIBUCION PATRIMONIAL DE DINERO GANANCIAL REALIZADO SOLO POR UN CONYUGE, PUESTO QUE SERIA NULA. NO SE ACREDITA EL ANIMUS DONANDI. (STS DE 13 DE JULIO DE 2000.)

Hechos.—La demandante, heredera testamentaria de su esposo, interpone reclamación de cantidad de 6 MM contra el sobrino del fallecido que había recibido del difunto mediante un cheque.

Doctrina.—En el presente caso no aparece constancia de contrato alguno, por lo que la interpretación recae sobre la atribución del dinero expresado en un cheque. La sentencia de la Audiencia Provincial aplica el artículo 1.282 y juzga la intención de los contratantes que dio lugar a aquella atribución patrimonial, por los actos coetáneos y posteriores, y llega a la conclusión que quisieron perfeccionar y perfeccionaron un contrato de donación en virtud del cual el esposo y causante de la demandante en la instancia y recurrente en casación donó una cantidad de dinero al demandado.

Es doctrina reiterada que la interpretación y calificación del contrato es función del Tribunal de Instancia, no susceptible de ser revisada en casación a no ser que sea ilógica, absurda o contraria a derecho. Y éste es el caso también de la sentencia de instancia, que lleva la interpretación a un resultado ilógico y contrario a derecho.

En efecto, si se entiende que aquel esposo y causante hizo una atribución patrimonial gratuita, basada en el contrato de donación a favor de su sobrino, cuyo objeto era cosa mueble —dinero ganancial cuyo carácter de bien ganancial consta acreditado, dicho contrato y la transmisión dominical serían nulos, según dispone el artículo 1.378 del Código Civil que exige el consentimiento de ambos cónyuges para todo (salvo liberalidades de uso) acto a título gratuito. Lo cual viene complementado con el principio de que un negocio jurídico tan sólo es calificado de gratuito, si consta la causa de liberalidad, probándose el *animus donandi*, lo que no aparece en el presente caso. Los demás detalles que enumeran, tanto la sentencia de primera como de segunda instancia, no son suficientes de por sí para derivar la calificación de un contrato en oneroso o gratuito.

INEXIGIBILIDAD DE LAS DEUDAS NACIDAS DE PERDIDAS EN JUEGOS PROHIBIDOS POR ILICITUD DE LA CAUSA. (STS DE 8 DE JULIO DE 2000.)

Dimanante la obligación cuyo cumplimiento se exige en la demanda de pérdidas sufridas por el demandado en juego prohibido, carente por lo tanto el actor de acción para su reclamación, no puede hablarse de que el deman-

dado haya actuado en su oposición al pago, de mala fe, en contradicción con su anterior conducta; estimarlo así sería contravenir por tal vía la prohibición de los juegos de azar desarrollados fuera de los lugares autorizados para ello, haciendo inoperante la ilicitud de la causa que justifica la denegación de acción para exigir al que pierde en tales juegos el pago de lo perdido.

INEXISTENCIA DE COMPETENCIA DESLEAL EN LOS HORARIOS DE APERTURA DE FARMACIAS. (STS DE 16 DE JUNIO DE 2000.)

Es indiscutible que las normas dictadas por los Colegios Profesionales en el ejercicio de sus potestades reglamentarias no tienen carácter de ley formal, por lo que su infracción no puede calificarse como acto de competencia desleal, al amparo del artículo 14.1 de la Ley de 10 de enero de 1991, y en cuanto a su contenido, las normas de los Colegios de Farmacéuticos estableciendo los horarios de apertura y cierre de las farmacias y los turnos de guardia y de vacaciones, son normas dirigidas, fundamentalmente, a conseguir el abastecimiento de medicinas a la población mediante la fijación de unos honorarios mínimos, no máximos que han de cumplir los profesionales, su objeto no lo constituye la concurrencia de esos profesionales en el mercado, materia reservada a los poderes legislativos estatales como materia mercantil que es. El principio general de libertad que consagra la Constitución en sus artículos 1.1 y 10.1 autorizan a los ciudadanos a llevar a cabo todas aquellas actividades que la Ley no prohíba, o cuyo ejercicio no se subordine a requisitos o condiciones determinadas. Y, por otro lado, el principio de legalidad que consagran los artículos 9.3 y 103.1 y que alcanza de lleno a los Colegios Profesionales en cuanto ordenan el ejercicio de las profesiones tituladas impide a las Administraciones Públicas dictar normas sin una habilitación legal suficiente. En consecuencia, la inobservancia de los honorarios mínimos de apertura de las farmacias, manteniéndolos abiertos al público durante períodos más amplios de tiempo, no infringe normas con rango de ley ni tampoco normas reguladoras de la competencia, por lo que tal conducta no puede considerarse como competencia desleal.

EXISTENCIA DE LEASING, INAPLICABILIDAD DE LA NORMATIVA DE VENTA A PLAZOS DE BIENES MUEBLES. (STS DE 3 DE NOVIEMBRE DE 2000.)

La determinación de la conceptualización jurídica, relativa a un contrato, constituye una cuestión de interpretación del mismo en orden a su calificación, que está atribuida al Juzgador de instancia, y su resultado ha de ser respetado en casación si no es ilógico, inverosímil o contrario a las normas de hermenéutica contractual contenidas en los artículos 1.281 a 1.289 del Código Civil. Asimismo es doctrina jurisprudencial reiterada que las normas o reglas interpretativas contenidas en los artículos 1.281 a 1.289, ambas inclusive del Código Civil, constituyen un conjunto o cuerpo subordinado y complementario entre sí de los cuales tiene rango preferencial y prioritario la correspondiente al primer párrafo del artículo 1.281, de tal manera que si la claridad de los términos de un contrato no deja duda sobre la intención de las partes, no cabe la posibilidad de que entren en juego las restantes reglas contenidas en los artículos siguientes que viene a funcionar con el carácter de

subsidiarias respecto de la que preconiza la interpretación literal. Este carácter complementario y subsidiario que respecto del artículo 1.281-1.º tienen las normas interpretativas contenidas en los siguientes preceptos del Código Civil, impide que, en aras de la claridad que en la formulación de los motivos de casación impone el artículo 1.707 de la LEC, en un mismo motivo se citen de forma conjunta e indiscriminada los artículos 1.281 a 1.289 del Código Civil, pues tal cita no permite conocer a esta Sala cuál es el criterio o norma interpretativa que se considera infringida por el Tribunal de Instancia.

Subsistente la calificación del contrato en que el tercerista funda su acción como de leasing, ha de rechazarse la infracción de la ley reguladora de venta a plazos de bienes muebles, por resultar inaplicable al caso del litigio.

No cabe alegarse el escaso valor residual pactado para el ejercicio de la opción de compra concedida al arrendatario. No es suficiente para desvirtuar la calificación del contrato hecha por la Sala de instancia el montante del valor residual, no concurriendo otras circunstancias que permitan declarar la existencia de una voluntad simuladora entre las partes tendente a encubrir la existencia de un contrato de venta a plazos de bienes muebles.

LA VALORACION PROBATORIA HA DE QUEDAR INCOLUMNE EN CASACION SI NO SE DEMUESTRAN ERRORES DE DERECHO QUE HIPOTETICAMENTE PUDIERAN HABERSE COMETIDO POR LA AUDIENCIA. (STS DE 26 DE ABRIL DE 2000.)

Se fundamenta la alegación en que la acción pauliana es una acción subsidiaria y exige entre sus requisitos la necesidad de acreditar la imposibilidad de otro procedimiento de cobro, así como acreditar el *consilium fraudis*. A la parte demandada correspondía en el juicio acreditar la imposibilidad de otro procedimiento de cobro, cosa que hizo sólo de forma parcial, lo que no es suficiente para la prosperabilidad de esta clase de acción, como dejó sentado la sentencia de primera instancia, desestimatoria de la pretensión actora.

El motivo se desestima porque el análisis de la prueba practicada que lleva a cabo la Audiencia pone de relieve la insuficiencia del patrimonio embargado para hacer frente a la satisfacción de la deuda y el carácter fraudulento de la donación efectuada por los codemandados a sus nietos. Los recurrentes no han intentado siquiera la demostración de errores de derecho cometidos por la Audiencia en aquella valoración, por lo que ha de quedar incólume, y sin que sirva al efecto pretendido la remisión a la sentencia de primera instancia, ya que fue revocada por la recurrida en vía de apelación, y el recurso de casación se da contra la sentencia de la Audiencia, no contra la de primera instancia, salvo el supuesto excepcional, que no es el caso.

SUBSISTENCIA DEL AVAL SOLIDARIO POR INEXISTENCIA DE NOVACION SUSTITUTORIA DE LA PERSONA DEL DEUDOR. (STS DE 16 DE JUNIO DE 2000.)

En su argumentación el recurrente señala que se había operado una sustitución de la persona del deudor, y por ello cita también el artículo 1.206 del Código Civil, a cuyo tenor la insolvencia del nuevo deudor, que hubiese sido

aceptado por el acreedor, no hará revivir la acción de éste contra el deudor primitivo.

El motivo es desestimado porque es reiterada la jurisprudencia de esta Sala que considera inobservancia del artículo 1.707 LEC causa de inadmisión del artículo 1.710-1-2.^a, apreciable en sentencia como razón para la desestimación y cita de la norma o normas infringidas mediante la fórmula «y siguientes», y «concordantes» u otra similar, ya que es carga del recurrente citar la norma infringida y no obligación de esta Sala hallarla de oficio, y porque para defender este motivo el recurrente da por buena su propia versión de los hechos, consistente en un acuerdo pleno y efectivo con el Banco demandante para que la deuda fuera exclusivamente asumida por uno de los fiadores codemandados, versión compartida por el Tribunal de Instancia que únicamente da por probadas meras conversaciones tendentes a llegar a algún tipo de acuerdo, de suerte que debe aplicarse la reiterada jurisprudencia de esta Sala a cuyo tenor los presupuestos de la novación son cuestiones de hecho irrevisable en casación salvo por la estrecha vía del error de derecho en la apreciación de la prueba citando inexcusablemente como infringida alguna norma que contenga regla legal de valoración de la prueba de que se trate.

NULIDAD DE ACCIONES AL NO SER DESEMBOLSADAS NI LIBERADAS CON CARGO A RESERVAS. (STS DE 12 DE JUNIO DE 2000.)

La pretensión actuada en este proceso versa sobre declaración de nulidad de un determinado número de acciones, emitidas como tales participaciones sociales mediante ampliaciones de capital a causa de no responder estas partes alícuotas del capital social a efectivas aportaciones patrimoniales.

Las certificaciones registrales a que se refiere el motivo fueron, en su día, rechazadas como prueba, por cuanto los datos registrales que reflejaban habían tenido acceso al Registro público en fecha anterior a la incoación del presente procedimiento, lo que obligaba a que la actividad probatoria debiera haberse solicitado en la primera instancia de acuerdo con lo dispuesto por la LEC, todo ello con independencia de que las dichas certificaciones no eran aptas para probar la existencia de activos con plusvalías tácitas de importe total suficiente para servir de aportación patrimonial efectiva, según pide la Ley, dado que estos documentos hacen fe del hecho de la inscripción, pero no con respecto al contenido de las manifestaciones que se hayan hecho en los documentos que la causen.

INAPLICABILIDAD RECÍPROCA DE LA CLÁUSULA PENAL ESTABLECIDA SOLO A FAVOR DE UNA DE LAS PARTES. (STS DE 30 DE JUNIO DE 2000.)

El argumento del recurrente se centra en la defensa de la aplicabilidad en contra de la constructora demandada —por demora en la entrega de las viviendas— de la cláusula penal establecida en su momento para el caso de demora de los compradores en los pagos a que se obligaban. Para ello la parte recurrente se apoya en los razonamientos de la sentencia de primera instancia sobre la filosofía y el espíritu que emana de la teoría general de las obligaciones y contratos y sobre el equilibrio de las prestaciones y contraprestaciones.

Tal planteamiento no puede ser acogido ya que la cláusula penal como obligación accesoria, generalmente pecuniaria y a cargo del deudor, que sanciona el incumplimiento o cumplimiento irregular de la obligación a la vez que valora anticipadamente los perjuicios, es una excepción al régimen normal de las obligaciones al sustituir la indemnización, lo cual obliga a su interpretación restrictiva. De ahí que sea improcedente no sólo ya aplicar una cláusula penal establecida para el supuesto de demora en los pagos a un supuesto completamente distinto, sino entender incluso que dicha cláusula, establecida para el caso de cumplimiento tardío de la obligación pecuniaria de una de las partes, era igualmente aplicable para el caso de cualquier tipo de incumplimiento por la otra parte, interpretación tan extensiva que llegaría a suponer una reciprocidad en absoluto pactada y, además, afectante a obligaciones de muy distinta naturaleza.

PROCLAMACION DE LA SOLIDARIDAD OBLIGACIONAL TACITA. (STS DE 17 DE MAYO DE 2000.)

El artículo 1.137 del Código Civil establece el principio de la presunción de la no solidaridad para el caso de la multiplicidad de deudores o acreedores en toda relación obligacional, en orden a exigir una expresa manifestación a favor de la solidaridad.

Ahora bien, doctrina jurisprudencial pacífica, emanada de sentencias de esta Sala, establece que tal solidaridad no ha de requerir para su establecimiento, su expresión con constancia, expresa, escrita, literal, ni por lo tanto el empleo específico del vocablo que lo represente, sino que basta que aparezca de modo evidente la voluntad de las partes de poder prestar o exigir íntegramente la cosa objeto de la obligación. Y en el presente caso no hay duda que debe planear con todos sus efectos el principio de la solidaridad, y así se deriva de los siguientes datos, perfectamente destacados en la sentencia recurrida, como son que se tuvo por solicitada declaración de suspensión de pagos a instancia de las tres personas recurrentes y con una misma postulación, y que la designación de los interventores —parte recurrida—, se hizo para el estudio conjunto de la situación económico-financiera de dichas tres personas.

Datos que sirven para configurar perfectamente que la obligación en cuestión ha de estimarse solidaria, en atención a la configuración y desarrollo de la actividad, en este caso con base procesal, tanto de los deudores como de los acreedores.

LA RENUNCIA A LA FACULTAD DE RESOLUCION POR INCUMPLIMIENTO HA DE SER CLARA, EXPRESA E INEQUIVOCA. (STS DE 6 DE JUNIO DE 2000.)

La Audiencia interpretó que la facultad resolutoria pactada por impago del precio aplazado en el primitivo documento privado en que se formalizó la compraventa fue dejada sin efecto por actos posteriores. Pero tal interpretación es inaceptable, ya que la renuncia a la facultad de resolución ha de ser, como toda renuncia de derechos, clara, inequívoca y no deducible de actos de dudosa significación, que aquí lo sería un hipotético cambio de la facultad resolutoria por una genérica cláusula de responsabilidad del siguiente tenor:

«Los inmuebles objeto del presente contrato responden del buen cumplimiento de las obligaciones de pago aplazado», cláusula que no configura en absoluto ninguna garantía real inmobiliaria, y que lo mismo se pudiera aplicar a cualquier otro bien del patrimonio del deudor por lo dispuesto en el artículo 1.901 del Código Civil. Una cosa es que en la escritura y documento privado coligado no se mencione la facultad resolutoria, y otra entender que, porque se hizo en el originario documento privado y después no, se produjo aquella renuncia; esta conclusión es opuesta a las características que ha de reunir toda renuncia de derechos según la constante doctrina de esta Sala. Por tanto, el silencio sobre la facultad de resolución del vendedor no es óbice para que se aplique el artículo 1.504 del Código Civil, aunque no se haya pactado.

ES REQUISITO DETERMINANTE EN RELACION CON LA PRIORIDAD REGISTRAL EN CASO DE DOBLE VENTA LA EXISTENCIA DE LA BUENA FE. (STS DE 1 DE JUNIO DE 2000.)

En virtud de lo establecido en el artículo 1.473-2.º donde se regula la preferencia en el caso de doble venta de bienes inmuebles, disponiendo que la propiedad pertenecerá al que antes haya inscrito en el Registro de la Propiedad, con lo que se consagra el principio de prioridad registral, y si bien el precepto no hace mención a la existencia de buena fe, a diferencia de los otros dos párrafos del mismo artículo 1.473, la necesidad de que concurra este requisito es señalada tanto por la doctrina como reiterada jurisprudencia de esta Sala, entendiéndose que la buena fe en el campo de los derechos reales, en la perspectiva que aquí tiene lugar, no es un estado de conducta como ocurre en las obligaciones y contratos (arts. 1.269 y sigs. del Código Civil) sino de conocimiento según se evidencia con las dicciones de los artículos 433 y 1.950 del Código Civil, que nada tiene que ver con las maquinaciones y el engaño, sino pura y simplemente con el creer o ignorar si la situación registral era o no exacta, respecto de la titularidad dominical que proclama. En el caso, si se atiende a que la sociedad fue creada por los consortes-vendedores y sus hijos, acompañados de sus cónyuges, reservándose la mayoría sustancial de las acciones el vendedor, adquiridas por el mismo a través de la aportación de la finca en cuestión, claro resulta, según obvios y significativos indicios que confirman la inactividad práctica de la sociedad hasta su disolución y liquidación, que ésta se utilizó como pantalla o cobertura para poner a resguardo los bienes inmuebles en cuestión, entre los que se encontraban los ya vendidos, de manera que la consecuencia no puede ser otra que la de estimar que faltó el requisito de la buena fe en la segunda venta o aportación equivalente a esta. Por lo que ha de prevalecer la primera venta aunque ésta se hiciera por documento privado y la segunda lo fuera por escritura pública y se inscribiera en el Registro de la Propiedad, ya que la preferencia otorgada por el artículo 1.473-2.º del Código Civil descansa en el indispensable requisito de la buena fe.

I. I. M.

COMPETENCIA POR INHIBITORIA. CLAUSULA ABUSIVA. ADHESION. (SENTENCIA DE 9 DE JULIO DE 1999.)

Ponente: Excmo. Señor don José Almagro Nosete.

Procedencia: Juzgado de 1.^a Instancia, número 4, de San Sebastián, y Juzgado de 1.^a Instancia, número 2, de Santoña.

Doctrina de la Sentencia.—Las cláusulas de adhesión se califican de abusivas en atención a la protección que debe dispensarse a los consumidores, ya que el pacto de competencia no es objeto de negociación bilateral, lo que implica la expresión conforme a las voluntades concordes de los contratantes y, asimismo, resulta determinante de su nulidad, pues la bilateralidad obligacional no la expresa ni representa el simple hecho de que esté firmada la relación contractual creada por el receptor de la prestación convenida, dado su carácter imperativo: doctrina jurisprudencial que responde a la Directiva Comunitaria 93/13, de 5 de abril de 1993, y cuya transcripción a nuestro Derecho se ha efectuado por la Ley número 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación que consagra el principio de que las dudas en la interpretación de las condiciones generales oscuras se resolverán a favor del adherente.

ARTICULOS 1.469 Y 1.472 DEL CODIGO CIVIL. DIFERENCIAS ENTRE PRESCRIPCION Y CADUCIDAD. EL PLAZO DEL ARTICULO 1.472 ES DE PRESCRIPCION Y NO DE CADUCIDAD. (SENTENCIA DE 10 DE JULIO DE 1999.)

Ponente: Excmo. Señor don Alfonso Barcala y Trillo-Figueroa.

El Juzgado de 1.^a Instancia, número 4, de los de Almería, en sentencia de 22 de abril de 1994, estima la excepción interpuesta contra la demanda. La Audiencia Provincial de Almería, en sentencia de 13 de noviembre de 1995, estima parcialmente el recurso de apelación.

El recurso de casación no prospera.

Doctrina de la Sentencia.—Por la Sala se debate la diferencia existente entre *prescripción* y *caducidad*. La caducidad fenece por el transcurso del tiempo señalado para ejercitar una acción. En cambio, la prescripción es la acreedora de adquisición o extinción de derechos, y consiguientemente, cualquier requerimiento o acción ejercitada interrumpirá la misma, así si la Ley ha querido señalar un plazo relativamente corto para un tipo especialísimo de acción, no debe dilatarse con interrupciones que hagan imprecisos los términos de la contratación o de la seguridad jurídica. El Tribunal Supremo mantiene en algunos casos que la caducidad puede admitir excepcionalmente interrupción, aunque la Jurisprudencia más moderna se pronuncia en el sentido de que la caducidad no admite interrupción de ninguna clase. Por tanto, es indudable que las figuras jurídicas de la prescripción y la caducidad son totalmente diferentes, como lo son, también, los efectos y consecuencias a derivar de una y otra, en especial respecto al transcurso del tiempo, y este sentido es bien parco el plazo especial que el artículo 1.472 del Código Civil asigna a las acciones a que se refiere, pero ello tiene su explicación en la finalidad de salvar en lo posible la eficacia y validez del contrato y en

la necesidad de acortar los plazos en que se pueda atacar al mismo, a fin de consolidar la seguridad jurídica, así como la simplicidad de semejantes acciones en las que la investigación de los hechos en que se basan no precisa un considerable espacio de tiempo al poder efectuarse con facilidad en los momentos precedentes a la entrega, lo cual hace innecesario un largo plazo de tiempo para salvar la divergencia.

DEUDOR INCURSO EN MORA. SI LA OBLIGACION CONSISTE EN EL PAGO DE UNA CANTIDAD DE DINERO, EL CALCULO DE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS HA DE CIFRARSE SOBRE LA TOTAL CANTIDAD DEBIDA. (SENTENCIA DE 12 DE JULIO DE 1999.)

Ponente: Excmo. Señor don José Menéndez Hernández.

El Juzgado de 1.^a Instancia, número 1, de los de Soria, en sentencia de 14 de marzo de 1994, estima parcialmente la demanda. La Audiencia Provincial de Soria, en sentencia de 8 de noviembre de 1994 estima parcialmente el recurso de apelación.

Triunfa el recurso de casación.

Doctrina de la Sentencia.—Según el artículo 1.101 del Código Civil, los que incurren *en mora* deben indemnizar los daños y perjuicios producidos. El mencionado artículo 1.101 expone como supuestos de *cumplimiento defectuoso*, no de incumplimiento, los casos de *culpa, negligencia o morosidad*. Pero este último supuesto podría subsumirse en los anteriores: el que no paga oportunamente a sus acreedores lo hace o por una actitud negligente o por un acto culposo; si no paga en el tiempo debido es o porque se descuida o porque deliberadamente quiere retrasarse, por tanto, no muestra la diligencia de un buen padre de familia que suele ser cuidadoso en sus compromisos. En cuanto a la responsabilidad procedente de esta negligencia, el artículo 1.103 del mismo texto legal dispone que es exigible en toda clase de obligaciones y puede moderarse por los Tribunales. Después el artículo 1.106 marca las coordenadas de la acción indemnizatoria que, no sólo debe cubrir la pérdida sufrida, sino también la ganancia dejada de obtener por el acreedor y, por último, el artículo 1.108 mantiene que en las deudas de dinero la indemnización por el retraso en el pago consistirá en el pago de los intereses si no hubiese pactado lo contrario, y ello porque el dinero es susceptible de una feracidad económica, es capaz de engendrar intereses y si no se percibe a tiempo se aborta esa producción.

TERCERIA DE DOMINIO. LEASING: NO ES COMPRAVENTA A PLAZOS DE LA COSA MUEBLE. (SENTENCIA DE 19 DE JULIO DE 1999.)

Ponente: Excmo. Señor don Xavier O'Callaghan Muñoz.

El Juzgado de 1.^a Instancia, número 15, de los de Valencia, en sentencia de 8 de febrero de 1993, estima la demanda. La Audiencia Provincial de Valencia (Sección 6.^a), en sentencia de 18 de octubre de 1994, desestima el recurso de apelación.

El recurso de casación no prospera.

Objeto de la litis.—El punto esencial de esta tercería se halla en el leasing o arrendamiento financiero con opción de compra, contrato que tiene por objeto exclusivo la cesión de uso de bienes muebles o inmuebles, adquiridos para dicha finalidad según las especificaciones del futuro usuario, a cambio de una contraprestación consistente en el abono periódico de cuotas, a lo que se añade una opción de compra a su término en favor del usuario.

Doctrina de la Sentencia.—El concepto y función de la tercería de dominio ha sido clarificado a través de reiterada jurisprudencia de la Sala en sentencias como las de 19 de mayo de 1997, 16 de julio de 1997, 11 de marzo de 1998 y 28 de octubre de 1998, en las que se destaca que la naturaleza es de acción declarativa de propiedad, cuyo objeto es la declaración de propiedad del demandante tercerista y el levantamiento del embargo trabado a instancia del codemandado sobre el bien que aparecía como propiedad del otro code-mandado.

La Disposición Adicional séptima de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre disciplina e intervención de las entidades de crédito, implica que la entidad de leasing es la titular dominical del bien que, si es embargado, podrá ejercitar con éxito la tercería de dominio. Se trata, pues, de un contrato jurídicamente distinto de la compraventa a plazos de bienes con reserva de dominio, ya se entienda que el leasing constituye un negocio mixto en el que se funde la cesión de uso y la opción de compra con causa única, ya se trate de un supuesto de conexión de contratos que deben ser reducidos a una unidad esencial. El parecer más autorizado, y desde luego mayoritario, la conceptúa de contrato complejo y atípico, gobernado por sus específicas estipulaciones y de contenido uniforme, lo que lleva a concluir que se no se prueba la mediación de un acuerdo simulatorio en el que el leasing opere como negocio aparente para encubrir como realmente querida una compraventa a plazos, aplicación esta ajena a la intención y querer de las partes y a no venir el arrendamiento financiero o leasing como si fuera una compraventa de aquella modalidad, pues la finalidad económica perseguida por una y otra operación es distinta, y contrato, igualmente, distinto del préstamo de financiación al comprador por tratarse en este caso de un simple préstamo con la única especialidad de ser el comprador de una cosa mueble corporal no consumible al prestatario y estar limitado su importe por el precio aplazado de la compraventa y estar limitado, igualmente, el número máximo de plazos para satisfacerlo a lo que determine el Gobierno.

