

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González Martínez

Año LXXVII • Julio-Agosto 2001 • Núm. 666

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

ESTUDIOS

«Efectos de la acción pauliana», por ANGEL CRISTÓBAL MONTES	1443
«El artículo 503 del Código Civil como posible excepción al principio <i>salva rerum substantia</i> en la regulación del usufructo», por MARISELA GONZÁLEZ LÓPEZ	1473
«La contratación internacional», por MANUEL MEDINA DE LEMUS	1501
«La anotación preventiva de embargo en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero: su eficacia en la determinación del alcance de la ejecución respecto de titulares registrales posteriores a ella», por RAFAEL ARNÁIZ RAMOS	1555
«Una reflexión personal sobre la función notarial en el tráfico sobre inmuebles. Su relación con las distintas modalidades de organización de la seguridad preventiva», por RAFAEL ARNÁIZ EGUREN.	1587

DICTAMENES Y NOTAS

«Alcance y valoración de las causas de separación matrimonial del artículo 82.5 y 6 del Código Civil», por AURELIA MARÍA ROMERO COLOMA	1625
«Los artículos 623 y 629 del Código Civil. Nueva propuesta de interpretación», por SANTIAGO JIMÉNEZ DÍAZ	1639

ACTUALIDAD JURIDICA

Información legislativa y de actividades, por LA REDACCIÓN	1655
--	------

JURISPRUDENCIA

I. Sentencias del Tribunal Constitucional, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	1663
--	------

II. Resoluciones de la Dirección General:

- A) Resoluciones publicadas en el *BOE*, por FERNANDO CURIEL LORENTE 1673
- B) Resoluciones comentadas, por JESÚS GONZÁLEZ GARCÍA, JESÚS CUÉLLAR MARÍN y JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA 1687

III. Sentencias del Tribunal Supremo:

1. Derecho Civil:

- b) Obligaciones y contratos, por JOSÉ QUESADA SEGURA, ISABEL DE LA IGLESIA MONJE e ISABEL MORATILLA GALÁN 1721
- c) Arrendamientos, por CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ 1740
- f) Responsabilidad civil, por JOSÉ MARÍA CORRAL GIJÓN, MARISELA GONZÁLEZ LÓPEZ, JUANA RUIZ JIMÉNEZ, TERESA SAN SEGUNDO MANUEL y LOURDES TEJEDOR MUÑOZ..... 1749

2. Derecho Mercantil, por RAMÓN SÁNCHEZ DE FRUTOS 1770

INFORMACION BIBLIOGRAFICA

- «Registro Mercantil y Derecho del comercio internacional», de RAFAEL ARENAS GARCÍA, por MARÍA DEL CARMEN CORRAL GIJÓN ... 1785
- «Algunas consideraciones sobre los cuatro recursos de amparo regulados por las Siete Partidas», de JOSÉ BARRAGÁN BARRAGÁN, por MARÍA DEL CARMEN CORRAL GIJÓN 1787
- «Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación», de R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, por CARLOS BALLUGERA 1789
- «Código de legislación inmobiliaria, hipotecaria y del Registro Mercantil», de JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS 1795
- «Inmatriculación. Reanudación del tracto sucesivo. Inscripción de excesos de cabida», de FERNANDO CURIEL LORENTE, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS 1798

REVISTA DE REVISTAS

- Por LA REDACCIÓN, comentarios de ISABEL DE LA IGLESIA MONJE 1801

ESTUDIOS

Efectos de la acción pauliana

1. INTRODUCCION

El acreedor que insta la acción revocatoria reacciona contra un acto dispositivo de su deudor que extrayendo bienes del patrimonio o impidiendo fraudulentamente la entrada en él, frustra la realización del crédito. Se trata de una acción personal que no persigue los bienes objeto de la enajenación, sino que se plantea contra determinadas personas, aquéllas concretamente que mediante su actuación negocial han irrogado perjuicio patrimonial al acreedor.