I. M. G.

C) ARRENDAMIENTOS

Por CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ

Arrendamientos rústicos

ACCESO A LA PROPIEDAD.—CARECIENDO LA LEY DE 10 DE FEBRERO DE 1992 DE NORMAS ESPECIALES SOBRE LA MATERIA, DEBE APLICARSE EL PRINCIPIO GENERAL DE IRRETROACTIVIDAD DE LAS NORMAS, POR LO QUE NO ES APLICABLE EN ESTE CASO. (SENTENCIA DE 24 DE OCTUBRE DE 1997.)

El Juzgado número 2 de Segovia estimó la demanda y confirmó la Audiencia Provincial.

Triunfa la casación. Se acoge el motivo quinto, estimando como infringido el artículo 2.3 del Código Civil en cuanto establece el principio de irretroactividad de las leyes si no dispusieran lo contrario. Dice la sentencia de 3 de junio de 1995, que es doctrina jurisprudencial, que nuestro ordenamiento positivo se inspira en el principio *tempus regit actum*, en cuya virtud cada relación jurídica se disciplina por las normas rectoras al tiempo de su creación sin que venga permitido alterarlo, por preceptos ulteriores, a menos que tengan carácter retroactivo; carente la Ley 1/1992, de 10 de febrero, de precepto alguno regulador del grado de retroactividad, ha de estarse a la norma general de irretroactividad, y el sistema de valoración de las fincas de esta norma es aplicable en los casos del ejercicio del derecho posterior a la entrada en vigor de esta Ley, pero no en el de autos en que el derecho de acceso se actúa bajo el régimen de la legislación derogada, por lo que el litigio debía resolverse aplicando la legislación vigente al tiempo de su iniciación y no aplicando normas inexistentes en aquel momento y, posteriormente publicadas, como dice la sentencia de 17 de febrero de 1995, ya que se ha infringido el artículo 2.3 del Código Civil e indebidamente aplicada la Ley de 10 de febrero de 1992. En consecuencia, la determinación del precio habrá de hacerse en la forma que recoge la sentencia de 2 de febrero de 1993, según la cual la norma fundamental es la del artículo 39 LEF, si bien es cierto que cuando el precio calculado conforme al precepto reiterado, no resulta conforme con el valor real de las fincas puede acudir el órgano judicial a otros criterios estimativos, dejando para la fase de ejecución de sentencia la valoración de las fincas que se practicará, teniendo en cuenta los anteriores criterios.

ACCESO A LA PROPIEDAD.—LA DEMANDANTE, PESE A SU EDAD AVANZADA, CONSERVA LA CUALIDAD DE CULTIVADOR PERSONAL, SIN PERJUICIO DE LA AYUDA DE FAMILIARES. LA POSIBILIDAD DE DENEGACIÓN DE PRORROGA POR EL ARRENDADOR SE REFIERE A LAS PRORROGAS ORDINARIAS, PERO NO A LAS ESPECIALES DE LOS ARRENDAMIENTOS HISTÓRICOS. (SENTENCIA DE 7 DE NOVIEMBRE DE 1997.)

El Juzgado de Castropol desestimó la demanda y la reconvencción, y la Audiencia confirmó, en cuanto a la reconvencción, y admitió la apelación de la demandante, admitiendo su derecho de acceso a la propiedad.

No se admite la casación. La Ley de 12 de febrero de 1992 es aplicable al caso, ya que se presentó la demanda cuando aquélla había entrado en vigor, siendo la cuestión decisiva saber si la arrendataria es o no cultivadora personal. La demandante, pese a su edad avanzada, está facultada para realizar trabajos, leves o moderados, y no ha dejado de explotar la casería, siendo ayudada por su yerno en las faenas agrícolas. La arrendataria conserva la cualidad de cultivador personal, aunque sea pensionista, como reconoce la sentencia de 11 de noviembre de 1996, ya que la jubilación no ha de confundirse con la pérdida de la profesión agraria, lo que ratifica la sentencia de febrero de 1995, sin perjuicio de la ayuda recibida de los familiares, ya que la Ley no tiene condición prohibitiva referida a la edad de jubilación. Pese a que la Cooperativa efectuó el requerimiento para denegar la prórroga, con antelación superior al año, esa posibilidad de oposición se reduce a las prórrogas ordinarias del artículo 25, pero no a las prórrogas especiales que la Ley señala para los arrendamientos históricos —anteriores a la Ley de 1935— diciendo la Ley de 1992 que la recuperación de las fincas por el arrendador se lleve a cabo al finalizar el año agrícola en el que se extingan los contratos de arrendamiento a los que se refiere esta ley, con abono de una indemnización equivalente a la tercera parte del valor de la finca. Los arrendamientos históricos se prorrogaban hasta el 31 de diciembre de 1997, hasta cuya fecha podrá el arrendatario ejercitar su derecho privilegiado de acceso a la propiedad.

ACCESO A LA PROPIEDAD.—EL DERECHO DE ADQUISICION FORZOSA POR EL ARRENDATARIO NO ROZA EL CONTENIDO DEL ARTICULO 33 DE LA CONSTITUCION, YA QUE ESTE ADMITE, AL LADO DE LA UTILIDAD PUBLICA, EL INTERES SOCIAL COMO JUSTIFICANTE DE LA PRIVACION FORZOSA DE LA PROPIEDAD. (SENTENCIA DE 11 DE NOVIEMBRE DE 1997.)

El Juzgado número 2 de San Sebastián estimó la demanda y desestimó la reconvencción, confirmando la Audiencia.

No procede la casación. Como se reconoce en la sentencia de 20 de febrero de 1993, el derecho de adquisición forzosa por el arrendatario no puede rozar el contenido del artículo 33 de la Constitución, ya que ésta admite, al lado de la utilidad pública, el interés social como causa justificante de la privación forzosa de la propiedad, y en igual sentido la sentencia de 18 de enero de 1991. Se trata de arrendatario anterior a la Ley de 1935, en que se ha perdido memoria del tiempo por el que se concertó, y que es cultivador personal. La casación no permite prescindir de los hechos acreditados en la instancia ni realizar un examen de la prueba para contraponerlo al establecido en la sentencia recurrida, lo que ratifica la sentencia de 28 de enero de 1997. Esta doctrina se refiere a la alegación hecha en el recurso de que la finca es urbana, cuando, según la sentencia recurrida, no consta de ningún modo que sea tal. En cuanto al hecho de la sucesión *mortis causa*, se produjo correctamente, y la falta de notificación que prevé el artículo 80 no obsta a la validez de tal sucesión, ya que está probado su conocimiento por la arrendadora. Tampoco procede la alegación de que ha habido más de una sucesión *mortis causa*, por tratarse de una cuestión nueva en casación, vedada por reiterada

jurisprudencia de la Sala (sentencia de 30 de octubre de 1996, 4 y 6 de marzo de 1997, entre otras).

ACCESO A LA PROPIEDAD.—TIENE EL ARRENDATARIO LA CONDICION DE CULTIVADOR PERSONAL A PESAR DE SU EDAD AVANZADA, ADMITIENDO LA AYUDA DE SUS HIJOS AUNQUE NO CONVIVAN CON EL. LOS ARRENDAMIENTOS EXISTENTES A LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY DE 1980 QUEDAN SOMETIDOS AL REGIMEN GENERAL DE PRORROGAS, HABIENDO EJERCIDO EL ARRENDATARIO EL DERECHO DE ADQUISICION DENTRO DEL PLAZO LEGAL. (SENTENCIA DE 2 DE DICIEMBRE DE 1997.)

El Juzgado número 1 de Illescas estimó la demanda y confirmó la Audiencia Provincial.

No procede la casación. El arrendamiento comenzó en 1940, esto es, antes de la Ley de 1 de agosto de 1942 y, por lo tanto, tiene el derecho de adquisición forzosa de la propiedad. También tiene el arrendatario la cualidad de cultivador personal, sin que la edad del mismo sea un obstáculo, admitiendo la ayuda de sus hijos, aun cuando no convivan con él, convivencia que no se exige cuando existe justa causa, ni siquiera en los asalariados que coadyuvan al cultivo de las fincas. Los arrendatarios que existían a la entrada en vigor de la Ley de 1980 quedaron sometidos al régimen general de prórrogas, finalizando la primera en 1987 y la segunda en 1990. Finalizada la prórroga, el arrendatario podrá ejercitar la acción de recuperación de la finca en un plazo de tres meses, y si el arrendador no ejercita tal derecho, el arrendatario podrá ejercitar el derecho de adquisición de la propiedad, lo que ha hecho dentro del término legal. La determinación de si la acción que motiva este pleito está o no interpuesta en plazo, requeriría la fijación del día en que acabó la prórroga, subsistiendo cuando inició su vigencia la ley actual. El artículo único de la Ley de 1987 dice que los contratos se prorrogan por un período de cinco años a partir del vencimiento respectivo de los contratos, bastando reputar prorrogado por tácita reconducción el arriendo hasta el 22 de diciembre de 1981, para considerar ejercitada, dentro de plazo, la pretensión entablada. Corroborar esta interpretación la Ley de 10 de febrero de 1992, que dice que los arrendamientos rústicos-históricos se prorrogan hasta 31 de diciembre de 1997, hasta cuya fecha el arrendatario podrá ejercitar el derecho de acceso a la propiedad. La nueva normativa es reveladora del designio del legislador, de perpetuar hasta la fecha antedicha el derecho de adquisición de la propiedad. Corroborar esta doctrina el Tribunal Supremo en sentencia de 3 de marzo de 1992, que dice que la Disposición Transitoria 1.ª LAR quiebra el principio general de irretroactividad del artículo 2 del Código Civil, al establecer que esa normativa es aplicable a los contratos, cualquiera que sea la fecha de su celebración, lo que es conforme con el carácter imperativo de la nueva legislación de arrendamientos rústicos, criterio aplicable a la Ley de Arrendamientos Históricos de 1992, evitando así un nuevo proceso para acceder a la propiedad con los consiguientes gastos y dilaciones.

RETRACTO.—EXISTE FRAUDE DE LEY CUANDO SE HA REALIZADO UN CONTRATO DE ARRENDAMIENTO POSTERIOR A LA INSCRIPCION DE

LA HIPOTECA DE LA FINCA EN EL REGISTRO, CON EL FIN DE IMPEDIR LO DISPUESTO POR EL ARTICULO 131.17 LH.

El Juzgado número 1 de Móstoles desestimó la demanda y confirmó la Audiencia Provincial.

No se admite la casación. El recurrente estima que la sentencia no ha aplicado correctamente la doctrina del fraude de ley y que se ha equivocado al pretender configurar una conducta marcada por la mala fe en la actuación de dicha parte. El fraude se recoge en el artículo 8 LAR, que declara la nulidad de los actos realizados en fraude de ley. La jurisprudencia de esta sala ha caracterizado el fraude como toda actividad tendente a inutilizar la finalidad práctica de una ley material mediante la utilización de otra que sirve de cobertura para ello (sentencia de 14 de febrero de 1986 y sentencia de 2 de noviembre de 1988) llegando a manifestar que el fraude exige una serie de actos que, pese a su apariencia legal, violan el contenido ético de un precepto (sentencia de 26 de mayo de 1989). El recurrente trata de sustituir consecuencias distintas a las sentadas por el Juez *a quo*, queriendo convertir el recurso de casación en una tercera instancia. La existencia de un arrendamiento rústico suscrito en documento privado, sin que se plasme en Registro oficial alguno, y que se celebra entre el padre y el suegro de las dos personas que componen la parte recurrente y que actúan como arrendatarios, datándose el documento con fecha posterior a la inscripción en el Registro de la hipoteca sobre la finca, lleva a estimar que el recurrente utiliza la legislación arrendaticia para impedir la aplicación de lo dispuesto en el artículo 131.17 LH, el cual debe producir todos sus efectos, ya que la actuación fraudulenta del recurrente no puede evitar la aplicación de la norma que se trata de defraudar.

ACCESO A LA PROPIEDAD.—ESTAN EXCLUIDAS LAS FINCAS LITIGIOSAS DE LA LEY DE ARRENDAMIENTOS, YA QUE ESTAN SITUADAS EN ZONA TURISTICA Y COSTERA Y SU VALOR ES SUPERIOR AL DOBLE DEL PRECIO DE LAS DE SU MISMA CALIDAD Y CULTIVO. (SENTENCIA DE 22 DE ENERO DE 1998.)

El Juzgado de Llanes desestimó la demanda y confirmó la Audiencia.

No procede la casación. Quedó acreditado en la instancia que las fincas litigiosas están enclavadas dentro del perímetro que delimita un núcleo rural en el que es posible edificar, estando la zona bien comunicada y es eminentemente turística y costera, por lo que su valor en venta es superior al doble del precio que corresponde a las de su misma calidad. Dice el recurrente que ello sería insuficiente para aplicar la circunstancia 3.^a del artículo 7 LAR, porque para ello se exige que dicha circunstancia no concurra en las restantes fincas de la comarca o zona de la misma calidad o cultivo, lo que no sólo se ha probado, sino que la Audiencia afirma que todo el municipio de Llanes es zona turística y bien comunicada. Dice el recurrente que es absurdo que el arrendador se vea beneficiado con una reducción de los derechos del arrendatario, porque circunstancias ajenas al destino rústico hubieran sobrevalorado en más del 100 por 100 las fincas arrendadas, es decir, que las fincas arrendadas valen tanto como las restantes de la comarca o zona de su misma calidad, por lo que no deben estar excluidas (sentencias de 3 de junio de 1988 y de 22 de septiembre de 1993). Pero las dos sentencias citadas no pueden ser

consideradas doctrina jurisprudencial, ya que los supuestos fácticos son totalmente distintos como lo son las cuestiones jurídicas sobre que recaen. El texto de la circunstancia 3.ª del artículo 7.1 LAR es claro y se refiere a fincas que tengan un valor superior, cuyo valor es debido a cualquier circunstancia ajena al destino agrario. La alusión a «comarca o zona» debe ser referida a un espacio distinto del emplazamiento de las fincas. La concurrencia del supuesto previo no determina por sí solo la extinción de la relación arrendaticia sino la imposibilidad de ejercer el derecho de acceso a la propiedad.

RESOLUCION DE CONTRATO.—EL ARRENDADOR HIZO USO DEL DERECHO DE DENEGACION DE PRORROGA QUE LE CONCEDE EL ARTICULO 26 LAR, SIN QUE SEA LOGICO IMAGINAR LA CONDUCTA FUTURA DEL MISMO QUE, EN CASO DE PRODUCIRSE, TENDRIA LA SANCION DEL ARTICULO 27.2 DE LA MISMA LEY. (SENTENCIA DE 19 DE FEBRERO DE 1998.)

El Juzgado número 1 de Granada estimó la demanda y confirmó la Audiencia.

No procede la casación. El Juzgado declara resuelta la relación arrendaticia por denegación de la prórroga contractual que la parte demandante efectuó, comprometiéndose al cultivo directo de la finca arrendada. La finca es rústica, sometida a la legislación especial, siéndole de aplicación el artículo 26 LAR, y si el arrendador hizo uso del derecho denegatorio que le concede y este uso está revestido de las formalidades legales exigidas, resulta indudable la extinción del arrendamiento. El compromiso que asume el arrendador es una obligación de futuro que no puede discutirse en este procedimiento y que, en caso de incumplimiento, tendría la sanción del artículo 27.2, siendo superflua la alusión que en la sentencia recurrida se hace a la posible conducta futura del arrendador, resultando más correcta la posición del Juzgado cuando afirma que la alegación de existencia de un nuevo contrato en favor de otra persona no puede mantenerse por falta de prueba, basándose en una posible actuación futura del arrendador, que no tiene fundamento firme.

Arrendamientos urbanos

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO DE LOCAL.—EL CAMBIO DE DENOMINACION SOCIAL DE LA ENTIDAD ARRENDATARIA NO IMPLICA TRASPASO DEL LOCAL. (SENTENCIA DE 15 DE NOVIEMBRE DE 1997.)

El Juzgado número 4 de Palencia estimó la demanda, pero la Audiencia revocó.

No se admite la casación. Arrendado el local a «Banco Comercial Español», se demandó a la arrendataria por traspaso inconsentido a «Credit Lyonnais España, S.A.», pero el demandado opuso que lo único existente era un cambio de denominación social, sentando la Audiencia que el cambio de denominación no extingue la personalidad jurídica ni implica el nacimiento de un ente nuevo, añadiendo que el Real Decreto-ley 7/1989, de 29 de diciembre, modificó el párrafo 4.º del artículo 31 LAU, en el sentido de que no se

reputa causado el traspaso en los casos de transformación, fusión o escisión de sociedades o entidades públicas o privadas, de manera que malamente podrá entenderse por tal la mayoritaria participación de una sociedad en otra que conserva su personalidad jurídica. La sentencia de 20 de mayo de 1988, que cita el recurrente, no coincide con el caso que nos ocupa, ya que no han coexistido dos personas distintas, dándose un período de transición en el que sólo podía actuar una de ellas de manera que, hasta que el cambio no cumpliera los requisitos legales, sólo pudo ejercer operaciones bancarias el «Banco Comercial Español» que desapareció con tal nombre al consumarse el cambio, lo que hizo imposible la coexistencia de dos personalidades distintas.

REVALORACION DE RENTA.—AUTORIZADA LA ELEVACION DE RENTA EN UN ANEXO DEL CONTRATO NO EXISTE NOVACION POR EL HECHO DE ESTABLECER UNA CLAUSULA QUE COMPLEMENTA LA ESTABLECIDA EN EL CONTRATO PRINCIPAL, PUES NO SIGNIFICA VARIACION DEL CONTRATO. (SENTENCIA DE 20 DE NOVIEMBRE DE 1997.)

El Juzgado número 2 de Ciudad Rodrigo declara procedente la revisión de renta y confirmó la Audiencia.

No se admite la casación. En el anexo del contrato se dice que la renta queda fijada en ochenta mil pesetas más los aumentos autorizados por la Ley a través de la subida del coste de la vida, fijado por el INE para la fecha en que tuviese lugar, por lo que hay que entender que la intención de las partes era fijar una cláusula de estabilización, sobre todo si se pone en relación con la que figura en el contrato, que dice que el precio aumentará a partir del año 1983, con los índices del coste de la vida del INE. No existe novación por el simple hecho de establecer una cláusula —la del anexo— que complementa la del contrato principal, pues ello no significa variar el objeto del contrato o sus condiciones principales, como se infiere de la lectura de ambas. Tampoco ha prescrito la acción para elevar la renta, ya que el plazo para la revisión es el de quince años (art. 1.964 del Código Civil), período de tiempo no transcurrido en la actual contienda.

RETORNO.—LA RENUNCIA DEL ARRENDATARIO A LOS DERECHOS DEL ARTICULO 83 LAU HA DE SER EXPRESA. EL LOCAL NO PUEDE SER OCUPADO POR EL ARRENDADOR, NO POR CAPRICHOS DE ESTE, SINO POR SU INHABILIDAD PARA SER CONSIDERADO LOCAL DE NEGOCIO. (SENTENCIA DE 19 DE DICIEMBRE DE 1997.)

El Juzgado número 2 de Pontevedra estimó la demanda y la Audiencia confirmó.

No se admite la casación. El arrendatario estimó que no se le ha entregado el local en las condiciones estipuladas, reclamando una indemnización equivalente a cinco anualidades de renta y subsidiariamente la condena del arrendador a realizar las obras necesarias para que el local pueda ser abierto al público con los mismos servicios e instalaciones de que disponía el anterior. El recurrente estima que en el documento privado sobre el retorno nada se dijo sobre instalaciones o servicios, debiendo entender que las excluyeron de las obligaciones del arrendador, lo que no puede admitirse, ya que la cláusula 3.ª decía

que se habrían de cumplir todas las condiciones previstas en el artículo 80 y siguientes LAU, en cuanto al derecho de retorno. La renuncia del arrendatario a los derechos que le confiere el artículo 83 LAU ha de ser expresa y no deducida de algo tan poco inequívoco como un silencio sobre la materia, que además contradice la referencia a los artículos 80 y siguientes de la Ley de Arrendamientos. El local no puede ser ocupado por el arrendatario, no por capricho de éste, sino por ser inhábil para local de negocio, lo que equivale al incumplimiento de la obligación de reservar, ya que la prueba pericial demuestra la multitud de carencias que tiene y que impide su ocupación.

RESOLUCION DE CONTRATO.—LOS CRITERIOS JURISPRUDENCIALES SOBRE CESION, TRASPASO O SUBARRIENDO SON APLICABLES AL ESTADO, ORGANISMOS AUTONOMOS Y ADMINISTRACION EN GENERAL, YA QUE EN UNA RELACION PRIVADA EL ESTADO NO PUEDE INTERVENIR REVESTIDO DE «IMPERIUM» Y DEJAR DE SOMETERSE A LAS NORMAS CIVILES. (SENTENCIA DE 26 DE DICIEMBRE DE 1997.)

El Juzgado número 6 de Alicante estimó la demanda y confirmó la Audiencia.

No procede la casación. En 1975 se arrendó un local al Estado que, posteriormente, en 1987 se cedió a la «Generalitat Valenciana», si bien la Administración estatal continuó ocupándolo hasta el traslado de la Dirección Provincial de Transportes a otro local. A tal supuesto se aplicó la modificación del artículo 24 LAU por la Ley de 24 de enero de 1984, de manera que al ser la Administración Autónoma la arrendataria, nada justifica la permanencia en el local arrendado de un organismo estatal, impidiendo el tiempo transcurrido la alegación de que se trataba de algo transitorio y procediendo aplicar lo dispuesto en el artículo 114, número 2, LAU. El recurrente alegó que el Estado nunca rompió su relación con el inmueble, quedando sometida la cesión a la condición de que se habilitasen nuevas dependencias para el personal no transferido, y en suspenso la total cesión del uso del local, pues las disposiciones legales sobre transferencias no señalan plazo para que se abandone el local y la cesión no fue de la integridad del local, conforme al Real Decreto de 26 de octubre de 1983, ratificado por el Real Decreto de 2 de octubre de 1987, que dejó subsistente la cesión parcial efectuada en el año 1983. La transferencia total se sometió a condición suspensiva en la contestación a la demanda, ya que en el Real Decreto de 1987 se decía que había locales cedidos, cuyo traspaso parcial ahora se completa y, entre ellas, figura el de autos. Como expresa el Juzgado, tanto la cesión como el subarriendo exigen consentimiento del arrendador, lo que no se ha producido, ya que la Ley de 1984 sólo prevé y autoriza la subrogación total, por lo que el Estado es un tercero, cuyo uso no ha sido consentido por el arrendador, lo que obliga a cumplir las causas resolutorias del artículo 114 LAU. Los criterios jurisprudenciales sobre cesión, traspaso o subarriendo son aplicables al Estado, Organismos Autónomos y a la Administración en general, ya que en una relación privada el Estado no puede intervenir revestido de *imperium* y dejar de someterse a sus normas (sentencias de 21 de abril de 1988 y 26 de mayo de 1994) ya que, se razone como se razone, lo que no cabe es negar el uso del local por las dos Administraciones: estatal y autonómica, sin autorización del dueño.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO.—PARA QUE EXISTA CAMBIO DE CONFIGURACION ES NECESARIO QUE LAS OBRAS SEAN FIJAS DE ALBAÑILERIA, LO QUE NO HA OCURRIDO EN ESTE CASO. (SENTENCIA DE 26 DE DICIEMBRE DE 1997.)

El Juzgado número 2 de Murcia desestimó la demanda y la Audiencia confirmó.

No se admite la casación. Las obras alegadas para la resolución del contrato se realizaron en la fachada del local entresuelo, abriendo un hueco con la altura total de dicho local y una anchura de 1,10 metros, sustituyendo el acristalamiento por una rejilla metálica, al parecer para proporcionar ventilación y toma de aire acondicionado, que se ha instalado, y que es perceptible desde el exterior. Se impugna por el recurrente la sentencia porque no ha tenido en cuenta la realización de obras de distribución y adaptación interna del local, no amparadas por la autorización del contrato. Para sustituir la *causa petendi* de la demanda, las obras más arriba descritas no pueden alegarse como motivo de resolución la realización de obras distintas, que no guardan relación con los hechos de la demanda, lo que va contra el principio de congruencia de las sentencias. Según la sentencia de 27 de septiembre de 1985, la configuración de un local debe ser referida a la forma del recinto comprendido dentro de las paredes y el techo que limita ese espacio, tanto en sentido vertical como horizontal, toda alteración en tales elementos, que le dan peculiaridad física, entrañan modificación a los efectos de la causa resolutoria 7.ª del artículo 114 LAU, añadiendo la sentencia de 30 de enero de 1991, que para que el cambio de configuración tenga trascendencia es necesario que la obra sea de las llamadas fijas o de fábrica, empotradas al suelo y techo y practicada con materiales de construcción, sin que quepa aplicar este precepto cuando se trate de obras móviles no adheridas a las paredes, suelos y techos mediante obras de albañilería, lo que no se da en este caso, ya que la rejilla está sujeta por tornillos, lo que la hace desmontable en cualquier momento, no alterando la configuración del local.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO.—NO PROCEDE LA RESOLUCION PORQUE LAS OBRAS REALIZADAS ESTAN DENTRO DE LA CLAUSULA CONTRACTUAL QUE LAS AUTORIZA Y NO ALTERAN LA ESTRUCTURA DEL INMUEBLE. (SENTENCIA DE 30 DE DICIEMBRE DE 1997.)

El Juzgado número 18 de Madrid desestimó la demanda y la Audiencia confirmó.

No se admite la casación. En el contrato se estableció una estipulación que decía: «El arrendador autoriza al arrendatario a realizar cuantas obras estime convenientes y oportunas para la instalación y conservación del negocio, sin límite de tiempo y con la sola limitación de que éstas no afecten a la estructura del inmueble». Entre estas obras se autoriza la construcción de una piscina. Se había establecido también que el local sería destinado a restaurante, discoteca o similares, y que la persona física que contrató lo hacía como promotor de una sociedad a constituir que quedaría subrogada como arrendataria, una vez inscrita en el Registro Mercantil y con la sola notificación al arrendador. La sociedad arrendataria hizo una serie de obras y el arrendador pretendió la resolución por la realización de tales obras, rechazada en ambas

instancias. El artículo 114 dice que es causa de resolución la realización de obras sin consentimiento del arrendador y resulta que éste ha dado el consentimiento para las obras necesarias para la instalación y conservación del negocio, sin límite de tiempo, siempre que no afecten a la estructura del inmueble, declarando la sentencia no sólo que las obras no han debilitado la naturaleza y resistencia de los materiales empleados para la construcción del local, sino que no afectan a la estructura del inmueble.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO.—LAS OBRAS REALIZADAS NO HAN ALTERADO LOS ELEMENTOS COMUNES DEL INMUEBLE, POR LO QUE ESTAN DENTRO DE LA AUTORIZACION QUE SE HACE EN EL CONTRATO. (SENTENCIA DE 7 DE FEBRERO DE 1998.)

El Juzgado número 11 de Barcelona desestimó la demanda y confirmó la Audiencia.

No procede la casación. En 1982 se arrendaron varios locales al Estado para la instalación de los Juzgados de Distrito, siendo desalojados en 1990, permaneciendo desocupados hasta 1991, en que se instaló en ellos el Servicio Jurídico ante el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, procediendo a la demolición de divisorias y tabiques, con el solo mantenimiento de las columnas de la planta para introducir una nueva configuración, por lo que se interpuso demanda de resolución que fue rechazada en ambas instancias. El local estuvo cerrado más de seis meses en el plazo de un año, pero lo fue con justa causa, como fue la realización de tales obras, por lo que es rechazada la alegación de ese motivo para estimar la resolución. En cuanto a las obras es de señalar que la autorización contenida en la cláusula 6.^a del contrato de arrendamiento establece el límite de no poder alterarse los «elementos comunes» del inmueble, que es lo que ha sucedido en este caso, en que no se han debilitado ni alterado los elementos comunes, por lo que no se infringe tal cláusula.

SUBARRIENDO.—NO SUPONE SUBARRIENDO EL CONTRATO DE FRANQUICIA POR EL QUE UN MAYORISTA AUTORIZA EL USO DEL ROTULO O NOMBRE COMERCIAL, SIN INTRODUCIRSE EN EL GOCE DEL LOCAL ARRENDADO. (SENTENCIA DE 14 DE FEBRERO DE 1998.)

El Juzgado número 9 de Badalona estimó la demanda pero revocó la Audiencia.

No se admite la casación. La arrendataria dedica el local a la venta «al por menor» o «detall» de aparatos electrodomésticos, y la otra es almacenista y vendedora «al por mayor», existiendo entre ambas un contrato de franquicia por virtud del cual cede ésta a aquélla aparatos electrodomésticos para que los venda como minorista, a cambio de lo cual la concedente autoriza a la otra para utilizar su nombre comercial, limitándose aquélla a suministrar, facilitar o vender a aquélla los aparatos para que los venda. Por lo tanto no se ha producido ningún traspaso, subarriendo o cesión del local litigioso. El beneficio que la recurrente atribuye al concedente, no lo obtiene del local arrendado sino de la dinámica propia del suministro o venta que hace a la entidad arrendataria de las mercaderías, que luego ésta revende en su establecimiento, lo cual no implica que dicha entidad suministradora se haya intro-

ducido en el goce del local arrendado, pues de entenderlo así no podría ejercer el comercio «al menor» en un local arrendado sin que ello comporte subarriendo o traspaso inconsentido de dicho local, ya que todo comerciante ha de comprar las mercaderías a un mayorista para luego revenderlas en su establecimiento, limitándose la primera a ceder el uso del rótulo comercial, sin introducirse en el goce del local.

SUBROGACION.—LA SUBROGACION DEL ARRENDATARIO NO PUEDE SER OBJETO DE SUCESION «MORTIS CAUSA», CONSTITUYENDO UNA FACULTAD LEGAL DE CARACTER ORDINARIO, SUSTRADA A LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD DEL ARRENDATARIO. (SENTENCIA DE 16 DE FEBRERO DE 1998.)

El Juzgado número 1 de La Coruña estimó en parte la demanda, declarando nula e ineficaz la disposición testamentaria referente al derecho de arrendamiento del local de negocio, que corresponden a la comunidad hereditaria, pero revocó la Audiencia.

Triunfa la casación. El testador dispuso del derecho de arrendamiento a favor de uno de sus hijos y otro de los mismos solicitó la nulidad de aquella cláusula por pertenecer proindiviso a todos los herederos, ya que son indivisibles los derechos de traspaso y arrendamiento, tesis que prevalece en primera instancia. La Audiencia estimó que existía un legado de cosa ajena o de cosa perteneciente al heredero gravado con el legado, y entendiendo que no puede decirse que sea nula la cláusula 2.^a desestimó la demanda. La subrogación en el arrendamiento es un derecho originario que la Ley concede a los herederos, doctrina de la que se aparta la Audiencia al producirse una sucesión al margen del artículo 60 LAU, que ha de interpretarse restrictivamente. No parece que exista legado de cosa ajena, pues de haberlo querido así el testador hubiera empleado la palabra «legado», sino que lo lógico es pensar que el testador creyó que podía disponer para después de su muerte del derecho arrendaticio, desconociendo la naturaleza del derecho de subrogación, ya que, según la jurisprudencia, la situación del arrendatario no puede ser objeto de sucesión *mortis causa* en sentido propio, constituyendo una facultad legal de carácter originario de la que es titular el heredero o socio del arrendatario, sustraída a la autonomía de la voluntad. Al disponer del derecho arrendaticio de manera diferente al artículo 60 LAU, hubo una disposición nula e ineficaz del mismo. El derecho arrendaticio es indivisible y surge la comunidad sobre el derecho arrendaticio entre todos los herederos, procediendo su traspaso en forma legal y el reparto del precio entre los comuneros.

DENEGACION DE PRORROGA.—EXISTE FRAUDE DE LEY EN LA RENUNCIA DE LA USUFRUCTUARIA, YA QUE SE QUIERE CREAR UNA TITULARIDAD QUE POSIBILITE LA DENEGACION DE LA PRORROGA DEL ARRENDAMIENTO, ELUDIENDO ASI LA APLICACION DE LAS NORMAS DE CARACTER IMPERATIVO DE LA LAU. (SENTENCIA DE 20 DE FEBRERO DE 1998.)

El Juzgado número 34 de Barcelona desestimó la demanda, pero revocó la Audiencia.

No procede la casación. La escritura de renuncia de usufructo y asignación de fiducia testamentaria no respetó el orden de prelación del artículo 64 LAU, tal como establece el artículo 54 de la misma, por lo que carecía de derecho y acción el propietario para denegar la prórroga por necesitar el mismo la vivienda. El arrendador formuló reconvención, solicitando la resolución del arrendamiento. En primera instancia se rechazó la demanda y se admitió la reconvención, pero la Audiencia confirmó la nulidad de la escritura y desestimó la reconvención. Se dice que la LAU no admite la analogía, dado su carácter excepcional, pero esto no puede admitirse, ya que es la propia ley arrendaticia la que establece la analogía en su artículo 8. La sentencia recurrida acude al procedimiento de analogía porque considera que la renuncia al usufructo no se encuentra entre los supuestos contemplados en el artículo 54 ni se desconoce por el Juez la naturaleza de la fiducia sucesoria del Derecho aragonés. Existe un fraude de ley evidente, ya que si la asignación a los herederos por el fiduciario es un acto lícito, así como la renuncia del usufructo, salvo que ésta perjudique a terceros al haber realizado esos actos en principio lícitos referidos a este piso, evidencia la intención de crear una titularidad dominical posibilitadora de la denegación de prórroga del arrendamiento, eludiendo así la aplicación de normas de carácter imperativo de la legislación arrendaticia, cuya observancia no puede quedar, como dice la sentencia de 21 de febrero de 1969, a merced de arbitrarias y unilaterales decisiones.

NULIDAD DE ARRENDAMIENTO.—LA ARRENDADORA NO ERA UNA EMPRESA MUNICIPALIZADA SINO UNA ENTIDAD MERCANTIL CREADA PARA PROMOVER, CONSTITUIR Y GESTIONAR UNA UNIDAD ALIMENTARIA, SIN QUE SE PRUEBEN LOS VICIOS DE CONSENTIMIENTO INVOCADOS POR LA RECURRENTE. (SENTENCIA DE 26 DE FEBRERO DE 1998.)

El Juzgado número 4 de Oviedo desestimó la demanda y confirmó la Audiencia.

No procede la casación. Se ejercita la acción de nulidad del arrendamiento por no haberse municipalizado el servicio de Mercados Centrales y hallarse ocupado el mercado, sólo en un 50 por 100, estimando la actora esa municipalización y sobre todo el monopolio que de ella surgiría, determinando la máxima ocupación de locales y una concentración de la demanda, lo que constituye una condición esencial del contrato, lo que no aconteció, produciendo un notable perjuicio a la entidad demandante por la menor actividad desarrollada, pero no se probó la prepotencia de la demandada al contratar, ni se atribuyó influencia alguna o intervención en la gestión de las Entidades Públicas que constituyeron la sociedad —Municipios—, sin que obste el hecho de que en el futuro pueda ser una sociedad mixta, sin que ello pueda determinar error o falta de causa en el contrato, pues no existió vinculación alguna de las Entidades firmantes del convenio a ese fin, máxime cuando esa conversión en mixta exigiría la modificación de los Estatutos. No se han comprobado los vicios de consentimiento invocados por los arrendatarios en el sentido de que, incurriendo la demandada en maquinaciones insidiosas, indujeran a celebrar el arrendamiento litigioso, al generar la creencia errónea de que la sociedad era una empresa de servicio público municipalizado y en régimen de monopolio, sino que es una entidad mercantil creada para promover, constituir y gestionar una unidad alimentaria. Difícilmente puede admitirse la exis-

tencia en la misma de una actividad dolosa, pues las cláusulas preliminares del contrato no ofrecían duda alguna al respecto y, de existir ésta, se vería disipada con examinar las cláusulas del mismo en su totalidad. Por otra parte, la existencia de un contrato y la concurrencia o no de los requisitos esenciales así como la existencia de vicios del consentimiento es cuestión de mero hecho y su constatación es privativa de los Tribunales de instancia, que ha de ser mantenida en casación en tanto no sea desvirtuada por el cauce procesal adecuado.

SUBARRIENDO.—SE AUTORIZO EL SUBARRIENDO, TOTAL O PARCIAL, EN EL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO, PERO DE NINGUN MODO LAS EXIGENCIAS DE INDOLE ADMINISTRATIVA PARA LA INSTALACION DE UN BINGO PUEDEN AMPARAR QUE ESTA AUTORIZACION SE EXTIENDA A DOS SUBARRIENDOS, QUE ES LO QUE OCURRE EN ESTE CASO.
(SENTENCIA DE 2 DE MARZO DE 1998.)

El Juzgado número 18 de Madrid desestimó la demanda, pero la Audiencia revocó la anterior.

No se admite la casación. El contrato tenía la siguiente cláusula: «La arrendadora autoriza al arrendatario para que proceda al subarriendo total o parcial de los locales, objeto del presente contrato, a la persona o entidad que tenga por conveniente, por el precio y condiciones que mejor estime». Entiende el recurrente que esta cláusula autoriza a introducir un tercero en el goce total de lo arrendado, sin que esta interpretación pueda alterarse por el hecho de que, entre las cláusulas del contrato, la relativa al destino de los locales se especifique que el local de la planta de Plaza de Roma haya de ser utilizada para instalar una Sala de Bingo porque, aunque esto pudiera explicar la intervención de «ANDE», para cubrir una exigencia administrativa necesaria para explotar el bingo por la arrendataria, no alcanza a justificar la simultánea o sucesiva intervención de las dos entidades en la explotación del juego, ni menos aún la de un tercero: Casa de Guadalajara, que, según los apelados sustituyó a «ANDE», desbordando los límites de la autorización concedida por los arrendadores y, menos aún, la presencia de «Pameis, S.A.» como explotadora de los servicios de hostelería del bingo, que hubieran podido ser explotados por el subarrendatario que, al amparo de la cláusula anterior, hubiera accedido lícitamente al uso del local, pero que, transferida por éste a un tercero contraviene lo dispuesto en los artículos 20 y 22 LAU, encajando en las causas 2.^a y 5.^a del artículo 114 LAU, siendo causa de resolución. Es irreprochable el razonamiento de la Sala sentenciadora, ya que los límites que corresponden a una autorización expresa no pueden desbordarse con una hermenéutica extensiva. La preferencia que en materia interpretativa de contratos haya de concederse al criterio gramatical, es decir, al artículo 1.281 del Código Civil, se reconoce por la sentencia, no siendo de aplicar otros diferentes en este caso. De ningún modo las exigencias administrativas para instalar un bingo pueden amparar la autorización para dos subarriendos, como pretende el recurrente.

C. R. R.

INFORMACION BIBLIOGRAFICA

AA.VV.: *L'avenir du Droit Comparé: Un défi pour les juristes du nouveau millénaire*. Société de Législation Comparée. Paris, 2000, 347 págs.

La publicación de este volumen es el resultado de una feliz coincidencia, a saber, el centenario del Primer Congreso Internacional de Derecho Comparado celebrado en París en 1900, bajo los auspicios de la *Société de Législation Comparée*, y el cincuentenario de la *Revue Internationale de Droit Comparé*, que ha dedicado un número especial al evento, y que ahora se ofrece, además, en este volumen, bella y sobriamente editado. Aparte de un denso prólogo, debido al profesor BLANC-JOUVAN, y al sugestivo epílogo del profesor SACCO, el corpus más extenso de la obra está formado por las siguientes crónicas sobre la situación actual del Derecho comparado en los respectivos países:

KÖTZ: *Comparative Law in Germany Today* (p. 17-32).

SALERNO et VALERIA PASQUALINI-SALERNO: *Le droit comparé en Argentine a l'aube de l'an 2000* (p. 33-38).

VANDERLINDE: *Auteur et alentour d'une génération de comparatistes belges. Ouverture en forme de justification* (p. 39-64).

WALD: *Le droit comparé au Bresil* (p. 65-104).

GARCÍA CANTERO: *L'enseignement du droit comparé en Espagne: Aperçu historique et état actuel* (p. 123-138).

MODEEN: *Le développement de la situation du droit comparé en Finlande* (p. 139-148).

PICARD: *L'état du droit comparé en France en 1999* (p. 149-180).

WANG et ZHU: *A Tale of the Two Legal Systems: The Interaction of Common Law and Civil Law in Hong Kong* (p. 181-208).

HARMATHY: *Comparative Law in Hungary* (p. 209-216).

ANNOUSSAMY: *Le droit comparé dans l'Inde* (p. 217-226).

RABELLO et LERNER: *Rémarques sur le droit comparé en Israël* (p. 227-252).

MONATERI: *Critique et différence: le droit comparé en Italie* (p. 253-266).

ANGELO: *Some reflections on comparative law from New Zeland* (p. 279-282).

BELL: *Le droit comparé au Royaume Uni* (p. 283-296).

STRÖMHOLM: *Le droit comparé en Suède au seuil du troisième millénaire* (p. 297-304).

BERMANN: *The discipline of comparative law in the United States* (p. 305-316).

En general estas crónicas ofrecen un notable interés informativo. Especialmente si nos fijamos en aquellos países que marchan en cabeza del movimiento comparatista (me refiero, obviamente, a Alemania, Francia, Italia, Reino Unido y Estados Unidos), aunque también puede sacarse fruto de la lectura sobre la situación en otros países, en apariencia, de menor interés para nosotros (como pueden ser Bélgica, Brasil, Israel o Suecia), y, en todo caso, siempre queda patente su, ya aludido, valor genérico informativo. El compa-

ratista español puede conocer puntualmente lo que se está haciendo, *hic et nunc*, en los países de nuestro entorno.

Algunos trabajos aquí recogidos no pueden clasificarse estrictamente en el género de crónicas comparativas. Así, el sugestivo estudio del canadiense H. PATRICK GLENN, *Vers un droit comparé intégré?* (págs. 106-116), en el que sostiene que, dado el gran número de actividades jurídicas que utilizan el método comparativo, no es posible que el derecho comparado mantenga en adelante el monopolio de los conocimientos jurídicos extranjeros; pero debe seguir desempeñando un papel importante, pues la herencia recibida es algo fundamental. También resulta de gran interés la aportación de LEGRAND (que enseña en Francia y en Holanda, y ha publicado *Le droit comparé*, Paris, 1999), *Sur l'analyse différentielle des jurisprudences* (págs. 317-335), ensayo de no fácil lectura por la abundancia de conocimientos no jurídicos de que hace gala el autor, en el que propugna que, en aras de la aplicación del derecho comparado, no se debe propender a hacer desaparecer las singularidades jurídicas de cada país (por ello se ha opuesto vigorosamente al proyectado código europeo de contratos); aquí escribe conclusivamente: *Le projet comparatiste n'a pas pour fin de nier ou de supprimer cet état de dissension inhérent à l'expérience juridique, mais de le surmonter à travers l'hospitalité de la comparaison où peuvent cohabiter le propre et l'étranger sans que leur différence soit déniée* (pág. 335).

En el prólogo de BLANC-JOUVAN (págs. 7-15) se hace un exhaustivo balance del Derecho comparado en el año del Centenario del Congreso de 1900. Está arraigada —sostiene— su legitimidad, que resulta mayoritariamente incontestada, aunque puede hablarse de cierta *banalización*; la comparación ha entrado en los programas y en las costumbres de los juristas, hasta el punto de que, con frecuencia, todos y cada uno se consideran comparatistas. Pero, como también se puede morir de éxito, ha surgido una *crisis*, pues *on sait de moins en moins ce qu'est le droit comparé, où il va et à quoi il sert* (con toda honradez científica el autor reconoce que sobre aquellas cuestiones que en 1900 no se pudo alcanzar un acuerdo, el debate sigue abierto). BLANC-JOUVAN establece cuatro ejes principales en torno a los cuales propone se centre el debate futuro: 1.º La naturaleza, objeto y método del derecho comparado. 2.º Iguales diferencias y, a veces, contradicciones, se plantean a propósito de la formación en derecho comparado (en este punto se recuerda la envidiable posición de la Universidad italiana frente a la menos confortable de la francesa, y —añado por mi parte— la absoluta precariedad de la nuestra; no pueden faltar los diferentes ensayos universitarios de doble formación, por ejemplo, los acuerdos vigentes entre las Universidades de Montreal y Utrecht en cuanto a la enseñanza del derecho de las obligaciones, o —agrego—, la doble titulación que, también por acuerdo, rige entre la Complutense y París-2). 3.º La finalidad (aquí advierte de los riesgos de una apresurada *americanización del derecho*, visible también entre nosotros; y por otra parte es relativamente frecuente la moda de ver *un peu partout de convergences*, siendo preferible adoptar una elemental prudencia y precaverse de la tentación de *brûler les étapes*). Y 4.º Orientación hacia la práctica profesional, lo que ha supuesto ampliación de su ámbito de aplicación, sin que parezca conveniente renunciar a la diversidad de lenguas en aras de la supremacía del inglés (esto último, subraya el autor, significa un *empobrecimiento* en la medida en que ciertos sistemas jurídicos sólo se expresan bien en su propia lengua, y corren el riesgo de deformarse en la traducción —se me ocurre, por ejemplo, los pro-

blemas de traducir a otros idiomas nuestra *mejora*, sin parangón en el derecho comparado—). A modo de conclusión escribe que el siglo *xxi* será el de la internacionalización y globalización jurídica, y no sólo en los ámbitos de la vida económica y de los mercados; por ello ha de ser el siglo del Derecho comparado.

A modo de contrapunto —y no de contraposición—, el ilustre comparatista italiano SACCO, después de pasar revista a las aportaciones más importantes del siglo *xx* (SALEILLES, LAMBERT, DAVID, SCHLESINGER, GORLA, CAPELLETTI), a los grandes Institutos de Derecho Comparado existentes y funcionando en Hamburgo, Lausanna, París y otros, a las obras de tipo enciclopédico actualmente en curso de publicación (*International Encyclopedia of comparative Law, Trattato di diritto comparato*, de la Utet, dirigido por el mismo autor), y de realizar un balance sumario de lo hecho en este siglo, el autor expone, no sin originalidad, *la perspective pour le nouveau siècle* (pág. 346 y sigs.): A su juicio, se está a punto de abandonar la concepción estática de los derechos, de modo que si hasta ahora se ha dicho que el derecho inglés gira sobre el precedente, y el derecho alemán otorga un puesto importante a la doctrina, se ha comenzado a entender que el derecho italiano concede un papel creciente al precedente, y que el derecho continental está a punto de abrirse a los modelos anglo-americanos. Le droit cesse d'être, il devient. La diversidad, en cualquier época, está en el centro del discurso comparatista; entre los comparatistas de ayer, algunos consideraban la diversidad casi como una enfermedad que la comparación ayudaría a curar; otros estimaban, y siguen creyendo, que cada nación debe permanecer fiel a su tradición, lo que hace no deseable ni factible la unidad del derecho. Pero observa el autor que el futuro pertenece a otras concepciones: el derecho, siendo un producto histórico, cambia sin cesar, pues ninguna tradición puede confiarnos productos fijos e inmutables; pero el derecho se diversifica justamente por el hecho de cambiar; la variedad es un valor, pues la diversificación es indisoluble de la variación y, por tanto, del progreso. Al comienzo del nuevo milenario, concluye, el comparatista (a quien corresponde el papel de explorador) recorre las fronteras de lo jurídico, en donde encuentra, no sólo al filósofo, al historiador y al antropólogo, sino también al etólogo y al genetista; por primera vez, desde hace veinte siglos, la ciencia jurídica tiene como vecinas suyas a las ciencias naturales, que tratan de la vida y de sus manifestaciones.

En resumen: se trata de un volumen colectivo cuya lectura para el comparatista español no tendrá desperdicio. Cuando entre nosotros el Derecho comparado está jugando, en realidad, el papel de *pariente pobre* de las ciencias jurídicas, por mor de no se sabe qué arcano u oculto principio ancestral de nuestro derecho, que nos condenaría a vivir ausentes de los fenómenos que previsiblemente se van a producir en el siglo *xxi*, resulta confortador la presente obra, cuya lectura recomendamos calurosamente.

GABRIEL GARCÍA CANTERO

MEZQUITA GARCÍA-GRANERO, MARÍA DOLORES: *Garantías del constructor: El crédito refaccionario*. Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2000.

El libro de la profesora MEZQUITA GARCÍA-GRANERO que acaba de aparecer en el mercado, *opera prima* de esta jurista basada en su recientemente defendida

tesis doctoral, es un trabajo marcado por la madurez y acreditada experiencia de su autora en el ejercicio de la abogacía. En efecto, la obra, redactada y presentada en rigurosa sujeción a los más tradicionales cánones científicos y académicos, rezuma por todos sus poros una obsesiva inquietud por tratar de problemas ciertos de la vida en sociedad, aportando vías de solución a los mismos, que es propia del operador jurídico que llega a la investigación tras vivir su experiencia como profesional del Derecho. Estamos ante un trabajo de impecable factura intelectual, que no se aleja un ápice de la realidad cotidiana, de la que se parte, a la que se mira en todo momento y a la que se destina todo el esfuerzo de la autora en encontrar soluciones. MARÍA DOLORES MEZQUITA conoce bien la realidad de los problemas a que se enfrenta, y los trata con la cercanía del abogado que se implica en su resolución con entusiasmo, a la par de la escrupulosidad y asepsia del científico del Derecho que, con rigor y disciplina, a veces no bien comprendidas por otros, no se permitirá en ningún momento saltar uno solo de los controles que la lógica en el razonamiento impone al investigador.