Como escribe DE CASTRO, el objetivo de la acción revocatoria es destruir la eficacia de un negocio jurídico, previa la demostración de su carácter fraudulento o lucrativo, y debilitada de esta manera la base de la adquisición, crear la obligación de devolver las cosas objeto de la revocación (1).

Aunque en la sentencia del Tribunal Supremo, de 22 de febrero de 1897, se afirmaba que «su acción sólo ha podido dirigirla, en primer término, contra el deudor o sus causahabientes jurídicamente obligados», lo cierto es que la acción pauliana implica un juicio en el que tiene que haber, al menos, dos demandados: el deudor y el tercero con el que dicho deudor concluyó el acto; por lo que dice bien la sentencia de 28 de febrero de 1905, cuando señala que la revocación de los actos fraudulentos «supone la necesidad de ejecutar (ejercitar) la acción contra los dos contratantes».

Ya se ha visto cómo el tercer adquirente debe conocer el perjuicio que mediante la enajenación se causa al acreedor, esto es, debe participar en el fraude, circunstancia que se obvia por la ley cuando se trate de un adquirente a título gratuito. En palabras del profesor LACRUZ, aun siendo el deudor de mala fe, basta que el adquirente lo sea de buena para que la enajenación resulte firme e inconvencible y no proceda la pauliana. En el caso de mala fe del deudor pero no del adquirente a título oneroso, lo único que cabría es una

(1) DE CASTRO, «La acción pauliana y la responsabilidad patrimonial. Estudio de los artículos 1.911 y 1.111 del Código Civil», en *Revista de Derecho Privado*, 1932, pág. 222.

acción de daños frente al propio deudor insolvente, a quien, precisamente por serlo, poco le importará la nueva reclamación, a menos que se formule bajo la forma de una querrela criminal por alzamiento de bienes (2).

Se trata, pues, de una operación triangular, de un supuesto en el que entran en juego tres sujetos: acreedor perjudicado, deudor enajenante y tercero adquirente. Supuesto que puede verse incrementado si ha tenido lugar un segundo acto dispositivo, en cuyo caso al nuevo adquirente se le aplican los mismos criterios y pautas que al primer adquirente.

A la hora, por tanto, de estudiar los efectos de la acción revocatoria, en cuanto a la misma la pone en marcha un acreedor defraudado que se dirige contra un deudor que ha realizado determinado acto dispositivo y contra un tercero que ha resultado adquirente en base al mismo, resulta natural que aquéllos deban contemplarse en la triple dirección de efectos respecto al deudor, efectos respecto a sus acreedores y efectos respecto a los terceros adquirentes. Es lo que vamos a hacer en las páginas siguientes.

2. EFECTOS EN RELACION AL DEUDOR

La acción revocatoria es una acción rescisoria y por tanto se enfrenta, en principio, a un acto dispositivo válido realizado por el deudor, en cuanto, según dispone el artículo 1.290 del Código Civil, «los contratos válidamente celebrados pueden rescindirse en los casos establecidos por la ley», y uno de esos casos es, precisamente, el de los contratos concluidos «en fraude de acreedores, cuando éstos no puedan de otro modo cobrar lo que se les deba» (art. 1.291.3.º del Código Civil).

Bajo el imperio del Código Civil italiano de 1865, algún autor había sostenido que la acción revocatoria triunfante provocaba la reintegración del patrimonio del deudor en el estado en que se encontraba antes de que se hubiera realizado el acto fraudulento, por lo que, como sostenía PACCHIONI, dicha acción servía para invalidar el acto de disposición realizado por el deudor. En su opinión, la doctrina de la ineficacia relativa no trata con equidad al tercero inmediato, que se encontrará mejor después de la anulación total que del anulamiento parcial o relativo. «La anulación total —escribe— crea una situación clara y precisa. El tercero inmediato se ve totalmente privado del bien adquirido, que retorna al patrimonio del deudor; pero deviene, al mismo tiempo, acreedor del deudor por el precio pagado, y podrá, por tanto, como acreedor dirigirse, en cuanto sea posible, contra el mismo» (3).

(2) LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho Civil*, II-1, Barcelona, 1985, pág. 343.