I. La trayectoria histórica de los créditos refaccionarios. He querido decir lo anterior porque quien acuda al índice de la obra verá que sus primeras ciento cuarenta y cuatro páginas (de las cuatrocientas treinta y siete de que consta) están dedicadas a la trayectoria histórica de los créditos refaccionarios, y puede caer en la precipitada y errónea conclusión de que nos encontramos ante la publicación de una obra de investigación adecuada —por erudita— para la colación del grado de doctor de la autora, pero de poco interés para quien busque solución a un problema concreto sobre créditos refaccionarios. Muy por el contrario: la solidez de la línea argumental del trabajo comentado y las evidentes soluciones prácticas que el mismo aporta precisan para ser tales del trabajo introductorio referido que es base firme sobre la que trabajar. No en vano nos encontramos ante un instituto jurídico que ancla sus raíces en el Derecho romano y evoluciona a través de la historia en sinuosos y a veces no demasiado claros cauces legislativos en cuya comprensión están las claves para entender el fenómeno en nuestros días. Es decir: más allá del ilustrado preámbulo que en cualquier trabajo de investigación constituyen los llamados *antecedentes históricos* de la cuestión, la autora nos sitúa con esta primera parte de su obra en la comprensión de las ideas nucleares con que contó el legislador al regular los créditos refaccionarios en la primera Ley Hipotecaria y en el Código Civil, ofreciendo así, como he dicho, las claves para comprender el alcance actual de los privilegios refaccionarios. Por la especial idiosincrasia de los créditos refaccionarios, pocas veces estará tan justificado un amplio estudio de los antecedentes históricos como en este caso.

Parte el trabajo examinado de la idea de privilegio usada por los romanos para designar un derecho singular, como opuesto al derecho ordinario o común y, con otro significado, como la cualidad del crédito que confiere al mismo preferencia para el cobro cuando existan varios acreedores y el deudor no tenga bienes bastantes como para satisfacer completamente a todos ellos, de tal modo que algunos de entre los mismos serán preferidos, no teniendo que concurrir con los demás. Pues bien, en el Derecho romano clásico los que prestaban su dinero para la reparación de un edificio, además de para fabricar, comprar o equipar una nave, así como el vendedor de la nave gozan, entre otros, de tal privilegio.

Paralelamente al privilegio, se refuerza la seguridad del crédito con las garantías reales que llevan aparejado igualmente un derecho de preferencia

con respecto al resto de créditos quirografarios. El siguiente paso será reconocer la categoría de hipoteca tácita o legal, entre otros, al privilegio del acreedor refaccionario. Parece indiscutido que, como consecuencia de un desbordamiento del Tíber que destruyó una parte de Roma, el emperador Marco Aurelio, queriendo incentivar la reconstrucción de los edificios afectados y con el objeto de facilitar los préstamos para este fin, otorgó un *privilegium exigendi* a favor de los que prestaron dinero y de los que, a instancias del propietario, pagaban directamente al contratista. Por su parte, un senado-consulta del tiempo del mismo emperador Marco Aurelio reconoce a tales acreedores un derecho real de hipoteca legal sobre la casa reconstruida, hipoteca privilegiada que otorga una preferencia especial al que presta dinero para la reconstrucción al ser excepción al orden cronológico de las hipotecas. A partir de aquí, privilegio e hipoteca van a ser los dos referentes en el tratamiento del crédito refaccionario a lo largo de la historia y hasta nuestros días.

Y aquí la autora nos aclara, con nitidez absoluta, algo que será la base para el futuro establecimiento del orden de los acreedores en el cobro de sus créditos: en el grado inferior los quirografarios, pagados con arreglo a la regla del dividendo entre sí con lo que sobre de la atención a acreedores de clases superiores; antes los quirografarios privilegiados, graduados entre sí por su causa y no por la antigüedad del crédito; en el tramo superior los pignoratios e hipotecarios, con rango entre sí determinado por la regla *prior tempore, potior iure*; y en la cúspide, con preferencia a cualquier otro crédito, los acreedores con hipoteca privilegiada, graduándose igual que los privilegios, por su causa y no por su fecha. Sólo los acreedores llamados de dominio, con su derecho a reivindicar la cosa, triunfan sobre todos.

Tras este punto de partida, la profesora MEZQUITA va describiendo de manera sencilla y detallada el devenir histórico del privilegio, anotando el distinto alcance que va a tener en cada momento la hipoteca oculta en que en muchas ocasiones consiste, haciendo especial incidencia en las Partidas, hasta llegar al siglo XIX en que, en servicio de los principios de especialidad y publicidad, va a ver la luz la primera Ley Hipotecaria y, unos años más tarde, el vigente Código Civil. Resulta singularmente atractiva para el estudioso de la materia la descripción que la autora hace del tratamiento que a la misma dieron los sucesivos proyectos y anteproyectos de Código Civil, describiendo la graduación de créditos en el Derecho español anterior a la codificación, y en los que se hallan claves para comprender la posterior solución dada al asunto en la vigente Ley Hipotecaria y en el Código Civil. En definitiva que, con un profundo análisis de las condiciones en que la Ley Hipotecaria de 1861 trata a los créditos refaccionarios, sacándolos de la categoría de las hipotecas legales ocultas —que quedan definitivamente abolidas— y trayéndolos al mundo de los libros registrales a los que se incorporarán rompiendo parcialmente —en cuanto se haga valoración de la finca antes de la refacción— el principio *prior tempore potior iure* al menos por el valor de la finca que exceda su valor primero.

II. Las garantías de los créditos refaccionarios en el Derecho español vigente. La segunda y última parte del libro consta en realidad de dos, a saber: los capítulos IV a VII, ambos inclusive, que analizan los créditos refaccionarios en el actual Derecho español, y el capítulo VIII dedicado al crédito del comprador de un piso en construcción. A este último me referiré luego.

Esta parte central de la obra arranca con una serie de atinadas consideraciones acerca de los privilegios en el Código Civil, para formular la tesis de

la inexistencia de un principio general en la ley que imponga la ley del dividendo, con un desarrollo de esta idea que, participemos o no de la conclusión de la autora, hace convenir en lo argumentado de su desarrollo y lo lógico de su planteamiento. La idea de que el legislador español ha establecido claramente la desigualdad de los acreedores, otorgando distintos grados de preferencia que refuerzan la seguridad del crédito, no implica sin embargo un trato discriminatorio, sino re-equilibrador de las desigualdades de partida. Y la razón la encuentra la doctora MEZQUITA en la justicia distributiva y la seguridad del tráfico jurídico que propicia una especial diligencia del acreedor, llegando así a la formulación del principio general que prohíbe enriquecerse a costa de otro como fundamento del crédito refaccionario.

El lacónico acogimiento que el Código Civil hace de los créditos refaccionarios (sólo utiliza el término en relación a créditos sobre determinados bienes inmuebles y derechos reales del deudor en los arts. 1.923 y 1.927), ha venido inquietando a la doctrina y a la jurisprudencia para quienes se hace preciso conocer a qué tipos de créditos alcanza, de modo que hoy, en cuestión tan antigua, no existe unanimidad al determinar el número y clase de las prestaciones ajenas que gozarán del privilegio de ser excepción a la regla o ley del dividendo entre los acreedores. Primera gran cuestión pues de la que se ocupa el libro: partiendo de la incontrovertida condición refaccionaria del crédito dinerario para rehacer —*refacere*, de ahí refacción— un inmueble, la doctora MEZQUITA procede a estudiar otras figuras contractuales y no contractuales que enriquecen al dueño de la cosa para cuya realización o reparación, conservación o custodia, otro aporta materiales, dinero o actividad personal. Incluso también se ocupa del que ha vendido la cosa y tiene pendiente el percibo del precio y su posible encuadre en el grupo de los acreedores refaccionarios. Todo ello sin perder de vista ni un momento la más abundante regulación que la Ley Hipotecaria hace de la refacción inmobiliaria cuando accede al Registro.

Paralelamente examina la autora cada uno de los supuestos de créditos sobre bienes muebles recogidos en el primer apartado del artículo 1.922 del Código Civil, a los que el legislador no ha querido calificar explícitamente de refaccionarios pero que, por virtud del privilegio que les confiere el artículo 1.926, no cabe duda de que han de ser comprendidos en el grupo de tales.

Resulta apasionante para el estudioso seguir el *iter* del razonamiento de la autora en cuestión tan clásica cual es la calificación refaccionaria o no del crédito del vendedor que recibe muy distinto tratamiento en la venta de muebles (art. 1.922-1.º del Código Civil) respecto a la venta de inmuebles, en la que seguimos preguntándonos, como lo hacía MORREL y TERRY hace ochenta años, para qué obliga la Ley Hipotecaria que en la inscripción conste el aplazamiento del pago y la forma y plazos en que se debe pagar, si los terceros no se van a ver perjudicados por saber que el precio no se pagó. Su defensa, recogida en las páginas 267 y siguientes de la condición refaccionaria del crédito del vendedor podrá ser discutida, pero habrá que convenir en que es una aportación importantísima para la configuración del ámbito de los créditos refaccionarios.

Pero si importante resulta determinar la condición de refaccionarios de unos u otros tipos de crédito, no menos lo es establecer el alcance del privilegio del acreedor refaccionario en lo que supone de excepción a la *par conditio*, así como el juego de preferencias que tal privilegio y en su caso la hipoteca inherente a la anotación registral del crédito refaccionario, van a llevar aparejadas.

Las conclusiones son sorprendentes, aunque rigurosas: el grupo de los créditos refaccionarios alcanza, además del derivado del contrato de mutuo, a un gran número de supuestos, tanto en los bienes inmuebles como en los muebles. Y todo ello en supuestos de créditos contractuales, como en otros de génesis extracontractual.

III. Los adquirentes de un piso futuro. El capítulo VIII, bajo el título «*La calificación refaccionaria del crédito como garantía: una aplicación práctica. Los adquirentes de un piso futuro*», si bien es tratado como uno más entre los capítulos que conforman la segunda parte del libro, constituye en sí mismo una parte autónoma dentro de la obra, de la que es colofón, y que justifica por sí sola el interés despertado por el trabajo que comento.

Parte la doctora MEZQUITA de la constatación del hecho de que muchas personas adquieren un inmueble cuando éste es un bien futuro, con vida sólo en los planos de un proyecto. La necesidad que tiene el promotor de contar con financiación hace que se propicien habitualmente estas ventas que, permitiendo percibir cantidades a cuenta del precio final, amarran de paso a ese adquirente que, en cuanto ha entregado mucho dinero a cuenta del precio final, será fiel en adelante a sus compromisos.

Este fenómeno, tan común en el mundo inmobiliario, se agrava para la seguridad del futuro adquirente por la imposibilidad para el promotor de constituir hipoteca convencional que garantice tales entregas a cuenta ya que, de un lado, necesita reservar la primera hipoteca para la entidad de crédito que también le financia y, por otro, va a ver muy encarecido el precio final a virtud de los gastos que supone hipotecar el inmueble también en garantía de los adquirentes. Por otra parte, la garantía que ofrece al comprador de una vivienda futura la Ley 57/1968, de 27 de julio, que deja fuera de su ámbito a los compradores de inmuebles como oficinas, consultorios profesionales, estudios, lonjas comerciales y demás que no sean viviendas, es limitada e insuficiente y ofrece una serie de defectos que hacen que en muchos casos el comprador de una vivienda futura crea estar amparado por la correspondiente garantía de compañía de seguros o entidad de crédito, cuando en realidad no lo está por haber entregado en mano al constructor o ingresado sus cantidades anticipadas en cuenta distinta a la que es objeto de garantía.

Pues bien, el libro, tras desgranar las diversas aportaciones doctrinales producidas en refuerzo de la seguridad del comprador-financiador del piso futuro, sostiene con firmeza la calificación refaccionaria del crédito del comprador del piso futuro, defendiendo que, a pesar de la perfección de la venta de la cosa futura, el constructor-vendedor conserva la propiedad del piso vendido por no haberse llevado a cabo la entrega, con lo que cabe referirse al adquirente de piso futuro como refector de bienes ajenos, incluso en los casos de construcción colectiva o en comunidad. A partir de este planteamiento, sin duda valiente y que a buen seguro encontrará quien lo rebata, que toma como base la tradición histórica y la postura de una parte de la doctrina que defiende el carácter refaccionario del crédito nacido de la compraventa, aboga la autora por la anotación del crédito refaccionario del comprador como medio de, entre otras cosas, quebrar la buena fe del tercero hipotecario en supuestos de doble venta del piso o local, o incluso en los de venta de solar sin consentimiento del acreedor. En definitiva, la anotación del crédito de un modo habitual debería ser norma de actuación, siempre que, de *lege ferenda*, se impusiera al constructor la obligación de notificar fehacientemente al acreedor refaccionario que se ha producido la terminación de la obra, a efectos de

obviar la dificultad —verdadero talón de Aquiles de toda la construcción, según la autora— derivada de la conversión de la anotación en inscripción, puesto que la anotación del crédito refaccionario caduca a los sesenta días de terminarse la obra, lo que obliga al acreedor refaccionario anotante a estar pendiente de tal momento para evitar la pérdida de su garantía.

La iniciativa de la profesora MEZQUITA me parece sensata por cuanto aboga por solucionar un problema cierto y que de vez en cuando trae zozobra e inquietud a los adquirentes de vivienda futura, sin por ello producir mayores cataclismos en el sistema económico del país. Pero a la par, la sugerencia de anotación del crédito del comprador es inteligente porque demuestra que con una muy pequeña reforma legislativa se podría conseguir un gran bien en servicio de la paz social. Además, su tesis de que en el supuesto de compra de vivienda futura con entrega anticipada de cantidades estamos ante una verdadera refacción, ayudará a más de un comprador en apuros a colocarse en una situación privilegiada frente a otros acreedores del constructor.

Como colofón me cabe decir que la obra va mucho más allá de lo que el título anuncia, pero que no cierra —porque no puede ni pretende hacerlo— cuestiones que forzosamente se han de desarrollar en un futuro y para las que da pistas concretas. El trabajo pues, ha de continuarse en posteriores aportaciones doctrinales y jurisprudenciales que sin duda se producirán tras este libro, libro que, al término de su lectura, he lamentado no haber podido leer hace veinticinco años.

DOCTOR FLORENCIO OZCÁRIZ MARCO

VARIOS AUTORES: *Cuestiones procesales y registrales en la ejecución hipotecaria.*

Escuela Judicial del Consejo General del Poder Judicial y Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Madrid, 1999. Un tomo de 532 págs.

La promulgación de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil ha supuesto la necesidad de estudiar sus modificaciones relativas al procedimiento de ejecución del derecho de hipoteca, cuestiones que han preocupado a las dos carreras, Jueces y Registradores, que han de aplicar la nueva normativa.

Por ello, tanto el Consejo General de Poder Judicial como el Colegio de Registradores, organizaron un curso de conferencias que se desarrollaron en el salón de actos del Colegio durante los días 19 a 21 de noviembre de 1999, a punto ya de promulgarse la nueva Ley y tomando como base el proyecto publicado.

Ahora, en este libro se recogen tales conferencias, de las que hacemos un brevísimo resumen:

«Las partes en el proceso del artículo 131 de la Ley Hipotecaria. Especial referencia al ejecutado y a su régimen jurídico. Intervención de terceros», por el Magistrado EDUARDO BAENA RUIZ. Empieza cuestionando si en el procedimiento hipotecario existen realmente partes procesales, pero analiza los elementos subjetivos que concurren. Así estudia el acreedor hipotecario, el ejecutado y su régimen jurídico y el tercer poseedor, así como la posible intervención de otros terceros, como titulares de derechos y especialmente los arrendatarios.

«Alteraciones y diferencias en la configuración física de las fincas hipotecadas: Consecuencias al ejecutar la hipoteca e inscribir la adjudicación, según el artículo 112 de la Ley Hipotecaria», por el Registrador ANTONIO CUMELLA GAMINDE. Primero delimita el objeto de la hipoteca y su extensión respecto a la finca gravada, para después estudiar las alteraciones físicas de dicha finca, bien sean en sentido horizontal como las accesiones y excesos de cabida o alteraciones urbanísticas, bien sean en sentido vertical, especialmente por edificación posterior. Termina contemplando la figura del tercer poseedor a los efectos del artículo 113 de la Ley Hipotecaria.

«La ejecución hipotecaria en el proyecto de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil», por FRANCISCO JAVIER GÓMEZ GÁLLIGO, Registrador de la Propiedad y Letrado de la Dirección General de los Registros y del Notariado. Como es sabido, las antiguas normas procesales contenidas en cuanto a la ejecución hipotecaria en el artículo 131 de la Ley Hipotecaria, se han trasplantado, modificándolas en parte a la nueva Ley de Enjuiciamiento, y eso es lo que estudia GÓMEZ GÁLLIGO en una amplia conferencia. Considera que se han planteado las normas nuevas en el sentido de asegurar el cumplimiento contractual bajo una doble perspectiva de reforzar el crédito y las garantías del deudor. Analiza los puntos mediante los cuales se protege el crédito, todo ello con respeto al principio de legitimación registral que es básico en este procedimiento, estudia las especialidades de la ejecución de bienes hipotecados y termina con las medidas en orden a la protección del ciudadano.

«Doctrina del Tribunal Constitucional sobre el procedimiento del artículo 131 de la Ley Hipotecaria: Exposición sistemática», por JOAQUÍN MARÍA LARRONDO LIZÁRRAGA, doctor en Derecho y Registrador de la Propiedad, quien analiza la naturaleza jurídica del procedimiento judicial sumario a la luz de la jurisprudencia constitucional, con especial examen del derecho a la tutela judicial efectiva concedido por la Constitución y sus posibles implicaciones en el procedimiento ejecutivo. Finaliza con una amplia exposición de la jurisprudencia constitucional que se ha pronunciado sobre los trámites del artículo 131 de la Ley Hipotecaria.

«Cancelación de asientos como consecuencia de la ejecución hipotecaria», por ANTONIO MANZANO SOLANO, Registrador de la Propiedad de Córdoba. El conferenciante hace una introducción sobre la ejecución hipotecaria y sus fundamentos, para exponer después una amplia casuística de las cancelaciones derivadas de los procedimientos de realización de valor, empezando por las anteriores a la vía de apremio a partir del requerimiento inicial de pago que se hace al deudor. Sigue la cancelación de la hipoteca ejecutada durante la sustanciación del procedimiento y las cancelaciones derivadas de la certificación de cargas y las resultantes de la Ley de 30 de marzo de 1994, sobre subrogación y novación de préstamos hipotecarios. Y termina con las cancelaciones posteriores a la subasta y adjudicación, con particular atención a la cancelación de tipos especiales de hipotecas. Estudia MANZANO, hombre puntilloso, con gran detalle, los problemas que plantea en la práctica registral la cancelación de asientos y créditos preferentes, como son los del artículo 32 del Estatuto de los Trabajadores, los dimanantes de la propiedad horizontal, las afecciones urbanísticas, la retroacción de la quiebra y otros tantos que a veces se presentan. Igualmente estudia los efectos de la ejecución hipotecaria sobre los arrendamientos rústicos y urbanos en cuanto a la cancelación de estos derechos y las consecuencias de la declaración de nulidad del derecho de hipoteca inscrito o de la nulidad de actuaciones. Por último, aborda MAN-

ZANO el estudio del pacto de vencimiento anticipado y la cancelación total de la hipoteca a la luz de la discutible doctrina de la sentencia del Tribunal Supremo, de 27 de marzo de 1999.

«La nulidad del procedimiento del artículo 131 de la Ley Hipotecaria. El proceso declarativo posterior», por el Magistrado ANTONIO PUEBLA POVEDANO. Comienza su exposición con el estudio de la nulidad procesal bajo la luz de la Ley Orgánica del Poder Judicial, con los requisitos que ésta exige, especialmente la posible indefensión. Esta nulidad puede ser intraprocesal, que consiste en declarar la nulidad cuando el proceso de ejecución hipotecaria se halle pendiente, con superación de la rigidez formal que entrañaba el antiguo artículo 132 de la Ley Hipotecaria. Una vez terminado el procedimiento ejecutivo, queda la posibilidad de declarar la nulidad procesal, ya mediante un juicio declarativo, que el conferenciante estudia en cuanto su naturaleza y requisitos, especialmente la legitimación activa y pasiva.

«El artículo 131 de la Ley Hipotecaria. Actos de comunicación. Requerimientos y notificaciones», por el Magistrado JUAN UCEDA OJEDA, que tras una introducción en la que resalta que a veces no coinciden en este punto las normas procesales e hipotecarias, estudia con detalle los requerimientos y las notificaciones que han de verificarse a las distintas personas que intervienen en el procedimiento de ejecución hipotecaria, con las consecuencias o efectos que se producen si hay incumplimiento de las normas establecidas en relación con la nulidad de actuaciones.

«Ejecución hipotecaria y procesos concursales», por el Magistrado PEDRO JOSÉ VELA TORRES, donde se examina la posibilidad de integrar al acreedor hipotecario en la masa pasiva de la quiebra, y opina con la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia que la ejecución hipotecaria no queda paralizada por la declaración de quiebra, y por tanto los autos del procedimiento ejecutivo no son acumulables a la quiebra. Cuestión distinta es contemplar los efectos que pueda producir la retroacción de la quiebra sobre las hipotecas constituidas sobre bienes del quebrado. Aquí la jurisprudencia sienta que el caudal de la quiebra es exactamente el que existía en el momento que se fija en la retroacción, evitando que se coloquen en situación privilegiada acreedores que no lo estaban y que se satisfagan anticipadamente determinadas obligaciones en perjuicio de la masa. Hay contraposición entre los artículos 878 del Código de Comercio y 34 de la Ley Hipotecaria, y la Dirección General ha contemplado en algunas Resoluciones que se citan los distintos supuestos del problema. También se recoge en la conferencia el supuesto especial que se rige por el artículo 10 de la Ley del Mercado Hipotecario, que exige la demostración de la existencia de fraude para actuar.

El ciclo de conferencias fue interesante y por ello es interesante que se hayan recogido sus textos en este libro, que puede ser muy útil para abordar los problemas que pueden presentarse en la práctica a la hora de aplicar la nueva normativa procesal.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

CEPAS, RAFAEL y OTROS: *Presente y futuro del aprovechamiento por turno de bienes inmuebles*. Centro de Estudios Registrales del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Madrid, 2000. Un tomo de 937 págs.

En este libro, con textos en español, inglés, francés y alemán, se recogen las conferencias que sobre este tema se pronunciaron en dos Jornadas promovidas por el Colegio de Registradores en el año 1999. Las primeras Jornadas tuvieron lugar en Bruselas, en la sede del Parlamento de la Unión Europea, que sirvieron para explicar a los parlamentarios la protección que la Ley española 42/1998, de 15 de diciembre, dispensa a los adquirentes de inmuebles situados en España y que son explotados en este especial régimen de aprovechamiento por turno y que antes era, y sigue siendo vulgarmente conocido por multipropiedad, aunque en el texto legal se prohíbe expresamente el uso de todo término que pueda hacer creer que se trata de un derecho de tinte dominical. Las segundas Jornadas se desarrollaron en el ámbito nacional, concretamente en Valencia, en la Escuela Valenciana de Turismo. En ambos casos colaboraron con el Colegio de Registradores la Comisión de la Unión Europea y la Unión de Consumidores de España.

En el prólogo del libro nos relata ANTONIO PAU de modo donoso la laboriosa elaboración de la Directiva que sirvió de base a nuestra legislación, diciéndonos que la labor en Bruselas fue muy semejante a la de un director de orquesta, con la particularidad de que cada intérprete quería tocar una partitura distinta. Durante los meses en que se discutió la Directiva sobre multipropiedad, la presidencia del Consejo les correspondió a los griegos. Y la única palabra que se le entendía a los representantes griegos era la de «sinfonía», que quiere decir acuerdo. Y RAFAEL CEPAS, Administrador Principal en la Comisión de la Unión Europea, consiguió con su habilidad y sus conocimientos que aquel grupo, al principio desavenido, acabara tocando una verdadera sinfonía.

A éste, a RAFAEL CEPAS, le correspondió la primera conferencia bajo el título «El proceso de elaboración de la Directiva 94/47/CE», donde señala que fueron tres las razones de la Comisión para intervenir: Los problemas de los consumidores, el carácter transfronterizo de estas transacciones y las divergencias existentes en las legislaciones nacionales; por ello se llegó a la conclusión de que los problemas que la multipropiedad planteaba a los consumidores sólo podrían solucionarse mediante una norma comunitaria. Y así narra los distintos trámites seguidos a través de la Comisión, el Comité Económico y Social, las comisiones parlamentarias que examinaron la propuesta y, por último, el Consejo, que en marzo de 1994 consiguió, por mayoría cualificada, establecer una posición común, y que fue aceptada por el Parlamento casi en su totalidad.

ANDREAS SCHOMERUS, abogado de un bufete de Alicante especializado en estos temas, pronunció su conferencia sobre «Reflexiones sobre la Directiva Europea 94/47/CE», señalando sus efectos que considera positivos, las tendencias para desvirtuar la protección del consumidor, las deficiencias de coordinación; termina preguntándose si se consigue realmente la protección del adquirente en este negocio transfronterizo.

PEDRO MUNAR BERNAT, Profesor de Derecho Civil de la Universidad de las Islas Baleares, que tiene una gran autoridad científica sobre este tema, aporta dos trabajos: «La transposición de la Directiva en España por la Ley

42/1998, de 15 de diciembre» y «Publicidad comercial y publicidad registral del aprovechamiento por turno de bienes inmuebles en la Ley 42/1998, de 15 de diciembre». En el primero dice que aunque la transposición se ha hecho con retraso, se puede concluir que se ha conseguido una correcta interpretación. Y en el segundo trabajo contrapone la publicidad comercial, un tanto llamativa para atraer clientes, y la publicidad registral, que debe recoger la realidad de la situación efectiva de la finca para la información veraz de los adquirentes.

El Notario JOSÉ CARLOS SÁNCHEZ GONZÁLEZ disertó sobre «Aspectos negociables del régimen de derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles en la Ley 42/1998, de 15 de diciembre», estudiando la constitución del contrato con sus elementos y requisitos y resaltando los aspectos de mayor interés relativos a los sujetos y la forma; pasa después a analizar la ineficacia sobrevenida del contrato como consecuencia del ejercicio, por parte del adquirente, de las facultades de desistimiento y de resolución unilaterales y las medidas legales complementarias, para terminar con el estudio de las normas transitorias aplicables para los contratos concluidos antes de la promulgación de la Ley.

Sobre este último tema, o sea, el Derecho transitorio, escribe el Registrador de la Propiedad MANUEL GONZÁLEZ MENESES, que repasa lo que ya se había legislado sobre el particular, especialmente las normas autonómicas de Canarias y Baleares, para completarlo con las normas transitorias contenidas en la Ley.

EMILIO CAMPANY BERMEJO, también Registrador de la Propiedad, trata de «Cuestiones de Derecho internacional privado en la nueva Ley sobre derecho de aprovechamiento por turno», en especial las leyes aplicables y los tribunales competentes para resolver los problemas de este contrato, frecuentemente entre partes de distintas nacionalidades, ya que ni la Directiva ni la Ley española se ocupan directamente del tema. Hace un estudio concreto de los posibles supuestos que se presenten.

De gran interés es la reseña que hace RAFAEL CEPAS en su conferencia «Informe sobre la aplicación de la Directiva 94/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 1994», donde se estudia la transposición de dicha Directiva en los Estados miembros, detallando la metodología y formas utilizadas en las distintas transposiciones, con sus correspondientes comentarios, y termina con unas reflexiones sobre el tema formulándose preguntas sobre determinadas cuestiones puntuales que se pueden originar.

Termina el libro con el trabajo del ya citado abogado alicantino ANDREAS SCHOMERUS sobre «Práctica judicial y cuestiones de Derecho internacional privado». Empieza con una visión general de los procedimientos judiciales y pasa a revisar los problemas específicos que se reflejan en algunas sentencias que han de tocar temas de este Derecho internacional y demás cuestiones que se suscitan en la práctica judicial y espera la repercusión de la nueva normativa cuando empiece a aplicarse.

De momento ya tenemos que señalar que la Ley tiene una modificación en el artículo 14 de la Ley, llamada de Acompañamiento de la de Presupuestos, la Ley 14/2000, de 28 de diciembre, en la que se retocan varios preceptos, entre ellos el relativo a la formalización e inscripción del contrato en el Registro de la Propiedad.

Pero el libro nos da una idea completa de la regulación de esta antigua «multipropiedad», que ahora se llama con un título tan largo que resulta no

fácil de retener. Su utilidad consiste en que se recogen los avatares de la ley y sus principales puntos y además nos lo dice nada menos que en cuatro idiomas.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

DE CASTRO VÍTORES, GERMÁN: *Reversión expropiatoria. Una reflexión en la perspectiva civilista*. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia, 2001. Un tomo de 146 págs.

La expropiación, generalmente, es un acontecer poco agradable para el que la sufre. En primer lugar porque éste suele tener un cierto sentido de apego a lo que le pertenece, quizá porque incluso lo recibió por herencia de otras generaciones, y eso marca; y en segundo término porque le van a pagar menos de lo que vale, por mucho «justiprecio» que se le ofrezca.

Lo que pasa es que allá van leyes do quieren reyes. No hay más remedio que aceptar lo inevitable, si uno no quiere meterse en pleitos con la Administración, lo que suele prolongarse *in aeternum* y casi siempre acaba mal. La sensación de civismo acaba imponiéndose, aunque a veces la utilidad pública alegada no es tan patente y mucho menos lo es el «interés social» que se da como justificación del despojo.

Pero hay casos en que, transcurrido el tiempo, y cuando ya se habían calmado los ánimos, ocurre que la cacareada obra social que sirvió de motivación o pretexto, ya no se considera útil o adecuada. Y entonces, ¿qué?

Lo suyo sería devolver la cosa al expropiado y en paz. Pero hay veces que median situaciones poco claras que inducen a dedicar lo expropiado a otros menesteres que, curiosa casualidad, ya no tienen nada de sociales y sí de sospechosos lucros.

Este es el quid de la cuestión, que los legisladores han procurado corregir mediante la facultad que se concede al sufrido expropiado de conseguir la reversión a su favor de aquello de que fue privado.

La doctrina ya se ha ocupado del tema y aquí tenemos otro autor que lo estudia, esta vez bajo una perspectiva civilista, esfera en la que él trabaja. GERMÁN DE CASTRO VÍTORES, reciente Doctor en Derecho por una tesis que le editó el Colegio de Registradores y que tuvimos ocasión de comentar, elogiosamente como se mereció, es profesor de Derecho Civil de la Universidad de Valladolid, quien con sus varias publicaciones demuestra que tiene preparación y ganas de trabajar.

Al plantear el tema objeto de su estudio, el autor parte de los preceptos básicos de la propiedad que son los artículos 33 de la Constitución y 348 del Código Civil. En medio de ellos, dice, se mueve la regulación administrativa de la expropiación forzosa, proyección de las exigencias constitucionales y configuradora de una relación cuya iniciativa corresponde a la Administración.

Hace una síntesis de la evolución del derecho de reversión en la legislación, la doctrina y la jurisprudencia, desde la inicial normativa de 1836 hasta la más reciente regulación que se ha hecho a través de la Ley de Ordenación de la Edificación de 5 de noviembre de 1999, pasando por la norma básica en la materia que es la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954. Estudia la importante reforma incluida en la Disposición Adicional 5.^a de la citada Ley de Ordenación de la Edificación, que incluye importantes novedades.

des en los artículos 54 y 55 de la Ley expropiatoria. En este último se establece como presupuesto de la reversión la restitución de la indemnización expropiatoria actualizada conforme a la evolución del índice de precios al consumo, pero si el bien expropiado hubiera experimentado cambios que condicionaran su valor, se procederá a una nueva valoración. En cuanto al plazo, no sólo se fija una frontera general a los veinte años, sino que se otorga al expropiante la disponibilidad del bien si se ha mantenido la afectación prevista durante diez años.

La cualidad de universitario lleva al autor a ensayar la distinción teórica entre la figura de la reversión que estudia con otras análogas, pero diferentes, como son la resolución por incumplimiento de la condición implícita en toda expropiación, la revocación de la propiedad transmitida y la rescisión sucesiva, trayendo a colación las opiniones de los autores, entre ellos nuestro recordado compañero JOSÉ MARÍA CHICO ORTIZ.

La segunda parte del libro es igualmente doctrinal en cuanto que aborda la naturaleza jurídica y el fundamento de la reversión, lo que relaciona con el contenido esencial de la propiedad desde la perspectiva del citado artículo 33 de la Constitución. El Tribunal Constitucional recoge la idea que ya obraba en la Exposición de Motivos de la Ley de Expropiación Forzosa de que la reversión responde a la idea de que, frustrándose la obra o servicio que dio lugar a la expropiación, deben remitir los efectos económicos de ésta; es el modo de dejar sin efecto el negocio expropiatorio invalidado por falta de causa.

Como se ha dicho, lo que el autor pretende, y consigue, es presentarnos la reversión desde una perspectiva civilista y por ello opina que aquí se verifica una adquisición en parte originaria y en parte derivativa, y siempre constitutiva, en virtud de un título establecido por la ley, del que forma parte esencial la causa expropiatoria, impulsor de una voluntad imperativa que produce la transferencia coactiva de una propiedad ajena.

En la tercera parte de la obra se estudian los límites temporales de la reversión, porque existe un límite temporal claro y estricto, en la actualidad tres meses, para poner en marcha el proceso dirigido a la readquisición del dominio cuando la Administración notifica al reversionista la producción del presupuesto de la reversión. Sintetiza el autor su razonamiento diciendo que el derecho de reversión no es más que una forma que adopta la protección de la propiedad, teniendo en cuenta que un aspecto esencial en la base y el equilibrio de la relación expropiatoria sólo se podrá verificar en el análisis de los acontecimientos posteriores. Es necesario aceptar una suerte de ruptura del tiempo, teniendo en presente el negocio expropiatorio y la vicisitud posterior de los bienes expropiados.

El precio de la reversión ha sido siempre una de las cuestiones más discutidas. Cuando esa reversión se produce, no hay en realidad un nuevo traspaso de la propiedad, sino el cierre de una relación que permanecía abierta, reaparición del pleno dominio que reasume su objeto al resolverse la distinta atribución que lo abrazaba. Ya se ha dicho que el nuevo artículo 55 contempla la posibilidad de que hubiera experimentado cambios, lo que estudia el autor, en relación con las teorías sobre el particular del profesor GARCÍA DE ENTERRÍA.

En la cuarta parte se estudian diversas cuestiones relativas al ejercicio de este derecho de reversión y los posibles protagonistas que en él intervienen y que pueden ser, amén del propio reversionista, que es el antiguo expropiado o sus causahabientes, los otros eventuales candidatos a la reversión, según las posibilidades que pueden presentarse en el caso concreto.

En esta parte se estudian las repercusiones que puede tener el derecho de reversión en el Registro de la Propiedad, principalmente de la eficacia del derecho frente a terceros que se encuentran del otro lado, que se han relacionado con el expropiante o beneficiario. Respecto a ellos, el Registro sirve para dar firmeza a situaciones y limitaciones derivadas de las relaciones con la Administración, cumpliéndose así las funciones de la publicidad registral.

En la última parte del libro el autor critica el procedimiento empleado para modificar las normas de la reversión verificada en 1999, pues se echó mano de una enmienda presentada a última hora en el Senado, lo que produce una cierta perplejidad, ya que hubiese sido preferible hacer la modificación mediante una ley cumpliendo todos los trámites normales.

Breve pero denso libro, el que nos ofrece el autor, donde se recoge la esencia de la última modificación del derecho de reversión que ha supuesto un importante cambio en su regulación, que será preciso tener en cuenta.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, MARÍA: *El asiento de cancelación negocial del crédito hipotecario*. Centro de Estudios Registrales del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Madrid, 2000. Un tomo de 548 págs.

La hipoteca, junto con la superficie, son las dos únicas figuras que en nuestro sistema exigen la inscripción con carácter constitutivo. Si no hay inscripción, no hay hipoteca. Y al contrario, la hipoteca subsiste hasta que no se cancela, aunque el crédito se haya extinguido por cualquier causa; sobre todo cuando es por voluntad del acreedor, lo que supone que éste ha cobrado ya su crédito o, en todo caso, porque decide, simplemente, ponerle fin.

Aquí está la importancia del asiento de cancelación, como explica en la introducción su autora, MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, profesora de Derecho Civil y habitual colaboradora de esta Revista. Como nos dice, para que esa extinción sea totalmente eficaz, es necesario que se cancele su inscripción en el Registro de la Propiedad, pues de lo contrario ese crédito podía seguir vigente y realizable para los terceros; ya veremos que respecto a los contratantes, la cosa cambia un tanto, como veremos.

A pesar de su importancia, parece que la doctrina se ha fijado en otros aspectos de la vida del crédito hipotecario y ha descuidado el estudio del asiento de cancelación, quizá por considerarlo de menor categoría. MARÍA GOÑI pretende, y lo consigue, poner de relieve la importancia intrínseca y funcional de este asiento. Por supuesto, hay una diferencia fundamental entre una finca que aparece gravada y una finca sin cargas, y éstas sólo desaparecen con la cancelación.

En esta obra se estudia monográficamente, de modo sistemático y en todos sus aspectos, la naturaleza y esencia de la cancelación, que viene a ser así como el certificado de defunción de la carga que soportaba la finca en garantía del cumplimiento del crédito y que ha dejado de existir. La autora acude a las bases legales aplicables, a la jurisprudencia que las aplica y a la doctrina que las comenta, con lo que nos presenta un estudio completo del tema. Aunque no nos lo dice expresamente, se intuye claramente que se trata de la Tesis Doctoral de la autora que, sin duda, habrá obtenido mercedamente las máximas calificaciones como reconocimiento a una obra bien hecha.

El libro se divide en dos grandes partes, estando dedicada la primera al estudio del asiento de cancelación en general, y la segunda a la concreta cancelación negocial del crédito hipotecario.

El asiento de cancelación, según la autora, es aquel asiento registral, de carácter negativo, cuya finalidad es provocar la extinción de un asiento anterior, dejándolo sin efecto, de una manera definitiva, con el fin de hacer coincidir lo que publica el Registro con la realidad extrarregistral, de donde se presume que el derecho cancelado ya se ha extinguido previamente. Para llegar a concretar este concepto ha estudiado antes sus notas o caracteres: Es negativo en cuanto contradice un asiento anterior. Sobre si es accesorio o principal, se recogen las distintas posiciones doctrinales. Es definitivo: Se extingue un asiento anterior y esa extinción no puede tener marcha atrás ni ser condicional. Es formal en cuanto deben observarse unas pautas que la ley determina. Finalmente, este asiento tiene la importante misión de hacer coincidir lo que publica el Registro con la realidad externa.

Tras resaltar las diferencias del asiento de cancelación respecto a otras figuras afines y estudiar la aplicación a este asiento de los clásicos principios hipotecarios, entra la autora a señalar las diversas clases de cancelaciones, todo ello muy detalladamente y mostrando un amplio conocimiento de la materia.

Todavía dentro del estudio general del asiento de cancelación, se examinan los requisitos materiales del mismo, arrancando desde la perspectiva tradicional o clásica que establecía como tales la causa y los títulos en que se manifiesta dicha motivación, glosando y comentando el Derecho positivo. Se pasa después a una nueva perspectiva dedicada a presentar el fundamento de la cancelación, viendo cada presupuesto determinante de la cancelación en particular, tanto con referencia al derecho inscrito como respecto al asiento, dado que el supuesto más importante para cancelar es la extinción del derecho inscrito, y en segundo lugar la ineficacia del asiento. En efecto, como nos dice la autora, cuando se extinga el derecho inscrito, viene a quedar ineficaz el asiento y habrá que practicar la correspondiente cancelación para borrar el primer asiento a fin de que no siga siendo vehículo de una publicidad registral que ya sería errónea.

El estudio del asiento de cancelación en general se completa exponiendo sus requisitos formales y los efectos que produce, sean éstos el primario de la extinción del asiento cancelado o los efectos materiales que van ligados al principio de legitimación o al de fe pública cuando corresponda.

La parte segunda del libro ya se refiere en concreto al asiento de cancelación negocial del crédito hipotecario. Antes de entrar en materia, la autora empieza presentando dos cuestiones previas de notoria importancia que son la relación existente entre la obligación garantizada y el derecho de hipoteca y el carácter constitutivo de la inscripción del crédito hipotecario. Respecto a la primera, recoge las dos teorías contrapuestas de la accesoriedad y la unidad, que la autora examina y critica, opinando que esta relación es de accesoriedad funcional o finalística, derivada de la función de garantía de la hipoteca que nace por y para asegurar una obligación, pero no cree que se pueda llegar a una accesoriedad estructural, pues la hipoteca ha llegado a adquirir gran importancia e independencia respecto al crédito en muchos aspectos. Y respecto a la consideración de constitutiva de la inscripción, analiza el Derecho positivo, la jurisprudencia y la doctrina sobre el particular, concluyendo que tal inscripción es realmente constitutiva porque así lo exige

y determina la ley y tiene como consecuencia que el derecho de hipoteca no nace hasta que no se inscribe, tanto entre partes como respecto a terceros.

Entrando ya en el negocio cancelatorio de la inscripción del crédito hipotecario, nos dice que se basa en el consentimiento o declaración de voluntad del acreedor hipotecario para que se cancele el asiento que contenía el derecho real de hipoteca, contenido en escritura pública o en documento auténtico, por haberse extinguido dicha hipoteca por alguna de sus causas voluntarias o negociales. Ampliando el concepto, la autora hace un completo estudio sobre la aplicación a este supuesto de la doctrina del consentimiento formal contenido en el artículo 82 de la Ley Hipotecaria, para lo cual analiza los supuestos subjetivos, objetivos y causales precisos para que se dé el negocio cancelatorio. Entre los últimos se examinan las conocidas causas de extinción relacionadas en el artículo 1.156 del Código Civil, a las que hay que añadir las causas propias del derecho real de hipoteca, que son la renuncia al derecho inscrito y el acuerdo entre las partes.

Como requisitos registrales para que se efectúe la cancelación es natural que haya una rogación de parte interesada, a la que sucederá la calificación que ha de hacer el Registrador del título correspondiente, habiendo de apre- ciarse si concurre el consentimiento del titular del derecho de hipoteca a efectos del necesario tracto sucesivo.

El último capítulo de esta segunda parte se dedica a estudiar los efectos del asiento de cancelación del crédito hipotecario que se traducen, en el aspecto formal, en la extinción del asiento que contenía el derecho real de hipoteca, dejando de producir sus efectos y liberando a la finca de la carga.

Y dado el carácter constitutivo de los asientos relativos a este derecho real de hipoteca, lo lógico es que, igualmente, sólo se extinga por su cancelación, o sea, que mientras la hipoteca no esté cancelada, el derecho subsiste. La autora recoge algunas opiniones y resoluciones judiciales que no parecen aceptar por completo esta tesis, y por su parte considera que el crédito hipotecario sólo se extingue plenamente en este caso respecto a terceros por la cancelación, pero expresa sus dudas de que esto sea tan claro entre los interesados. Así, dice que la cancelación del crédito hipotecario nunca será constitutiva, pues el crédito ya se extinguió con anterioridad a esa cancelación. Prueba de ello es que las partes, aunque no esté cancelada la inscripción, no pueden reclamar el crédito. Y la ley nada dice sobre este carácter constitutivo de la cancelación y como su extinción no supone perjuicio para nadie, no se puede considerar necesario dotarle de la publicidad requerida para su constitución. Por consiguiente, termina, no es necesario que la registración se convierta en elemento imprescindible para su extinción, luego se puede afirmar que la cancelación del crédito hipotecario no es constitutiva.

La doctora MARÍA GOÑI que, como se ha dicho, colabora en esta Revista, precisamente comentando Resoluciones de la Dirección General en materia de hipotecas, nos muestra un aspecto de la vida, la extinción en concreto de este derecho, agotando toda la materia en una exposición completa y meditada. Una tesis merecedora de la mejor calificación, plasmada en un libro bien concebido.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

REVISTA DE REVISTAS

REVISTA GENERAL DE DERECHO

Número 678-679 (Marzo-Abril 2001)

«Significado de la expresión “delitos dolosos o culposos” del artículo 121 del Código Penal: comentario a los pronunciamientos del TS», por JAVIER GUARDIOLA GARCÍA, pág. 1751.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS: LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR LOS DELITOS DE AUTORIDADES, AGENTES DE LA AUTORIDAD, CONTRATADOS POR LA ADMINISTRACION O FUNCIONARIOS PUBLICOS.—III. EL PROCESO DEL ELABORACION DEL ACTUAL 121 CP.—IV. CONSIDERACIONES DOCTRINALES.—V. PRONUNCIAMIENTOS JURISPRUDENCIALES.—VI. BIBLIOGRAFIA.

«Ley de ordenación de la edificación versus artículo 1.591 del Código Civil», por M.^a PAZ SÁNCHEZ GONZÁLEZ, pág. 1773.

SUMARIO: I. DELIMITACION DEL PROBLEMA: LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS AGENTES QUE INTERVIENEN EN LA EDIFICACION.—II. ¿DEROGACION DEL ARTICULO 1.591 DEL CODIGO CIVIL?: 1. INEXISTENCIA DE DEROGACIÓN EXPRESA. 2. ¿DEROGACIÓN TÁCITA? 3. RÉGIMEN APLICABLE A LAS EDIFICACIONES EXCLUIDAS DE LA LOE. 4. COMPATIBILIDAD DE LA RESPONSABILIDAD EX LOE CON OTROS RÉGIMENES.

COMENTARIO: Parte la autora de la existencia de la ingente doctrina jurisprudencial que se había creado a lo largo de los años en torno al artículo 1.591 del Código Civil para la resolución de todos los problemas específicos que surgían de los defectos constructivos. De manera que ante la multiplicidad de supuestos tan específicos, se hizo necesaria la regulación normativa cuyo sustrato lo constituyen los defectos constructivos, pero su alcance es mayor, ya que se refiere a todos los aspectos esenciales del proceso de construcción, a la responsabilidad de los sujetos intervinientes, así como a las garantías del desarrollo de todo el proceso edificatorio.

Comienza analizando las novedades introducidas por la LOE respecto a la jurisprudencia del artículo 1.591 del Código Civil en relación con la responsabilidad civil de los agentes que intervienen en la edificación, tales como el plazo de dos años de prescripción para ejercitar la acción por responsabilidad, la noción de daño material frente a la de ruina, la obligación total de

reparar los daños materiales, los sujetos responsables, la solidaridad en la concurrencia de culpas, la legitimación activa...

Tras el recordatorio comparativo de los temas tratados por la nueva ley y las sustanciales diferencias entre ambos regímenes, se considera necesario el planteamiento de si la misma ha derogado o no el artículo 1.591 del Código Civil. La cuestión es complicada, partiendo de la ausencia de cláusula derogatoria referida al articulado del Código Civil, planteándose la posibilidad mantenida por la casi unanimidad de la doctrina del mantenimiento de la tesis de derogación tácita del artículo 1.591 del Código Civil, lo cual posibilita la vigencia del párrafo 2.º del citado precepto, el cual establece la responsabilidad contractual del contratista, declarada subsistente por la Ley.

El problema que plantea aceptar esta tesis conlleva el inconveniente de precisar cuál normativa resultará aplicable a aquellas obras que se hallan fuera del ámbito de la Ley. La autora expone como solución, que no comparte, frente a la alternativa de aplicar el régimen del artículo 1.591 del Código Civil, la aplicación analógica del régimen general de la LOE, aunque es consciente de la existencia de dos obstáculos insalvables, como es el hecho de que estas obras han sido delimitadas específicamente por la Ley y excluidas de su regulación. Y en segundo lugar, la propia definición de analogía que implica la exigencia para su aplicación de inexistencia de regulación. Concluye que la derogación del artículo 1.591 del Código Civil no determina una indefensión por parte del propietario frente a la existencia de defectos constructivos, ni siquiera respecto a las edificaciones que quedan al margen de la ley, para las que jugarían las reglas generales sobre incumplimiento contractual, o, en su caso, las específicas sobre incumplimiento o cumplimiento defectuoso de la obligación de entregar del contrato de compraventa o incumplimiento de las estipulaciones del contrato de obra.

Por último se detiene brevísimamente en recordar la compatibilidad de la responsabilidad de la LOE con otros regímenes y referirse a que la LOE no supone la plena derogación del régimen codificado del contrato de obra.

«La protección del consumidor en la Constitución Española de 1978. Notas para un debate», por ALFONSO RODRÍGUEZ DE QUIÑONES Y DE TORRES, pág. 1789.

SUMARIO: 1. EL ARTICULO 51 DE LA CONSTITUCION: EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE PROTECCION Y DEFENSA DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS: 1.1. EL «ITER» DEL ARTICULO 51 DE LA CONSTITUCIÓN. 1.2. LOS PRECEDENTES DEL ARTICULO 51 DE LA CONSTITUCIÓN EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL COMPARADO.—2. UBICACION DEL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE PROTECCION DE CONSUMIDORES Y USUARIOS EN EL SISTEMA ECONOMICO CONSTITUCIONAL. INTERPRETACION SISTEMATICA, CONCEPTUAL E IDEOLOGICA DEL ARTICULO 51 DE LA CONSTITUCION: 2.1. CARACTERIZACION Y TIPOLOGIA DEL ESTADO DE DERECHO. 2.2. EL ESTADO DE DERECHO EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA. 2.3. EL SISTEMA ECONOMICO CONSTITUCIONAL. LA ECONOMÍA SOCIAL DE MERCADO: EL COMPROMISO ENTRE LIBERTAD ECONOMICA E IGUALDAD SOCIAL. 2.4. EL SIGNIFICADO DEL ARTICULO 51 DE LA CONSTITUCIÓN EN EL SISTEMA ECONOMICO CONSTITUCIONAL.—3. CONTENIDO DEL ARTICULO 51 DE LA CONSTITUCION: 3.1. PROTECCIÓN DE LA SEGURIDAD, LA SALUD Y LOS INTERESES ECONÓMICOS DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS. 3.2. ESTABLECIMIEN-

TO DE «PROCEDIMIENTOS EFICACES» PARA LA PROTECCIÓN Y DEFENSA DE CONSUMIDORES Y USUARIOS. 3.3. INFORMACIÓN Y EDUCACIÓN DE CONSUMIDORES Y USUARIOS. 3.4. ORGANIZACIÓN Y REPRESENTACIÓN COLECTIVA DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS. AUDIENCIA DE LAS ORGANIZACIONES DE CONSUMIDORES Y USUARIOS.