(3) PACCHIONI, *Delle obbligazioni in generale*, Padua, 1941, pág. 109 y sigs.

Con el vigente Código Civil italiano de 1942 la situación ha quedado clarificada, pues a tenor de su artículo 2.901, el acreedor puede pedir que «se declaren ineficaces respecto de él los actos de disposición del patrimonio por los cuales el deudor origine perjuicio a sus derechos». Por lo que queda claro que no estamos ante un supuesto de invalidez ni que a través de la acción revocatoria se persiga y obtenga la nulidad o anulación del acto dispositivo del deudor.

En nuestro Derecho Civil nunca ha habido dudas al respecto porque al ser la acción revocatoria una acción rescisoria, por imperativo legal (art. 1.291 del Código Civil) tiene que enfrentarse a un acto válido. El acto dispositivo fraudulento del deudor es un acto válido y eficaz que tan sólo sufrirá revocación en la medida que resulte imprescindible para satisfacer el interés del acreedor defraudado. Por tanto, la acción pauliana no importa anulación o declaración de nulidad del acto dispositivo, sino únicamente declaración de ineficacia de dicho acto y tan sólo frente al acreedor que la insta. Como dice MESSINEO, se trata de hacer declarar una ineficacia relativa, por efecto de la cual el acto dispositivo se hace inoponible al acreedor que impugna y queda neutralizado respecto a él, constituyendo, además, un caso de ineficacia sobrevenida.

No siendo, por tanto, acción dirigida a la invalidez del acto dispositivo, el éxito de la acción revocatoria no perjudica los efectos del mismo, salvo la limitada consecuencia de su ineficacia relativa. Además, si el acto fuese nulo o anulable, resultaría superfluo impugnarlo con la revocatoria; bastaría la acción de nulidad o, respectivamente, de anulación (4).

La doctrina española (DE CASTRO, ALBALADEJO, Díez-PICAZO, LACRUZ) es unánime en considerar que la acción revocatoria triunfante provoca la «ineficacia relativa» del acto dispositivo, y aunque no con la misma claridad, pero participando de la misma concepción, también la jurisprudencia (sentencias de 10 de diciembre de 1904, 27 de junio de 1907, 26 de marzo de 1923, 14 de marzo de 1932, 14 de junio de 1958, etc.).

Semejante relatividad de la ineficacia que depara demuestra con total claridad que no se trata de una acción de nulidad. Como dice el profesor LACRUZ, el Código Civil la coloca entre las rescisorias, pero se trata de una rescisión *sui generis*, instada por un tercero y no por un contratante; sin alcance frente al deudor que enajenó los bienes a un tercero de buena fe (falta del *consilium fraudis*), limitada a lo preciso para que cobre el acreedor demandante, sin participación de los otros acreedores; y evitable mediante el pago de la deuda y los daños y perjuicios (sentencia de 25 de junio de 1907). Todo lo cual aleja la acción igualmente del género de la nulidad; aparte de

(4) MESSINEO, *Manual de Derecho Civil y Comercial*, IV, Buenos Aires, 1955, pág. 158.

que cada acción puede transformarse en una de daños frente al adquirente de mala fe que no pueda restituir, por haber destruido la cosa o haberla vendido a un tercero (5).

Triunfante la acción revocatoria, la sentencia que pronuncie la ineficacia del acto dispositivo no hace entrar el bien en el patrimonio del deudor, ya que no se trata de una sentencia constitutiva con la finalidad de que la readquisición del bien por parte del deudor. Este no vuelve a ser propietario del bien enajenado, sino que tiene lugar una suerte de recomposición ficticia por la que se figura como si dicho bien no hubiera llegado a salir del patrimonio del deudor y que se reintegra al mismo tan sólo en relación al acreedor impugnante y en la medida del crédito defraudado.