«A propósito de los registros de uniones civiles de hecho», por DIEGO ALONSO HERREROS, pág. 1835.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. GENERALIDADES Y PROBLEMÁTICA DE ESTOS REGISTROS: A) POSTULADOS PARA LA INSCRIPCIÓN. B) LA CUESTIÓN DE LA PUBLICIDAD.—III. EL PRIMER REGISTRO EN ESPAÑA VITORIA-GASTEIZ.—IV. LOS REGISTROS DE UNIONES CIVILES EN EL DERECHO COMPARADO: 1. SUECIA. 2. DINAMARCA. 3. NORUEGA. 4. HOLANDA. 5. FRANCIA.

«Las cláusulas de barrera en la jurisprudencia del TC», por MANUEL MARTÍNEZ SOSPEDRA, pág. 1911.

SUMARIO: I. INTRODUCCION: ELECCION, REPRESENTACION Y DERECHO DE SUFRAGIO.—II. LA NATURALEZA DE LA BARRERA ELECTORAL.—III. LA CLAUSULA DE BARRERA EN EL ORDENAMIENTO.—IV. LAS BARRERAS ELECTORALES ANTE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.—V. UNA CRITICA CONSTITUCIONALMENTE FUNDADA.—VI. A MODO DE CONCLUSIONES.

«El régimen de visitas: Restricción a causa de las creencias del padre», por REMIGIO BENEYTO BERENGUER, pág. 1959.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. RESTRICCION DEL REGIMEN DE VISITAS EN LA JURISPRUDENCIA.—III. RESTRICCION DEL REGIMEN DE VISITAS EN RELACION CON LA LIBERTAD RELIGIOSA: A) EN RELACIÓN CON LA LIBERTAD RELIGIOSA DEL PADRE. B) EN RELACIÓN CON LA LIBERTAD RELIGIOSA DE LOS MENORES.—IV. COLISION DE LA LIBERTAD RELIGIOSA DEL PADRE CON EL INTERES PREVALENTE DEL MENOR: A) POSTURA DEL PADRE AL QUE SE LE HA RESTRINGIDO EL DERECHO DE VISITA. B) POSTURA DE LA MADRE QUE SOLICITÓ LA RESTRICCIÓN DEL RÉGIMEN DE VISITAS. C) POSTURA MANIFESTADA EN LA SENTENCIA DE 24 DE OCTUBRE DE 1996 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE VALENCIA, SECCIÓN SÉPTIMA. D) POSTURA MANIFESTADA EN LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. E) LA VOLUNTAD DEL MENOR Y SU BENEFICIO E INTERÉS.

«La prueba del derecho extranjero en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», por FEDERICO E GARAU SOBRINO, pág. 2343.

SUMARIO: I. LA NUEVA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL Y EL DERECHO PROCESAL CIVIL INTERNACIONAL.—II. LA IMPERATIVIDAD DE LA NORMA DE CONFLICTO.—III. PRINCIPIO PROCESAL SOBRE LA CARGA DE LA PRUEBA DEL DERECHO EXTRANJERO: 1. REGLA GENERAL. LOS

PROCESOS DECLARATIVOS ORDINARIOS. 2. REGLA ESPECIAL. LOS PROCESOS ESPECIALES.—IV. LA ALEGACION DEL DERECHO EXTRANJERO: 1. PROCESOS DECLARATIVOS ORDINARIOS. 2. PROCESOS ESPECIALES.—V. LA PRUEBA DEL DERECHO EXTRANJERO: 1. OBJETO DE LA PRUEBA. 2. MEDIOS DE PRUEBA. 3. MOMENTO PROCESAL OPORTUNO: A) *Los procesos declarativos ordinarios*: a) Primera instancia; b) Segunda instancia; c) Juicio ejecutivo. B) *Los procesos especiales*.—VI. PROBLEMAS DE LA ALEGACION Y PRUEBA DEL DERECHO EXTRANJERO: 1. ALEGACIÓN POR LAS PARTES Y FALTA DE PRUEBA DEL DERECHO EXTRANJERO. 2. FALTA DE ALEGACIÓN Y DE PRUEBA DEL DERECHO EXTRANJERO. 3. APLICACIÓN POR EL TRIBUNAL QUE CONOCE EN PRIMERA INSTANCIA DE UN ORDENAMIENTO DISTINTO AL DESIGNADO EN LA NORMA DE CONFLICTO. 4. ALEGACIÓN Y PRUEBA DE UN DERECHO EXTRANJERO DISTINTO AL QUE EL TRIBUNAL CONSIDERA APLICABLE. 5. IMPOSIBILIDAD MATERIAL DE PROBAR EL DERECHO EXTRANJERO.—VII. DERECHO EXTRANJERO Y RECURSOS EXTRAORDINARIOS: 1. EL RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL. 2. EL RECURSO DE CASACIÓN. 3. EL RECURSO EN INTERÉS DE LA LEY.

«Los servicios financieros bancarios de la sociedad de la información», por RAÚL LAFUENTE SÁNCHEZ, pág. 2367.

SUMARIO: I. LA SOCIEDAD DE LA INFORMACION.—II. EL COMERCIO INTERNACIONAL DE SERVICIOS FINANCIEROS.—III. LOS SERVICIOS FINANCIEROS BANCARIOS Y EL COMERCIO ELECTRONICO.—IV. CONCLUSIONES.

«Procedimientos ordinarios y procedimientos ordinarios con especialidades en la nueva LEC: una aproximación a sus reglas de adecuación», por RICARDO JUAN SÁNCHEZ, pág. 2483.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. LAS REGLAS DEL ARTICULO 249 LEC: 1. ADECUACIÓN DEL PROCEDIMIENTO DEL JUICIO ORDINARIO POR RAZÓN DE LA MATERIA. 2. ADECUACIÓN DEL PROCEDIMIENTO DEL JUICIO ORDINARIO POR RAZÓN DE LA CUANTÍA. 3. PROCEDIMIENTOS ORDINARIOS, SEGÚN LA CUANTÍA, CON ESPECIALIDADES. 4. OTRAS PRETENSIONES QUE SE TRAMITAN POR EL JUICIO ORDINARIO: LAS TERCERÍAS DE DOMINIO Y MEJOR DERECHO.—III. LAS REGLAS DEL ARTICULO 250 LEC: 1. ADECUACIÓN DEL PROCEDIMIENTO DEL JUICIO VERBAL POR RAZÓN DE LA MATERIA. 2. ADECUACIÓN DEL PROCEDIMIENTO DEL JUICIO VERBAL POR RAZÓN DE LA CUANTÍA.

«El documento electrónico en el proceso civil (Una visión del panorama europeo con especial referencia a Alemania y España)», por IRENE NADAL GÓMEZ, pág. 2503.

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO GENERAL: 1. UN CAMBIO EN LA SOCIEDAD. 2. REGULACIÓN NORMATIVA.—II. LA PLASMACION DE LOS HECHOS EN FORMA ELECTRONICA.—III. LA FIRMA DIGITAL: EN ESPECIAL SU FUNCION RESPECTO AL DOCUMENTO ELECTRONICO: 1. LAS CLASES DE FIRMA ELECTRÓNICA EN LA DIRECTIVA EUROPEA. 2. LA FIRMA ELECTRÓNICA EN LA LEY DE FIRMA ALEMANA Y SU PROYECTO DE REFORMA. 3. LA FIRMA ELECTRÓNICA EN EL REAL

DECRETO-LEY 14/1999.—IV. LA EFICACIA JURIDICA DEL DOCUMENTO ELECTRONICO EN EL PROCESO CIVIL: 1. EL ORDENAMIENTO JURÍDICO FRANCÉS. 2. EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ITALIANO. 3. EL ORDENAMIENTO ALEMÁN.—V. LOS DOCUMENTOS ELECTRONICOS EN EL PROCESO CIVIL ESPAÑOL: 1. LA INTRODUCCIÓN DEL DOCUMENTO ELECTRÓNICO EN EL PROCESO. 2. LA PRUEBA DE LOS HECHOS CONTENIDOS EN LOS DOCUMENTOS ELECTRÓNICOS. 3. LA PRUEBA DEL DOCUMENTO ELECTRÓNICO.

REVISTA DE DERECHO URBANISTICO

Número 186 (Junio 2001)

«Ordenación urbanística, legislación sectorial y medio ambiente», por BLANCA RODRÍGUEZ-CHAVES MIMBRERO, pág. 11.

SUMARIO: 1. MEDIO AMBIENTE: 1.1. CAZA Y PESCA FLUVIAL: PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y TIPICIDAD EN LA REGULACIÓN DE INFRACCIONES Y SANCIONES (ART. 25.1 CE); DECLARACIÓN DE NULIDAD DEL ARTÍCULO 7.2.a) DEL REAL DECRETO 1095/1989, POR EL QUE SE DECLARAN LAS ESPECIES OBJETO DE CAZA Y PESCA Y SE ESTABLECEN NORMAS PARA SU PROTECCIÓN, POR NO TENER COBERTURA LEGAL EN LA LEY 4/1989; NO ES POSIBLE POR VÍA DE LA ANALOGÍA O INTERPRETACIÓN EXTENSIVA LA AMPLIACIÓN A SUPUESTOS NO EXPRESAMENTE PREVISTOS EN LA LEY, MÁXIME CUANDO LA LEY 4/1989 NO TIENE POR OBJETO LA REGULACIÓN DE LA CAZA Y DE LA PESCA, SINO QUE SU OBJETO ES EL MEDIO AMBIENTE, TÍTULO QUE LE HA PERMITIDO DICTAR ALGUNAS NORMAS EN MATERIA DE CAZA Y PESCA.—2. ESPACIOS NATURALES: 2.1. PLAN DE ORDENACIÓN DE LOS RECURSOS NATURALES (PORN): PREVISIONES LIMITATIVAS DE DERECHOS DOMINICALES Y SUPUESTOS INDEMNIZATORIOS.—3. URBANISMO Y ESPACIOS NATURALES: 3.1. EL PLAN ESPECIAL ES UN INSTRUMENTO IDÓNEO PARA INTERVENIR EN LOS ESPACIOS NATURALES PROTEGIDOS PERO CON LA LIMITACIÓN DE SU PROPIO ÁMBITO MATERIAL Y CON POSTERIORIDAD A LA PREVIA PLANIFICACIÓN PROTECTORA DE LOS ESPACIOS PROTEGIDOS (PORN Y PRUG).—4. URBANISMO Y MEDIO AMBIENTE: 4.1. EL ARTÍCULO 138.b) TRLS ES DE APLICABILIDAD DIRECTA AUNQUE NO EXISTA UN PLAN DE ORDENACIÓN O CUANDO ÉSTE GUARDE SILENCIO O MANTUVIERA UN RÉGIMEN CONTRADICTORIO CON LA LEY. EN ESTE ÚLTIMO SUPUESTO LA PREVALENCIA DEL ARTÍCULO 138.b) OBLIGARÁ A MODIFICAR LAS DETERMINACIONES DE AQUEL, PARA EVITAR ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS SINGULARES, NO SÓLO POR RAZONES DE LEGALIDAD Y SEGURIDAD JURÍDICA, SINO TAMBIÉN PARA EVITAR ACCIONES CONTRADICTORIAS CON LOS BIENES JURÍDICOS QUE EL ARTÍCULO 138.b) TRATA DE PROTEGER (ARTS. 45 Y 46 CE). 4.2. ES AJUSTADO A DERECHO LA SUSPENSIÓN DE LA APROBACIÓN DEFINITIVA DE UNAS NORMAS SUBSIDIARIAS POR LA COMUNIDAD AUTÓNOMA, CON FUNDAMENTO EN LA DISCREPANCIA DE REGULACIÓN DE LOS TERRENOS QUE RODEAN A UN VERTEDERO DE RESIDUOS SÓLIDOS, DADO QUE LA TITULARIDAD Y NATURALEZA DEL MISMO LO CONVIERTE EN UNA CUESTIÓN DE CARÁCTER SUPRALOCAL. 4.3. MEDIO AMBIENTE Y AUTORIZACIONES EN SUELO NO URBANIZABLE COMÚN.—5. URBANISMO Y MONTES: 5.1. ES CONFORME CON EL ORDENAMIENTO JURÍDICO QUE LAS NORMAS SUBSIDIARIAS DE PLANEAMIENTO DE UN MUNICIPIO REGULEN EL RÉGIMEN DE INSTANCIAS DE LAS PLANTACIONES FORESTALES Y LAS SUJETEN A PREVIA LICENCIA URBANÍSTICA.—6. MONTES Y MEDIO AMBIENTE: 6.1. APLICACIÓN DE LA LEY 4/1989, DE 27 DE MARZO, DE CONSERVACIÓN DE LOS ESPACIOS NATURALES Y DE LA FLORA Y FAUNA SILVESTRE A MONTES NO PERTENECIENTES A UN ESPACIO NATURAL PROTEGIDO.

«Titularidad registral y extrarregistral en los procedimientos reparcelatorios. A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo, de 24 de noviembre de 2000», por VICENTE LASO BAEZA, pág. 61.

SUMARIO: I. CONSIDERACION PREVIA.—II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 24 DE NOVIEMBRE DE 2000.—III. LA INTERVENCIÓN DE LOS PROPIETARIOS EN LOS PROCEDIMIENTOS DE EQUIDISTRIBUCIÓN Y EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD: 1. LA CONSTANCIA REGISTRAL DE LOS PROCEDIMIENTOS REPARCELATORIOS DESDE EL REGLAMENTO DE REPARCELACIONES DE 1966. 2. EL ALCANCE DE LA COORDINACIÓN DE LA ACCIÓN URBANÍSTICA CON EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD EN MATERIA DE PROYECTOS DE EQUIDISTRIBUCIÓN. 3. LA NECESARIA CONDICIÓN DE TITULAR REGISTRAL DEL INTERESADO EN LOS PROCEDIMIENTOS REPARCELATORIOS. 4. EL CARÁCTER VOLUNTARIO DE LA INSCRIPCIÓN Y LA DEBIDA ACTUACIÓN CON EL TITULAR REGISTRAL.—IV. LA PRUEBA DE LA TITULARIDAD EN LOS PROCEDIMIENTOS REPARCELATORIOS.

«El constante conflicto de las decisiones locales y autonómicas en el planeamiento urbanístico. La ponderación de intereses. Comentario a la STS de 1 de febrero de 2000 (Ar. 583/2000)», por MANUEL JIMÉNEZ DORANTES, pág. 87.

SUMARIO: I. ANTECEDENTES DE LA SENTENCIA.—II. EL CONFLICTO DE LAS DECISIONES POR CONTENER INTERESES LOCALES Y SUPRALOCALES INCOMPATIBLES.—III. LA APLICACIÓN DEL MÉTODO DE LA PONDERACIÓN PARA RESOLVER EL CONFLICTO DE INTERESES: A) LA IDENTIFICACIÓN DE LOS INTERESES EN CONFLICTO. B) LA ASIGNACIÓN DE VALORES EN EL CASO CONCRETO. C) LA DECISIÓN DEL INTERÉS PREVALENTE EN EL CASO CONCRETO.—IV. A MODO DE CONCLUSIÓN.

«¿Existe en España una jurisprudencia protectora del ambiente?», por IGNACIO GARCÍA MATOS, pág. 97.

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN.—II. EL CONTROL JURISDICCIONAL DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA: 1. LA POLÉMICA DOCTRINAL SURGIDA EN TORNO AL CONTROL JUDICIAL DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA: A) *Tesis del profesor Tomás Ramón Fernández*. B) *Tesis del profesor Parejo Alfonso*. 2. REFLEXIONES SOBRE LAS ANTERIORES POSTURAS. 3. LA NECESIDAD DE REFORMAR EL DERECHO ADMINISTRATIVO.—III. ALGUNOS EJEMPLOS DE LA JURISPRUDENCIA PROTECTORA DEL AMBIENTE.—IV. CONCLUSIÓN.

ACTUALIDAD CIVIL

Número 11 (2001)

«La instalación novedosa del ascensor comunitario», por ANTONIO ALBERTO PÉREZ UREÑA, pág. 397.

SUMARIO: I. IDEAS PREVIAS: A) CONCEPTO. B) ASCENSOR: INTERVENCIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN. C) EL ASCENSOR: OBLIGATORIEDAD.—II. EL ASCENSOR EN EL

SENO DE LAS COMUNIDADES DE PROPIETARIOS. NATURALEZA JURIDICA: CONSIDERACION DE ELEMENTO COMUN.—III. EL ASCENSOR COMUNITARIO COMO «INNOVACION NECESARIA».—IV. «QUORUM» NECESARIO PARA LA VALIDEZ DE LOS ACUERDOS COMUNITARIOS RELATIVOS A LA INSTALACION NOVEDOSA DE LOS ASCENSORES: A) SITUACIÓN ANTERIOR A LA REFORMA DE LA LHP, POR LEY 8/1999, DE 6 DE ABRIL. B) ESTADO DE LA CUESTIÓN TRAS LA LEY 8/1999, DE REFORMA DE LA DE PROPIEDAD HORIZONTAL.—V. CONTRIBUCION A LOS GASTOS GENERADOS POR LA INSTALACION DEL ASCENSOR: A) SITUACIÓN PREVIA A LA REFORMA DE 1999. B) SITUACIÓN TRAS LA REFORMA DE LA LPH POR LEY 8/1999.

Número 12 (2001)

«Del artículo 1.591 del Código Civil a la Ley de Ordenación de la Edificación», por J. CARLOS CASTRO BOBILLO, pág. 417.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. AMBITO DE LA LEY DE ORDENACION DE LA EDIFICACION: A) EL ÁMBITO TEMPORAL. B) LA NOCIÓN DE EDIFICIO. C) LAS OBRAS MENORES.—III. LOS HECHOS DETERMINANTES DE LA RESPONSABILIDAD: A) LOS DEFECTOS ESTRUCTURALES. B) LOS DEFECTOS DE HABITABILIDAD. C) LOS DEFECTOS DE ACABADO.—IV. LOS SUJETOS RESPONSABLES: A) LA CONFIGURACIÓN DE LOS AGENTES QUE INTERVIENEN EN EL PROCESO CONSTRUCTIVO. B) OBLIGACIONES Y RESPONSABILIDADES. C) CRITERIOS DE IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDADES.—V. CARACTERISTICAS DEL REGIMEN DE RESPONSABILIDADES: A) LEGAL. B) PERSONAL E INDIVIDUALIZADA. C) LIMITADA.—VI. LA RECEPCION DE LAS OBRAS Y LOS PLAZOS DE GARANTIA: A) NATURALEZA Y EFECTOS DE LA RECEPCIÓN DE LAS OBRAS. B) CLASES Y FORMA DE LA RECEPCIÓN. C) LOS PLAZOS DE GARANTÍA.—VII. VIGENCIA Y APLICACION DEL ARTICULO 1.591 DEL CODIGO CIVIL: A) LAS CONSTRUCCIONES DISTINTAS DE LOS EDIFICIOS. B) LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 1.591 DEL CÓDIGO CIVIL A LAS OBRAS EXCLUIDAS DE LA LEY DE ORDENACIÓN DE LA EDIFICACIÓN. C) CONCLUSIÓN.

Número 13 (2001)

«Criterios sobre recurribilidad, admisión y régimen transitorio en relación con los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal, regulados en la nueva LEC (adoptados por los Magistrados de la Sala Primera del Tribunal Supremo en Junta General de 12 de diciembre de 2000)», pág. 461.

SUMARIO: I. RESOLUCIONES RECURRIBLES.—II. ADMISION DEL RECURSO DE CASACION.—III. REGIMEN TRANSITORIO ESTABLECIDO EN LA DISPOSICION FINAL 16.^a DE LA LEC.—IV. DISPOSICIONES TRANSITORIAS DE LA LEC.

Número 14 (2001)

«Reagrupación familiar y modelo de familia en la LO 8/2000, de Derechos y Libertades de los Extranjeros en España», por ROSA M. MOLINER NAVARRO, pág. 487.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. LA REAGRUPACION FAMILIAR COMO EXIGENCIA DEL DERECHO A LA VIDA EN FAMILIA.—III. EL DERECHO A LA VIDA EN FAMILIA EN LA CE.—IV. LA REAGRUPACION FAMILIAR EN LA LO 4/2000, REFORMADA POR LO 8/2000: 1. LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR COMO DERECHO. 2. NORMATIVA SOBRE REAGRUPACIÓN FAMILIAR: A) *Derecho a la intimidad familiar*. B) *Familiares reagrupables*. C) *Procedimiento para la reagrupación*. D) *Circunstancias especiales*.—V. EL MODELO DE FAMILIA EN LA NORMATIVA SOBRE REAGRUPACION FAMILIAR: 1. REAGRUPACIÓN FAMILIAR Y POLÍTICA LEGISLATIVA. 2. EL MODELO CONSTITUCIONAL DE FAMILIA. 3. DESCENDIENTES Y ASCENDIENTES COMO «FAMILIARES REAGRUPABLES». 4. ¿ES EXIGIBLE UNA CLÁUSULA ABIERTA SOBRE OTRO TIPO DE FAMILIARES? 5. MATRIMONIO Y REAGRUPACIÓN «CONYUGAL». 6. REAGRUPACIÓN FAMILIAR Y UNIONES DE HECHO.—VI. CONSIDERACIONES FINALES.

Número 15 (2001)

«La separación y el divorcio de extranjeros en España: entre su integración y el respeto de su identidad cultural», por GUILLERMO PALAO MORENO, pág. 529.

SUMARIO: I. INMIGRACION Y CRISIS MATRIMONIALES INTERNACIONALES: 1. ESPAÑA ANTE LOS NUEVOS MOVIMIENTOS MIGRATORIOS. EFECTOS EN EL SECTOR DE LAS CRISIS MATRIMONIALES INTERNACIONALES. 2. EL PAPEL DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DE LA FAMILIA EN LA NUEVA SOCIEDAD MULTICULTURAL: LA PROBLEMÁTICA DE LAS CRISIS MATRIMONIALES ENTRE EXTRANJEROS.—II. LA RESOLUCION DE LITIGIOS MATRIMONIALES ENTRE EXTRANJEROS ANTE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES: 1. ¿AFECTARÁ EL MONOPOLIO JURISDICCIONAL DEL ESTADO EN LA MATERIA AL CARÁCTER MULTICULTURAL DE NUESTRA SOCIEDAD? 2. SUPUESTOS EN LOS QUE NUESTROS TRIBUNALES RESULTAN COMPETENTES EN ESTE TIPO DE LITIGIOS. 3. NORMAS DE APLICACIÓN DEL SISTEMA. LA IMPORTANCIA DE LA LITISPENDENCIA INTERNACIONAL EN LA MATERIA.—III. PROBLEMAS RELATIVOS A LA DETERMINACION DE LA LEY APLICABLE EN LOS SUPUESTOS ANALIZADOS: 1. LAS NORMAS DE CONFLICTO ESPAÑOLAS EN MATERIA DE SEPARACIÓN Y DIVORCIO ANTE EL TEST DEL RESPETO DE LA IDENTIDAD CULTURAL DE LOS EXTRANJEROS. 2. EL JUEGO DEL ORDEN PÚBLICO EN LA MATERIA Y EL TEST DE LA MULTICULTURALIDAD. 3. LA CUESTIÓN DE LA APLICACIÓN DEL DERECHO EXTRANJERO EN LOS LITIGIOS ANALIZADOS Y SU EFECTO INTEGRADOR DE LOS EXTRANJEROS EN LA MATERIA ESTUDIADA.—IV. REFLEXIONES FINALES.

Número 16 (2001)

«La adquisición de la herencia: perspectiva civil y fiscal», por ANGELA GALVÁN GALLEGOS, pág. 577.

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO.—II. EL DERECHO FISCAL Y EL CONCEPTO DE HERENCIA.—III. EL IMPUESTO DE SUCESIONES EN RELACION CON LOS DISTINTOS APARTADOS DE LA HERENCIA.—IV. PROBLEMATICA FISCAL DE LA ADQUISICION DE LA HERENCIA: 1. EN GENERAL. 2. EN EL PLAZO PARA ACEPTAR O REPUDIAR.

Número 17 (2001)

«Las uniones libres en la Ley Foral Navarra de Parejas Estables», por JULIO V. GAVIDIA SÁNCHEZ, pág. 605.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. COMPETENCIA LEGISLATIVA.—III. DESCRIPCION LEGAL DEL SUPUESTO OBJETO DE REGULACION.—IV. LIBERTAD DE ELECCION ENTRE MATRIMONIO Y UNION LIBRE.—V. IGUALDAD Y NO DISCRIMINACION.—VI. ADOPCION.—VII. CONCLUSION Y REPERCUSIONES SOBRE LA LEGISLACION ESTATAL SOBRE EL MATRIMONIO (EL MATRIMONIO HOMOSEXUAL).

Número 18 (2001)

«Contratación electrónica», por ANA M.^a SANZ VIOLA, pág. 645.

SUMARIO: I. INTRODUCCION: EL ORDENAMIENTO JURIDICO ESPAÑOL ANTE EL DESARROLLO DE LA CONTRATACION ELECTRONICA.—II. CUESTIONES GENERALES: 1. PROCESO DE FORMACIÓN DEL CONTRATO ELECTRÓNICO. 2. MOMENTO Y LUGAR DE PERFECCIÓN DEL CONTRATO ELECTRÓNICO. 3. PRUEBA DEL CONTRATO ELECTRÓNICO.—III. CONTRATACION ELECTRONICA CON CONDICIONES GENERALES: ESTUDIO DEL REAL DECRETO 1906/1999, DE 17 DE DICIEMBRE: 1. AMBITO DE APLICACIÓN. 2. MEDIDAS DE PROTECCIÓN DEL ADHERENTE EN EL PROCESO DE FORMACIÓN DEL CONTRATO: A) *Fase precontractual*. B) *Fase de perfección del contrato*. 3. LA PRUEBA DEL CUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS EXIGIDOS EN EL REAL DECRETO 1906/1999. 4. DERECHO DE RESOLUCIÓN DEL ADHERENTE: A) *Naturaleza jurídica*. B) *Ejercicio del derecho: plazo, efectos*. C) *Excepciones*. 5. JUICIO CRÍTICO.—IV. CONCLUSIONES.