Por lo que acierta ALBALADEJO al advertir que el efecto de la pauliana no es exactamente revocar el acto atacado, sino que éste no cuente frente al acreedor que la ejercita (6). Trátese tan sólo de dotar al acreedor de un título que le permita sujetar el bien a sus ulteriores acciones y para que pueda promoverlas frente a los terceros adquirentes, ya que, según establece el artículo 2.902 del *Codice Civile*, «el acreedor, obtenida la declaración de ineficacia, puede promover frente a los terceros adquirentes las acciones ejecutivas o conservativas sobre los bienes que constituyen objeto del acto impugnado».

La revocación del acto dispositivo del deudor simplemente produce una declaración de ineficacia del mismo, ineficacia que es del todo relativa, ya que el acto en cuestión, en cuanto válido, continúa teniendo la eficacia procedente y salvable tanto *inter partes* como *erga omnes*, hasta el punto de que el propio acreedor accionante en vía revocatoria no puede desconocer la enajenación efectuada, salvo en la medida en que la misma colida y dañe su derecho de crédito. Como dice NICOLÒ, a consecuencia de la revocación el acreedor persigue los bienes frente al tercero como si los mismos no hubieran salido del patrimonio del deudor, o, para ser más exactos, como si tuviese sobre ellos un derecho de persecución, cual el que tendría a su favor si los bienes se hallasen gravados por hipoteca (7).

No faltaron autores, alguno tan insigne como LAURENT, que sostuvieron que la acción revocatoria debía ser una acción de nulidad, alegando razones tan variadas como la de que el acreedor no podría obtener la plena reparación del daño si el acto fraudulento no fuese del todo revocado, la de que la acción revocatoria debe producir el efecto de que vuelvan los bienes enajenados al patrimonio del deudor, o la de que el tercero demandado, caso de no produ-

(5) LACRUZ BERDEJO, *Elementos...*, II-1, *op. cit.*, pág. 344, n. 13.

(6) ALBALADEJO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. Albaladejo, XV-1, Madrid, 1989, pág. 980.

(7) NICOLÒ, «Surrogatoria-revocatoria», en *Commentario al Codice civile a cura di Scialoja e Branca*, Roma-Bolonia, 1953, págs. 256-257.

cirse la nulidad del acto fraudulento, quedaría expuesto al peligro de nuevas demandas revocatorias por parte de otros acreedores también defraudados.

Débiles razones que cabe desmontar sin mayor esfuerzo, porque no se acierta a ver la necesidad de que la plena satisfacción del acreedor impugnante precise de que el acto dispositivo quede despojado de todo efecto, o de que los bienes enajenados tengan que retornar al patrimonio del deudor enajenante; y mucho menos cabe aceptar que en caso alguno mediante el ejercicio de sucesivas acciones revocatorias el tercero adquirente pueda ver comprometido su patrimonio más allá de lo que suponga el interés que fue objeto de su acto adquisitivo. Cuando se revoca el acto fraudulento, el objetivo es satisfacer el derecho del acreedor defraudado; por lo que una vez satisfecho el crédito, los restantes efectos del acto fraudulento permanecen firmes.

Admitidas estas circunstancias, se explica que tenga fácil respuesta la pregunta de si, una vez satisfecho el acreedor accionante, lo que reste de la cosa enajenada o de su valor deberá retornar al deudor o permanecer en poder del tercero adquirente. Al no tratarse de una acción de nulidad, sino de ineficacia relativa o parcial, resulta natural que las cosas queden, tras el resarcimiento del acreedor, en la misma situación en que se encontraban, salvo las detracciones precisas para que tenga lugar la indemnidad de dicho acreedor, por lo que el tercero adquirente demandado, aunque haya actuado de mala fe, no puede quedar obligado a una restitución superior a la estrictamente precisa para pagar al acreedor.

Cabe todavía otra interrogante. El tercero adquirente que resulte condenado a entregar al acreedor la cosa enajenada o a pagar su valor, ¿podrá posteriormente dirigirse contra el deudor demandando resarcimiento de daños y perjuicios? Parece que habrá que distinguir según se trate de adquisición a título oneroso o de adquisición a título gratuito.