Número 19 (2001)

«Caducidad y prórroga de las anotaciones preventivas en el nuevo artículo 86 de la LH (a propósito de la instrucción de la DGRN de 12 de diciembre de 2000)», por ANDRÉS DOMÍNGUEZ LUELMO, pág. 697.

SUMARIO: I. LA NUEVA REDACCION DEL ARTICULO 86 DE LA LH: 1. DÍA INICIAL DEL CÓMPUTO DEL PLAZO DE CUATRO AÑOS DE LA ANOTACIÓN PREVENTIVA. 2. DÍA INICIAL DEL CÓMPUTO DE OTROS PLAZOS DE ANOTACIONES PREVENTIVAS PREVISTAS EN LA LEY. 3. MODO DE COMPUTAR EL PLAZO.—II. LA PRORROGA DE LAS ANOTACIONES PREVENTIVAS: 1. REQUISITOS NECESARIOS PARA LA PRÓRROGA.

2. DURACIÓN Y CÓMPUTO DEL PLAZO DE LA PRIMERA Y ULTERIORES PRÓRROGAS. 3. DURACIÓN Y PRÓRROGA DE LAS ANOTACIONES PREVENTIVAS JUDICIALES: LA DEROGACIÓN DEL ARTÍCULO 199 DEL RH. 4. EL NUEVO RÉGIMEN DE PRÓRROGAS SUCESIVAS.—III. PROBLEMAS DE DERECHO TRANSITORIO: ANOTACIONES PREVENTIVAS PRÁCTICADAS O PRORROGADAS ANTES DE LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY 1/2001: 1. ANOTACIONES PREVENTIVAS QUE SE SOLICITEN A PARTIR DEL 9 DE ENERO DE 2001. 2. ANOTACIONES PREVENTIVAS ANTERIORES AL 8 DE ENERO DE 2001. 3. PRIMERA PRÓRROGA SOLICITADA A PARTIR DEL 9 DE ENERO DE 2001. 4. ANOTACIONES PREVENTIVAS JUDICIALES PRORROGADAS EN VIRTUD DE MANDAMIENTO PRESENTADO EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD ANTES DEL 8 DE ENERO DE 2001.—IV. CANCELACION DE LA ANOTACION PREVENTIVA CADUCA.—V. OTRAS CUESTIONES RELATIVAS A LA EJECUCION: 1. COMUNICACIÓN A TITULARES DE DERECHOS INSCRITOS EN EL REGISTRO CON POSTERIORIDAD A LA HIPOTECA QUE SE EJECUTA. 2. MANDAMIENTOS CANCELATORIOS DEL ARTÍCULO 134 DE LA LH. 3. INFORMACIÓN SOBRE CARGAS EXTINGUIDAS O AMINORADAS (ARTS. 657 DE LA LEC Y 240 DEL RH).

Número 20 (2001)

«Signos distintivos: *metatags* y *keyword banners*», por ANGEL GARCÍA VIDAL, pág. 737.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. LA PROTECCION DE LOS SIGNOS DISTINTIVOS FRENTE A SU USO COMO METAETIQUETA (METATAG) POR PARTE DE UN TERCERO: 1. CUESTIONES TÉCNICAS. 2. LOS CONFLICTOS ENTRE LOS TITULARES DE SIGNOS DISTINTIVOS Y LOS TERCEROS QUE LOS USAN COMO «META-TAGS». 3. LA LESIÓN DE UNA MARCA MEDIANTE SU USO COMO «METATAG» POR PARTE DE UN TERCERO. 4. LA TUTELA DEL NOMBRE COMERCIAL FRENTE A SU USO COMO METAETIQUETA. 5. EL USO DE SIGNOS DISTINTIVOS AJENOS COMO METAETIQUETAS, EL DERECHO REPRESOR DE LA COMPETENCIA DESLEAL Y EL DERECHO DE LA PUBLICIDAD.—III. LA PROTECCION DE LOS SIGNOS DISTINTIVOS FRENTE A SU USO COMO PALABRA CLAVE EN LOS «KEYWORD BANNERS»: 1. CUESTIONES TÉCNICAS. 2. LOS CONFLICTOS ENTRE LOS TITULARES DE SIGNOS DISTINTIVOS Y LOS TERCEROS QUE LOS USAN COMO PALABRA CLAVE EN LOS «KEYWORD BANNERS». 3. LA LESIÓN DE UN SIGNO DISTINTIVO MEDIANTE SU USO COMO PALABRA CLAVE DE LOS «KEYWORD BANNERS». 4. LA DETERMINACIÓN DE LOS SUJETOS RESPONSABLES DE LA LESIÓN. 5. LA TUTELA DEL NOMBRE COMERCIAL FRENTE A SU USO COMO PALABRA CLAVE DE LOS «KEYWORD BANNERS». 6. LA APLICACIÓN DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA DESLEAL.

Número 21 (2001)

«Notas sobre el significado jurídico del protocolo familiar», por JUAN MANUEL BADENAS CARPIO, pág. 777.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. APROXIMACION AL TEMA.—III. EL PROTOCOLO FAMILIAR: CONCEPTO Y NATURALEZA JURIDICA.—IV. INCIDENCIA DEL PROTOCOLO EN LAS RELACIONES FAMILIA-

RES.—V. INCIDENCIA DEL PROTOCOLO EN EL REGIMEN ECONOMICO MATRIMONIAL DE LOS MIEMBROS DE LA FAMILIA.—VI. INCIDENCIA DEL PROTOCOLO EN LA HERENCIA DE LAS PERSONAS QUE FORMAN PARTE DE LA EMPRESA FAMILIAR.—VII. INCIDENCIA DEL PROTOCOLO EN LAS SOCIEDADES QUE FORMAN PARTE DE LA EMPRESA FAMILIAR.—VIII. CONCLUSIONES.—IX. BIBLIOGRAFIA.

Número 22 (2001)

«Principios del proceso en la Ley de Enjuiciamiento Civil, de 7 de enero de 2000», por PILAR LEÓN TIRADO, pág. 797.

SUMARIO: I. PRINCIPIO DISPOSITIVO.—II. EL PRINCIPIO DE APORTACION DE PARTE.—III. PRINCIPIO DE ORALIDAD.—IV. PRINCIPIO DE INMEDIACION.—V. EL PRINCIPIO DE CONCENTRACION.—VI. PRINCIPIO DE IMPULSION.—VII. PRINCIPIO DE PRECLUSION.—VIII. PRINCIPIO DE EVENTUALIDAD.—IX. PRINCIPIO DE PUBLICIDAD.—X. VALORACION DE LA PRUEBA.

Número 23 (2001)

«El contrato vitalicio», por FRANCISCO MILLÁN SALAS, pág. 831.

SUMARIO: I. CONCEPTO.—II. FUNDAMENTO.—III. NORMAS POR LAS QUE SE RIGE.—IV. CARACTERES.—V. ELEMENTOS PERSONALES: 1. CESIONARIO. 2. CEDENTE. 3. ALIMENTISTA.—VI. ELEMENTOS REALES: 1. CESIÓN DE BIENES O DERECHOS. 2. PRESTACIÓN DE ALIMENTOS.—VII. ELEMENTOS FORMALES: 1. FORMA CONTRACTUAL. 2. INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD.—VIII. EFECTOS: 1. TRANSMISIÓN DE LA PRESTACIÓN DE ALIMENTOS. 2. GARANTÍAS: A) *Pacto resolutorio*. B) *Hipoteca*.—IX. EXTINCION.

Número 24 (2001)

«Las donaciones de órganos en el Real Decreto 2070/1999, de 30 de diciembre», por BEATRIZ VERDERA IZQUIERDO, pág. 849.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. EL DONANTE: 1. EL CONSENTIMIENTO. 2. CAPACIDAD.—III. EL RECEPTOR.—IV. OBJETO.—V. CENTROS DE TRASPLANTES DE ORGANOS.—VI. OTROS SUJETOS IMPLICADOS.—VII. REGISTROS.

Número 25 (2001)

«Las funciones de la justicia en las políticas sociales y jurídicas francesas de infancia y juventud», por MARÍA JOSÉ BÉRNIZ BENEITEZ, pág. 881.

SUMARIO: I. PRESENTACION.—II. LA INSERCIÓN DE LAS INTERVENCIONES SOBRE LA INFANCIA EN LAS POLÍTICAS DE LA CIUDAD (POLITIQUE DE LA VILLE).—III. LA PROMOCIÓN DEL ACCESO AL DERECHO Y A LA JUSTICIA.—IV. LA PROXIMIDAD DE LA JUSTICIA: «LAS MAISONS DE JUSTICE ET DU DROIT».—V. LA JUSTICIA DE PROXIMIDAD: «LAS BOUTIQUES DU DROIT».—VI. CONCLUSIONES.

Número 26 (2001)

«Contratos vitalicios: forma y simulación», por ISABEL ZURITA MARTÍN, pág. 909.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA NULIDAD DE LA DONACIÓN DE RENTA VITALICIA POR DEFECTO DE FORMA *AD SOLEMNITATEM*: 1. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 23 DE MAYO DE 1987. 2. LA DISTINCIÓN ENTRE GRATUIDAD Y DONACIÓN. 3. LA FORMA EN LA CONSTITUCIÓN GRATUITA DE RENTA VITALICIA. 4. COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 23 DE MAYO DE 1987.—III. LA RENTA VITALICIA CONSTITUIDA A TRAVÉS DE DONACIÓN INDIRECTA.—IV. LA SIMULACIÓN DE RENTA VITALICIA O VITALICIO Y EL *NEGOTIUM MIXTUM CUM DONATIONE*: 1. IDEAS PRELIMINARES. DONACIÓN ENCUBIERTA BAJO ESCRITURA PÚBLICA DE COMPRAVENTA. 2. DISTINCIÓN ENTRE DONACIÓN DISIMULADA Y *NEGOTIUM MIXTUM CUM DONATIONE*. 3. DONACIÓN REMUNERATORIA ENCUBIERTA BAJO ESCRITURA PÚBLICA DE COMPRAVENTA. 4. LAS DISTINTAS CORRIENTES DOCTRINALES Y JURISPRUDENCIALES EN TORNO A LA VALIDEZ DE LA DONACIÓN ENCUBIERTA. 5. RECAPITULACIÓN Y TOMA DE POSTURA: VALIDEZ DE LA DONACIÓN ENCUBIERTA BAJO ESCRITURA PÚBLICA DE RENTA VITALICIA O VITALICIO. 6. ¿SIMULACIÓN RELATIVA O CONTRATO DE VITALICIO?

COMENTARIO: Realiza la autora un contundente estudio sobre la forma y en conexión con ella de la simulación de los contratos vitalicios. Parte de la definición de contratos vitalicios como aquellos negocios de tracto sucesivo que han de extenderse durante la vida de una persona determinada, e incluye dentro de ellos el *contrato oneroso de renta vitalicia* (contemplado expresamente por el Código Civil), y otros como la constitución de pensiones *vitalicias de origen gratuito inter vivos* como la donación de renta vitalicia, el contrato a favor de tercero, o *pensiones vitalicias de origen gratuito mortis causa*, como el legado de pensión o de educación o de alimentos.

La importancia de la forma en estos contratos se centra en el decaimiento del principio espiritualista en el momento en que surge un empeño en otorgar esencialidad a la forma. Así los problemas que van a surgir tendrán lugar cuando se pretenda la nulidad de la donación de renta vitalicia por defecto de forma *ad solemnitatem*; cuando la renta vitalicia se constituye a través de donaciones indirectas, y cuando se utiliza la simulación de contrato al calificarle de renta vitalicia, a fin de eludir normas del régimen de la donación o a fin de defraudar las legítimas de los herederos.

Estos tres problemas van a ser observados por la autora no sólo desde la perspectiva doctrinal sino también partiendo del estudio de la última jurisprudencia del Tribunal Supremo. En relación con el primero de ellos, esto es, con la nulidad de la donación de renta vitalicia por defecto de forma *ad solemnitatem*, el problema surge al aplicar la constitución de la renta vitalicia a título

gratuito inter vivos las reglas estrictas de la donación donde, como sabemos, las normas son estrictas a fin de proteger tanto al donante como a terceros.

El segundo de los problemas es el referente a la renta vitalicia constituida a través de donación indirecta, en este caso la única exigencia básica para la estipulación a favor de tercero es su aceptación antes de que haya sido revocada por el donante. Compara nuestro sistema con los ordenamientos vecinos como el italiano y el francés, donde se especifica que la renta vitalicia constituida a favor de tercero, aunque comporte una liberalidad no requiere la forma establecida para las donaciones.

En último término, su autora analiza pormenorizadamente la cuestión de la simulación de renta vitalicia o vitalicio y el *negotium mixtum cum donatio-ne*. En este aspecto, la autora admite que estipulado por las partes un contrato de renta vitalicia que oculta una auténtica donación, ésta será válida siempre que se pruebe la verdadera intención de donar y los requisitos de forma de la donación; aunque también propone y sustenta jurisprudencialmente los problemas de calificación jurídica existentes a la hora de concretar si estamos ante un contrato de vitalicio o una simulación relativa.

Número 27 (2001)

«Resumen de la doctrina de la DGRN sobre estado civil durante el año 2000», por JESÚS DIEZ DEL CORRAL RIVAS, pág. 961.

SUMARIO: 1. NOTA EXPLICATIVA.—2. ANOTACIONES.—3. NOTAS MARGINALES.—4. PUBLICIDAD FORMAL.—5. LIBRO DE FAMILIA.—6. REGLAS GENERALES DE COMPETENCIA TERRITORIAL.—7. LA CALIFICACIÓN REGISTRAL Y SUS RECURSOS.—8. TRASLADO DE INSCRIPCIONES.—9. EL NOMBRE PROPIO.—10. ATRIBUCIÓN DE APELLIDOS.—11. LA INSCRIPCIÓN DE NACIMIENTO DENTRO DE PLAZO.—12. LA INSCRIPCIÓN DE LA FILIACIÓN DENTRO DE PLAZO.—13. LA INSCRIPCIÓN DE LA FILIACIÓN FUERA DE PLAZO.—14. INSCRIPCIONES MARGINALES A LA DE NACIMIENTO.—15. ADQUISICIÓN ORIGINARIA DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA.—16. CONSOLIDACIÓN DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA.—17. ADQUISICIÓN DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA POR OPCIÓN.—18. ADQUISICIÓN DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA POR RESIDENCIA.—19. PERDIDA DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA.—20. RECUPERACIÓN DE LA NACIONALIDAD.—21. PRUEBA DE LA NACIONALIDAD.—22. LA INSCRIPCIÓN FUERA DE PLAZO DE NACIMIENTO.—23. CAMBIOS DE NOMBRES Y APELLIDOS.—24. LA INSCRIPCIÓN DE MATRIMONIOS RELIGIOSOS.—25. EL EXPEDIENTE PREVIO PARA LA CELEBRACIÓN DEL MATRIMONIO CIVIL.—26. MATRIMONIO DE ESPAÑOLES EN EL EXTRANJERO.—27. OTROS MATRIMONIOS ESPECIALES.—28. DISPENSAS MATRIMONIALES.—29. INSCRIPCIÓN DE SENTENCIAS Y RESOLUCIONES SOBRE MATRIMONIO.—30. INDICACIONES SOBRE EL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL.—31. LA INSCRIPCIÓN DE DEFUNCIÓN CUANDO EL CADAVER HA DESAPARECIDO O HA SIDO INHUMADO.—32. EXPEDIENTES EN GENERAL.—33. RECURSOS EN MATERIA DE EXPEDIENTES.—34. LA RECTIFICACIÓN DEL REGISTRO.

Número 28 (2001)

«Sobre el desahucio, retracto y otros procesos de arrendamientos», por ANTONIO RAIMÚNDEZ RODRÍGUEZ, pág. 999 (sin sumario).

«La tutela respecto de la tercera edad», por ANGELA GALVÁN GALLEGOS, pág. 1025.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. LA TUTELA.—III. EL ANCIANO DESAMPARADO.

COMENTARIO: El breve artículo objeto de comentario trata de un tema importante y sobre todo de máxima actualidad, teniendo en cuenta que somos uno de los quince países de todo el mundo cuya media de vida es más alta. El progreso hace que cada vez se prolongue la vida de los sujetos, pero en determinados casos las condiciones no son las óptimas o las que más deseáramos, puesto que la edad avanzada trae consigo problemas de enfermedad, senilidad, demencia o simplemente el deterioro o progresivo deterioro de las facultades físicas y mentales.

Independientemente de los aspectos puramente personales y familiares que la situación contempla, la autora expone los problemas jurídicos. Se detiene, en primer lugar, en hacer referencia a la situación de ingreso del anciano en un centro a fin de asistirle y vigilarle en lo que precise, utilizándose la solución jurídica de su incapacitación y del nombramiento de tutor o curador según corresponda al grado de incapacitación.

Se centra de modo sistemático en el estudio de la tutela de estos sujetos, como medio válido para proteger los derechos de los ancianos incapacitados. Estudia los requisitos subjetivos del tutor, el contenido de la tutela, refiriéndose específicamente a lo que entiende son tres facetas propias de la tutela de estas personas, y que se centran en representar al anciano incapacitado en aquellos actos jurídicos que no pueda realizar por sí solo de acuerdo con lo establecido en la sentencia de incapacitación (cuidado y atención del anciano); administrar su patrimonio con la diligencia de un padre de familia, recabando autorización judicial para todos los actos que la ley exija, y en último término, velar por el anciano. Esta última faceta comprende la de vigilar, estar pendiente, controlar a la persona del mayor de manera que considera que ésta debe estar en compañía del tutor, en el sentido de convivir con ella, salvo que el Juez haya determinado otra cosa.

En conexión con las funciones propias del tutor se encuentra la de alimentarle, en el sentido de procurar lo necesario para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica, poniendo en funcionamiento todos los recursos, acciones y derechos que ostenta el anciano. Es un derecho diferente del deber de alimentos del artículo 142 y siguientes del Código Civil.

En último término, la autora hace referencia al anciano desamparado, fiel reflejo de la máxima actualidad, y que no aparece regulado en el Código donde únicamente se hace referencia al menor desamparado. El anciano se encuentra desamparado cuando está en una situación de presunta incapacitación sin estar al cuidado de nadie ni siquiera se le haya sometido al procedimiento de incapacitación y se halle en una situación de desprotección. Y también estará en situación de desamparo el sujeto anciano ya incapacitado y sometido a tutela que no sea ejercida correctamente, provocando una situa-

ción que aún en apariencia jurídica sea la correcta, en la práctica la desprotección sea evidente.

Al ser un tema importante y de máxima actualidad, finaliza el artículo haciendo referencia a la legislación autonómica en materia de protección administrativa de estos menores desamparados, siendo las Comunidades Autónomas de Madrid, Asturias y Castilla-La Mancha las más innovadoras.

REVISTA DE ESTUDIOS DE LA ADMINISTRACION LOCAL Y AUTONOMICA

Número 284 (Septiembre-Diciembre 2000)

«El nuevo ordenamiento local en Italia (entre innovaciones legislativas y “constituyentes” locales)», por SILVIO GAMBINO, pág. 617.

SUMARIO: 1. DESDE EL MODELO CONSTITUCIONAL DE ADMINISTRACION LOCAL HASTA SU TARDIA Y LIMITADA EJECUCION: ALGUNAS PREMISAS INTRODUCTORIAS.—2. LAS RELACIONES ENTRE REGIONES Y ENTIDADES LOCALES A LA LUZ DE LA LEY 142/1990, Y EN LA REALIDAD: ¿DELEGACIONES ADMINISTRATIVAS O REAJUSTE DE LOS PODERES LOCALES?—3. ELECCION DIRECTA DEL ALCALDE (Y DEL PRESIDENTE DE LA PROVINCIA) Y NUEVAS RELACIONES ENTRE LOS ORGANOS DEL GOBIERNO LOCAL.—4. LA ORGANIZACION ADMINISTRATIVA DE LA ENTIDAD LOCAL: ENTRE AUTONOMIA ORGANIZADORA DE LA ENTIDAD LOCAL, VALORIZACION DE LA RESPONSABILIDAD DIRECTIVA Y LA DENOMINADA PRIVATIZACION DE LA RELACION LABORAL DE LOS EMPLEADOS PUBLICOS.—5. LA DEMOCRACIA LOCAL ENTRE IMPULSOS HACIA ADELANTE DEL LEGISLADOR DE REFORMA Y RETRASOS DE LOS CONSTITUYENTES LOCALES: ALGUNAS REFLEXIONES CONCLUSIVAS.

«La provincia y la diputación. Antecedentes, configuración constitucional y algunos argumentos a favor y en contra de su permanencia», por F. JAVIER DÍAZ REVORIO y ENRIQUE BELDA PÉREZ PEDRERO, pág. 649.

SUMARIO: 1. INTRODUCCION HISTORICA.—2. LA PROVINCIA EN LA CONSTITUCION ESPAÑOLA DE 1978.—3. LA GARANTIA CONSTITUCIONAL DE LA AUTONOMIA PROVINCIAL.—4. AUTONOMIA PROVINCIAL, AUTONOMIA DE NACIONALIDADES Y REGIONES, Y AUTONOMIA MUNICIPAL.—5. RAZONES A FAVOR DEL MANTENIMIENTO DE LA PROVINCIA Y DE SU INSTITUCION REPRESENTATIVA.—6. ARGUMENTOS CONTRA LA NECESIDAD DE LA PROVINCIA COMO ENTIDAD LOCAL.

«La coordinación jurídica de la Hacienda vasca y la Hacienda del Estado: Organos internos y externos comunes», por JOSÉ ANTONIO ARRATIBEL ARRONDO, pág. 681.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. LA ESTRUCTURA ARTICULADORA INTERNA: II.1. EL CONSEJO VASCO DE FINANZAS PÚBLICAS: II.1.1. *Las funciones*. II.1.2. *Composición*. II.2. CONSEJO VASCO DE POLÍTICAS PÚBLICAS. II.3. ORGANO DE COORDINACIÓN TRIBUTARIA: ARMONIZAR, COORDINAR Y COLABORAR: A) *Ley 3/1989, de 30 de mayo*. B) *El órgano de Coordinación Tributaria*.—III. LA ESTRUCTURA ARTICULADORA EXTERNA DE LA HACIENDA VASCA: III.1. HACIENDA DEL ESTADO: SISTEMA CONCERTADO: A) *La Junta Arbitral*. B) *La Comisión Coordinadora*. C) *La Comisión Mixta de Cupo*. III.2. HACIENDA DEL ESTADO Y HACIENDAS AUTÓNOMAS: SISTEMA LOFCA: A) *Criterios coordinadores*. B) *El Consejo de Política Fiscal y Financiera*.—IV. LA HACIENDA EUROPEA Y EL CONCIERTO: IV.1. CONSECUENCIAS PARA LA HACIENDA VASCA. IV.2. COMISIÓN DE COOPERACIÓN ADMINISTRATIVA. IV.3. LA PROBLEMÁTICA DEL CONCIERTO EN LA UE: IV.3.1. *Los incentivos fiscales*. IV.3.2. *Los centros de dirección, coordinación y financieros*. IV.4. PROPUESTAS DE FUTURO: IV.4.1. *Libro Blanco sobre el Autogobierno Vasco*. IV.4.2. *Nuevo pacto concertado*.—V. CONCLUSIONES.

«La prestación del servicio de taxis y libertad de empresa», por JOANA M. SOCÍAS CAMACHO, pág. 733.

SUMARIO: I. ACTIVIDAD PRIVADA O SERVICIO PUBLICO.—II. LA NATURALEZA PUBLICA DE LA ACTIVIDAD DEL SERVICIO DE TAXIS: 1. LA NATURALEZA PÚBLICA DE LA ACTIVIDAD GESTIONADA MODULA LA ORGANIZACIÓN Y EL CONTENIDO DE LA LIBERTAD DE EMPRESA. 2. EL SERVICIO DE TAXIS ES UN SERVICIO RESERVADO A LOS ENTES LOCALES.—III. LA SITUACION DEL BENEFICIARIO DE LA AUTORIZACION (DEL TAXISTA).—IV. CONCLUSION.

«El suelo rústico y los criterios de clasificación en la legislación de las Islas Baleares. El mantenimiento del carácter residual en el marco de la Ley 6/1998, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones», por JAUME MUNAR FULLANA, pág. 767.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. CRITERIOS PARA LA CLASIFICACION DE SUELO NO URBANIZABLE EN LA NORMATIVA BASICA.—III. LA REGULACION EN LOS TERRITORIOS INSULARES: 1. LA DISPOSICIÓN ADICIONAL CUARTA DE LA LRSV. 2. ALCANCE DE LOS DENOMINADOS «CRITERIOS COMPLEMENTARIOS» DE CLASIFICACIÓN.—IV. EL CASO DE LAS ISLAS BALEARES: 1. EL HECHO INSULAR. 2. EL SISTEMA CONFIGURADO POR LA LEY DE DIRECTRICES DE ORDENACIÓN TERRITORIAL. LOS FACTORES CUANTITATIVOS Y CUALITATIVOS. 3. EL CRITERIO CUANTITATIVO. 4. EL CRITERIO CUALITATIVO.—V. CATEGORIAS DEL SUELO RUSTICO EN LA LEGISLACION AUTONOMICA: 1. TERRENOS INCLUIDOS EN LA CLASIFICACIÓN. 2. CATEGORÍAS DE SUELO RÚSTICO: 2.1. *Suelo rústico protegido*. 2.2. *Suelo rústico común*. 2.3. *Los núcleos rurales*.—VI. LA VALIDEZ DEL SISTEMA EN EL MARCO DE LA NORMATIVA BASICA.

REVISTA JURIDICA DE LA COMUNIDAD DE MADRID

Número 9 (Enero-Abril 2001)

«Los interdictos en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», por ALEJANDRA FRÍAS LÓPEZ, pág. 11.

SUMARIO: I. INTRODUCCION. BREVE REFERENCIA A LA POSESION.—II. LOS INTERDICTOS: EN GENERAL.—III. COMPETENCIA. FUERO TERRITORIAL.—IV. PROHIBICION DE RECONVENCION.—V. FORMA DE DETERMINACION DE LA CUANTIA.—VI. LOS INTERDICTOS Y ADMINISTRACION.—VII. COMPATIBILIDAD DE LOS INTERDICTOS CON LA ACTUACION EN VIA DE HECHO. PROBLEMÁTICA DEL INTERDICTO DE OBRA NUEVA.—VIII. ADMISION DE LA VIA DE AMPARO.—IX. INTERDICTO DE ADQUIRIR: I. ANTECEDENTES. II. NATURALEZA. III. FINALIDAD. IV. REQUISITOS: 1. *En general*. 2. *Legitimación*. V. PROCEDIMIENTO: 1. *Regulación en la LEC de 1881*. 2. *Regulación en la nueva LEC*.—X. INTERDICTOS DE RETENER Y RECOBRAR: I. ANTECEDENTES. II. NATURALEZA. III. FINALIDAD. IV. OBJETO. V. PROCEDENCIA: A) *Interdicto de retener*. B) *Interdicto de recobrar, supuestos en que es improcedente*. C) *Breve referencia a las actuaciones administrativas constitutivas de vías de hecho*. D) *Acumulación de ambos interdictos*: a) Incompatibilidad del ejercicio conjunto y simultáneo a ambos interdictos; b) Admisibilidad del ejercicio alternativo o subsidiario de ambos interdictos. VI. REQUISITOS: 1. *En general*. 2. *Legitimación activa*. 3. *Legitimación pasiva*. 4. *Requisitos objetivos*: 1) Tenencia o posesión. 2) Actos de perturbación posesoria. 3) Actos de despojo posesorio. 4) «Animus Spoliandi» en el interdicto de recobrar. VII. PROCEDIMIENTO: 1. *Plazo de presentación de la demanda interdictal*. 2. *Regulación en la LEC de 1881*. 3. *Regulación en la nueva LEC*.—XI. INTERDICTO DE OBRA NUEVA: I. ANTECEDENTES. II. NATURALEZA. III. FINALIDAD. IV. OBJETO: LA OBRA NUEVA. V. PROCEDENCIA. VI. REQUISITOS: 1. *En general*. 2. *Legitimación activa*. 3. *Legitimación pasiva: breve referencia a supuestos de litisconsorcio pasivo necesario*. 4. *Requisitos objetivos*. VII. PROCEDIMIENTO: 1. *Regulación en la LEC de 1881*. 2. *Regulación en la nueva LEC*.—XII. INTERDICTO DE OBRA RUINOSA: I. ANTECEDENTES. II. NATURALEZA. III. FINALIDAD. IV. OBJETO. V. REQUISITOS: 1. *En general*. 2. *Legitimación activa*. VI. *Procedimiento*: 1. *Regulación en la LEC de 1881*. 2. *Regulación en la nueva LEC*.

«La ejecución dineraria», por ROCÍO GUERRERO ANKERSMIT, pág. 99 (sin sumario).

«Proceso especial sobre impugnación de resoluciones administrativas en materia de protección de menores», por CARMEN CABAÑAS POVEDA, pág. 117 (sin sumario).

«Los equipos técnicos en la Ley Penal del Menor», por EDUARDO DE URBANO CASTRILLO, pág. 127.

SUMARIO: INTRODUCCION.—I. BREVE EXPOSICION GENERAL DE LA LEY ORGANICA DE RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS MENORES.—II. PARTICIPACION DE LAS COMUNIDADES AUTONOMAS: A) EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA. B) EN LA LORPM.—III. LA PERICIA EN EL

DERECHO DE MENORES.—IV. LOS EQUIPOS TECNICOS: A) EN DERECHO COMPARADO. B) EN LA LORPM: 1. *Concepto*. 2. *Funciones*. 3. *Organización*. 4. *Cuestiones problemáticas*.—V. CONCLUSIONES.

«Los centros de internamiento en la nueva regulación legal de la responsabilidad penal de los menores infractores», por RICARDO RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, pág. 153.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. ANTECEDENTES HISTORICOS.—III. NOVEDADES DE LA LORPM: 1. PRINCIPIOS INSPIRADORES. 2. MEDIDAS APLICABLES. 3. CENTROS DE INTERNAMIENTO. NATURALEZA Y CLASES. 4. MODOS DE PROCEDER PARA LA ELECCIÓN DE LA MEDIDA DE INTERNAMIENTO A IMPONER EN LA SENTENCIA. 5. RÉGIMEN DE CUMPLIMIENTO. 6. DURACIÓN: 1. *Regla general*. 2. *Mayores de dieciséis años*. 3. *Supuestos de extrema gravedad*. 7. EXCEPCIONES A LA MEDIDA DE INTERNAMIENTO: 1. *Hechos calificados como falta*. 2. *Infracción cometida por acción u omisión imprudente*. 3. *Infracción cometida en los supuestos de los números 1.º, 2.º y 3.º CP*. 4. *Regla especial para la aplicación de la medida de internamiento en régimen cerrado*. 8. IMPOSICIÓN DE VARIAS MEDIDAS. 9. POSIBILIDAD DE MODIFICACIÓN DE LA MEDIDA DE INTERNAMIENTO IMPUESTA EN LA SENTENCIA. 10. EL INTERNAMIENTO COMO MEDIDA CAUTELAR. 11. EJECUCIÓN: 1. *Competencias para la ejecución de la medida de internamiento*: A) Características generales. B) Competencia administrativa. C) Competencia judicial. 2. *Ejecución de la medida de internamiento*: A) Principios inspiradores. B) Centros. Clasificación y rasgos comunes. C) Derechos de los menores internados. Información y reclamaciones. D) Deberes de los menores internados. Régimen disciplinario. Medidas de vigilancia y control. 3. *Ejecución de varias medidas*.—IV. CONCLUSIONES.

«Medidas en la contratación administrativa de la Comunidad de Madrid para apoyar la estabilidad y calidad del empleo», por ALICIA SÁNCHEZ CORDERO, pág. 179 (sin sumario).

REVISTA JURIDICA DE NAVARRA

Número 30 (Julio-Diciembre 2000)

«Cuestiones de técnica jurídica en la Ley Foral del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (I)», por FERNANDO DE LA HUCHA CELADOR, pág. 9.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. ESTUDIO DE LA LEY FORAL DEL IMPUESTO SOBRE LA RENTA DE LAS PERSONAS FISICAS: DE TECNICA JURIDICA Y NORMAS TRIBUTARIAS: A) EL PODER TRIBUTARIO NORMATIVO DE LA COMUNIDAD FORAL DE NAVARRA Y SU INCIDENCIA EN LA DELIMITACIÓN DE LOS SUJETOS PASIVOS DEL IRPF. B) EL HECHO IMPONIBLE EN LA LEY FORAL DEL IRPF. C) LAS DISTINTAS CATEGORÍAS DE RENTA: RENDIMIENTOS, INCREMENTOS Y DISMINUCIONES DE PATRIMONIO Y LAS ATRIBUCIONES E IMPUTACIONES DE RENTA: A') *Los rendimientos del trabajo*. B') *Los rendimientos del capital*. C') *Los rendimientos de actividades empresariales o profesionales*. D') *Los incrementos y disminuciones de patrimonio*. E') *Las imputaciones de rentas*.

«La revisión de las obligaciones por alteración sobrevenida esencial de las circunstancias en el Fuero Nuevo», por CARLOS MARTÍNEZ DE AGUIRRE, pág. 47.

SUMARIO: I. LA ALTERACION SOBREVENIDA ESENCIAL DE LAS CIRCUNSTANCIAS DE LA OBLIGACION: PLANTEAMIENTO GENERAL: A) PRECEDENTES. B) LÍNEAS GENERALES DE LA REGULACIÓN DEL FUERO NUEVO.—II. REQUISITOS DE LA REVISION: A) OBLIGACIONES DE LARGO PLAZO O TRACTO SUCESIVO. B) ALTERACIÓN PRODUCIDA DURANTE EL TIEMPO DE CUMPLIMIENTO. C) CARACTERIZACIÓN DE LA ALTERACIÓN. D) LA SOBREVENIENCIA DE CIRCUNSTANCIAS IMPREVISTAS. E) LA EXCESIVA ONEROSIDAD DEL CUMPLIMIENTO.—III. CONSECUENCIAS DE LA ALTERACION SOBREVENIDA ESENCIAL DE LAS CIRCUNSTANCIAS.—IV. INDICACION BIBLIOGRAFICA.

«La imposición directa en Navarra y sus diferencias con el Estado (1927-1978) (II)», por ARANCHA YUSTE JORDÁN, pág. 61.

SUMARIO: III. LOS IMPUESTOS GENERALES SOBRE LA RENTA: A) IMPUESTO GENERAL SOBRE LA RENTA DE LAS PERSONAS FÍSICAS: 1. *Contribución sobre la Renta*. 2. *Diferencias entre el régimen común y foral*: a) Estimación de ingresos; b) Obligados a contribuir por el IGRPF; c) Desgravaciones por trabajo, familia e inversiones; d) Deducciones en la cuota. B) IMPUESTO GENERAL SOBRE LA RENTA DE SOCIEDADES Y DEMÁS ENTIDADES JURÍDICAS: 1. *CURM (tarifa 3.^a)*. 2. *Diferencias entre el régimen común y foral*: a) Base imponible: a.I. Ingresos. a.II. Gastos: 1. Amortizaciones de activo. 2. Otros gastos. b) Regímenes para la determinación de la base imponible; c) Base liquidable: reducciones: c.I. Fondo de previsión para inversiones. c.II. Reserva para inversiones de exportación. c.III. Reserva de inversiones anticontaminación. d) Tipo de gravamen y cuota tributaria. C) IMPUESTO GENERAL SOBRE LAS SUCESIONES: 1. *DRTB*. 2. *Exención en línea recta y entre cónyuges*.

«El “medio ambiente cultural” frente al urbanismo», por JON ANDER PÉREZ-ILZARBE SARAGÜETA, pág. 89.

SUMARIO: I. COINCIDENCIAS ENTRE LA NORMATIVA URBANISTICA Y LA ESPECIFICA DE PROTECCION DEL PATRIMONIO HISTORICO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. NATURALEZA INSTRUMENTAL Y RELACIONAL. 3. INSTRUMENTOS JURÍDICOS COMUNES. 4. CONCLUSIÓN.—II. DIVERGENCIAS ENTRE LA NORMATIVA URBANISTICA Y LA ESPECIFICA DE PROTECCION DEL PATRIMONIO HISTORICO: 1. DISTINTO PRINCIPIO BÁSICO. 2. DISTINTA JERARQUÍA NORMATIVA Y ALCANCE LEGAL. 3. DISTINTOS ÓRGANOS DE SUPERVISIÓN.—III. NORMAS DE PREVALENCIA: LA RAMA ESPECIFICA DE PROTECCION DEL PATRIMONIO HISTORICO DELANTE DEL BOSQUE URBANISTICO.—IV. CUATRO ÁMBITOS QUE PODRIAN CONFIARSE A LA LEGISLACION URBANISTICA EN LA PROTECCION DEL PATRIMONIO HISTORICO-ARTISTICO: 1. REPARTO EQUITATIVO DE BENEFICIOS Y CARGAS. 2. ADECUACIÓN DE LA JERARQUÍA NORMATIVA Y COORDINACIÓN CON EL PLANTEAMIENTO TERRITORIAL. 3. HABILITACIÓN DE UN PLAZO ESPECÍFICO DE «INFORME CULTURAL» EN LOS PROCEDIMIENTOS DE PLANTEAMIENTO URBANÍSTICO Y TERRITORIAL. 4. LEGALIZACIÓN DE UN RÉGIMEN DE

PROTECCIÓN PARA LOS INMUEBLES INVENTARIADOS. 5. INTEGRACIÓN DEL ENTORNO NATURAL EN EL ENTORNO HISTÓRICO-ARTÍSTICO PROTEGIDO.—V. CONCLUSION Y JUICIO CRÍTICO.

«El silencio administrativo: ficción, trampa y caos», por FRANCISCO GONZÁLEZ NAVARRO, pág. 119.

SUMARIO: I. ¿ESTA EN CRISIS EL PARADIGMA DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO, O ESTA SIMPLEMENTE ATRAVESANDO UN PERIODO DE ADAPTACIÓN A LOS NUEVOS TIEMPOS?: 1. UN HABLAR QUE ES UN CALLAR. 2. ¿LEGISLADOR O EDITOR DE NORMAS? 3. LA REFORMA DEL «SILENCIO ADMINISTRATIVO»: OTRA HISTORIA INACABADA: A) *La Ley 4/1999 y su programa de consolidación*. B) *Subsistencia (relativa) de las normas preexistentes sobre silencio administrativo*: a) «Sentido», «forma de producción» y «efectos» del silencio administrativo; b) Dos normas de la Ley 4/1999, que recíprocamente se complementan: la Adicional 1.^a y la Transitoria 1.^a; c) Justificación del programa de adaptación previsto: respetar el derecho a la igualdad de trato y devolver la coherencia al sistema; d) De cómo —afortunadamente— se está produciendo ya una contrarreforma. 4. ¿EMERGENCIA DE UN NUEVO PARADIGMA CIENTÍFICO?: A) *Anomalías extraordinarias, crisis y derrumbamiento de los paradigmas. La revolución científica como aparición de un nuevo paradigma*. B) *Una propuesta de cambio de paradigma en relación con el llamado silencio administrativo parece que ha querido hacerse ya*.—II. EL SILENCIO ADMINISTRATIVO: *PRAESUMPTIO IURIS AN FICTIO IURIS*?: 1. PENSAR PRIMIGENIO Y CIENCIA. DESCUBRIMIENTO Y ENCUBRIMIENTO. 2. FICCIÓN Y NO PRESUNCIÓN: A) *Conocida en el derecho romano, la ficción jurídica alcanzó su más alto nivel de teorización en el siglo XIV*: a) Derecho romano; b) La ficción jurídica en los siglos XIII y XIV. Paralelismo de la teoría de Bártolo de Saxoferrato sobre la ficción jurídica y el artificio jurídico que llamamos silencio administrativo. B) *Presunciones y ficciones en el Código de derecho canónico*: a) De cómo ante hechos inciertos el Código canónico «presume» cuál debe ser la solución; b) Hechos ciertos sobre los que el Código canónico construye «ficciones jurídicas». C) *La regla «Super incertum praesumitur; super certum fingitur» en el derecho positivo español*: a) «Super incertum praesumitur»; b) «Super certum fingitur». D) *El problema en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*. E) «Como si», realidad enmascarada, o, si se prefiere, metáfora: eso es la ficción jurídica. Y eso es lo que hay cuando la ley atribuye al silencio de la Administración un determinado sentido, sea éste positivo o negativo: a) Confusionismo de que hace gala la exposición de motivos de la Ley 4/1999; b) La ficción es un «como si»; c) Máscara y metáfora; d) De cómo el legislador español, metido indebidamente a hacer ciencia, acabó haciendo ciencia-ficción. 3. FICCIÓN JURÍDICA Y NO ACTO TÁCITO.—III. LA REGLA GENERAL DEL SILENCIO POSITIVO: UNA TRAMPA PARA INGENUOS ENMASCARADA BAJO EL EXHUBERANTE FOLLAJE DE UNA UTOPICA DINAMIZACIÓN (SIC) DE LA ACTUACIÓN FORMAL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS: 1. UNA ALFOMBRA DE RETÓRICA POPULISTA QUE RECUBRE UNA TRAMPA PARA EL PARTICULAR Y TAMBIÉN PARA LA ADMINISTRACIÓN: A) *La regla general del silencio positivo, ensayada ya bajo el régimen de Franco, y «resucitada» luego por la Ley 30/1992, ha sido asumida, con entusiasmo digno de mejor causa, por la Ley 4/*

1999. B) *No es necesario ni conveniente un cambio de paradigma; basta con restablecer la regla general del silencio negativo y seguir avanzando en la dirección que abrió la STC 5/1986.* C) *La trampa no está en el artículo 43 sino en el 63.1, letra f), en relación con el 102.* 2. EL RESULTADO DE LA ENCUESTA HECHA, EN SU DÍA, POR EL MINISTERIO PARA LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS, A RAÍZ DE LA PUBLICACIÓN DE LA LEY 30/1992, DEMOSTRÓ DE MANERA APLASTANTE QUE LA OPINIÓN DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS ERA FAVORABLE AL MANTENIMIENTO DE LA REGLA GENERAL DEL SILENCIO POSITIVO: ¿POR RUTINA O POR SENTIDO COMÚN? 3. LA REGLA GENERAL DEL SILENCIO POSITIVO ES TAMBIÉN DESACONSEJABLE POR LA ENORME VARIEDAD Y COMPLEJIDAD DE LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA. 4. LA UNIÓN EUROPEA NO HA RECOMENDADO NUNCA EL ESTABLECIMIENTO DE LA REGLA GENERAL DEL SILENCIO POSITIVO. LA RECOMENDACIÓN 90/246/CEE, DE 28 DE MAYO, DICE OTRA COSA.—IV. PATENTIZACIÓN DE LA SITUACIÓN DE CAOS EN LA QUE —EN PLENO DELIRIO DE PENSAMIENTO UTOPICO— NOS ESTAMOS HUNDIENDO: 1. «EL SUEÑO DE LA RAZÓN PRODUCE MONSTRUOS»: LA INDOMINABLE JUNGLA NORMATIVA DEFINIDORA DEL SENTIDO (NEGATIVO O POSITIVO) DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO. 2. ¿OPERA SIEMPRE DE MANERA AUTOMÁTICA O HAY CASOS EN QUE ES NECESARIO DENUNCIAR LA MORA?: A) *La regla general del automatismo.* B) *Necesidad de denuncia de mora para la obtención de licencias municipales.* 3. EL PROBLEMA DE LA EFICACIA DEL NUEVO ARTÍCULO 43, LRJPA: UNA DISPOSICIÓN TRANSITORIA —LA 1.ª DE LA LEY 4/1999— ESPECÍFICAMENTE REFERIDA AL SILENCIO ADMINISTRATIVO. 4. DEBER DE NOTIFICAR EL ACTO TERMINAL DENTRO DEL PLAZO MÁXIMO DE DURACIÓN DEL PROCEDIMIENTO: UN BARULLO NORMATIVO QUE SE HA TRATADO DE RESOLVER FINGIENDO (SIC) QUE LA NOTIFICACIÓN DEFECTUOSA Y LA MERAMENTE INTENTADA HAN SIDO CORRECTAMENTE PRACTICADAS.—V. FINAL: LAS COSAS SON, A VECES, DE TAL CARIZ, QUE LO SENSATO ES «REGRESAR» DEL PAÍS DE LA UTOPIA AL MUNDO DE LA REALIDAD.

REVUE DE DROIT UNIFORME

Número 1 (2001)

- «The New International Regimen Proposed by UNIDROIT as a Means of Safeguarding Rights in rem of the Holder of an Aircraft under Netherlands Law», por B. PATRICK HONNEBIER, pág. 5.
 «L'hypothèque d'aéronef en droit tunisien», por ABDESSATTAR KHOULDI, pág. 27.
 «Islamic Law as Governing Law under the Rome Convention. Universalist Lex Mercatoria v. Regional Unification of Law», por KILIAN BÄLZ, pág. 37.

REVISTA DE CIENCIAS JURIDICAS DE LA UNIVERSIDAD DE COSTA RICA

Número 93 (Septiembre-Diciembre 2000)

- «Los nuevos paradigmas y los derechos del concebido como persona. Anexo: voto 2306-00», por VÍCTOR PÉREZ VARGAS, pág. 9.
 «La sexta Ley de reforma del Código Penal de la República Federal de Alemania», por ALONSO SALAZAR, pág. 57.

- «La licitación internacional 1-98: contrato de gestión interesada de los servicios aeroportuarios prestados en el aeropuerto Juan Santamaría», por ANA VICTORIA BADILLA VILLANUEVA, pág. 75.
- «El testamento del *Rey del café*», por JORGE SÁENZ CARBONELL, pág. 91.
- «Constitución política, Estado de Derecho y convenciones colectivas», por JORGE ENRIQUE ROMERO-PÉREZ, pág. 103.

NOTICIAS DE LA UNION EUROPEA

Número 195 (Abril 2001)

- «Los procedimientos ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», por JOSÉ LUIS MARCUELLO MORENO, pág. 9.
- «El planteamiento de cuestiones prejudiciales por los Tribunales económico-administrativos y la deducción del IVA soportado antes del inicio de las operaciones gravadas», por IRMA JOHANNA MOSQUERA, pág. 23.
- «Los impuestos especiales de fabricación y la estructuración de la imposición sobre la energía en la Unión Europea», por CARLOS MARÍA LÓPEZ ESPADAFOR, pág. 31.
- «Comentario a la resolución del órgano de apelación de la Organización Mundial del Comercio en el asunto Estados Unidos-trato fiscal aplicado a las empresas de ventas en el extranjero», por MARCOS M. PASCUAL GONZÁLEZ, pág. 41.
- «La sentencia "Badeck" en el proceso de consolidación de las medidas de acción positiva. Comentario a la sentencia del TJUE, de 28 de marzo de 2000, Asunto C-158197», por ANGEL ARIAS DOMÍNGUEZ, pág. 49.
- «La política social de la Unión Europea», por MARÍA MERCEDES MARCUELLO MORENO, pág. 55.
- «Información ambiental: estadísticas ambientales y contabilidad ambiental en la Unión Europea», por GEMMA DURÁN ROMERO, pág. 67.
- «La sentencia «Centros»: el *status quaestionis* un año después», por FRANCISCO J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, pág. 79.

Número 196 (Mayo 2001)

- «Clases de ayudas de Estado: Subvenciones, medidas de tipo financiero y aportaciones de capital», por NURIA DÍAZ ABAD, pág. 7.
- «El Reglamento 659/1999 del Consejo, de 22 de marzo, normas de procedimiento en materia de ayudas públicas», por DEBORAH HEREDIA BENOT, pág. 17.
- «Los gastos fiscales y su consideración como ayudas de Estado en el ámbito comunitario», por MANUEL GONZÁLEZ SÁNCHEZ, pág. 35.
- «La devolución de las ayudas de Estado en el marco del Derecho Comunitario Europeo», por MAXIMINO I. LINARES GIL, pág. 45.
- «La política comunitaria de ayudas sectoriales», por JUAN PEDRO MARÍN ARRESE, pág. 55.
- «El concepto de ayuda de Estado y las normas tributarias: problemas de delimitación del ámbito de aplicación del artículo 87.1 TCE», por ADOLFO J. MARTÍN JIMÉNEZ, pág. 81.

- «Competencias del Juez nacional en materia de ayudas de Estado», por SANTIAGO ORTIZ VAAMONDE, pág. 117.
- «La legitimación activa de los particulares en los recursos en materia de ayudas públicas», por ROSARIO SILVA DE LAPUERTA, pág. 131.

Número 197 (Junio 2001)

- «El derecho de petición en la Unión Europea. Los sujetos pasivos del mismo: problema mal resuelto y aún abierto», por ISAAC IBÁÑEZ GARCÍA, pág. 9.
- «El Tribunal de Cuentas Europeo, una institución comunitaria de control», por VÍCTOR MANTECA VALDELANDE, pág. 21.
- «La reforma del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (16 de mayo de 2000)», por MARÍA JOSEFA RIDAURA MARTÍNEZ, pág. 41.
- «Las nuevas perspectivas financieras para el período 2000-2006», por EVA CARRASCO MORALES, pág. 49.
- «El Banco de España como parte integrante del SEBC: novedades en el Reglamento Interno del Banco de España aprobado por Resolución del Consejo de Gobierno del Banco de España, de 28 de marzo de 2000», por RAMÓN DE SANTILLÁN FRAILE, pág. 61.
- «Evolución del Estatuto Jurídico del medicamento en la Unión Europea hasta la actual codificación», por SUSANA ALBA ROMERO y MARÍA VICTORIA GUTIÉRREZ PÉREZ, pág. 73.
- «Los problemas de la oferta de transporte aéreo de viajeros y las nuevas aerolíneas», por SANTOS L. GIL IBÁÑEZ y SANTOS GIL CARRETERO, pág. 87.
- «Régimen del IVA aplicable a las adquisiciones de oro para inversión», por JORDI ANDREU SOLÉ ESTALELLA, pág. 103.