Habida cuenta de que la revocación no procede cuando el tercero adquirente a título oneroso haya actuado de buena fe (art. 1.295 del Código Civil), esto es, que necesariamente para que el mismo se vea despojado de la cosa adquirida ha de haber actuado fraudulentamente o de mala fe, parece razonable considerar que resultaría desproporcionado e injusto que dicho tercero pudiera obtener del deudor la indemnización de los daños y perjuicios sufridos, porque ello equivaldría a premiar o privilegiar su mala fe.

¿Y respecto al reembolso del precio pagado por el tercero adquirente? Discutieron los autores del *ius commune* sobre el derecho del comprador a obtener el reembolso del precio por parte del vendedor, caso de que conociera el peligro de evicción. Así, mientras BARTOLO y ACCURSIO se lo negaban en principio, CUJACIO y posteriormente POTHIER consideraron que el comprador sólo perdía semejante derecho cuando se diese la doble circunstancia de que el mismo hubiera renunciado expresamente a la garantía por evicción y de que conociese el peligro de ésta en el momento mismo en que concluía el

contrato y comprase, por tanto, con riesgo. Esta es la postura que mantuvieron los Códigos Civiles, y así, por ejemplo, a tenor del artículo 1.477 del nuestro, «cuando el comprador hubiese renunciado el derecho al saneamiento para el caso de evicción, llegado que sea éste, deberá el vendedor entregar únicamente el precio que tuviera la cosa vendida al tiempo de la evicción, a no ser que el comprador hubiese hecho la renuncia con conocimiento de los riesgos de la evicción y sometiéndose a sus consecuencias».

Como dirán, por tanto, MAIERINI y GIORGI, el tercero adquirente de mala fe evicto por el acreedor tendrá derecho a obtener del *fraudator* el reembolso del precio, cuantas veces las circunstancias del hecho no convenzan de que él, además de conocer la probabilidad de sufrir la evicción, quiso comprar a riesgo y peligro (8).

Tratándose de un tercero adquirente a título gratuito parece que no cabrá considerar derecho alguno a favor del mismo cuando tenga lugar la revocación del acto fraudulento y, por ende, la pérdida de la cosa por él adquirida lucrativamente. Como establece el artículo 638 del Código Civil, el donante «no queda obligado al saneamiento de las cosas donadas, salvo si la donación fuese onerosa, en cuyo caso responderá el donante de la evicción hasta la concurrencia del gravamen».

3. EFECTOS EN RELACION A LOS ACREEDORES

La acción revocatoria es un remedio abierto a todo acreedor defraudado, por lo que es obvio que la misma puede ser ejercitada conjuntamente por ellos o que unos acreedores hagan intervención voluntaria en el juicio de revocación instado por otro u otros.

Mas se trata de una acción individual que favorece a los concretos acreedores en la medida en que se acojan a ella, y, en consecuencia, se resuelve en beneficio exclusivo del acreedor que la ejercita, sin que, en principio, depare resultados favorables ni en relación a los acreedores que no intervinieron ni en relación al deudor.

Sin embargo, para llegar a esta conclusión ha habido que recorrer un largo y dificultoso camino, porque no siempre se ha entendido que la revocación obtenida por uno de los acreedores defraudados no debía aprovechar a los que no tomaron parte en el juicio ni que los acreedores no actuantes no pudiesen incidir sobre el objeto del acto impugnado, sea para obligar al actor al pago, sea para obligar al tercero, en cuyo poder quedase alguna ganancia, a permitir su concurrencia hasta donde admita posibilidad el pago.

(8) GIORGI, *Teoría de las obligaciones en el Derecho moderno*, II, Madrid, 1909, pág. 395.

No hay referencia expresa en el Derecho romano ni tampoco fue tratado el punto por los doctores del Derecho intermedio. Unicamente VULTEYO defendió que la revocación del acto dispositivo fraudulento aprovechaba indistintamente a todos los acreedores e incluso al mismo deudor.

MAIERINI considera que esta opinión es la consecuencia de una premisa errónea, la de estimar que la acción pauliana es una acción real. Si realmente los acreedores reclamasen la cosa fraudulentamente enajenada como si todavía perteneciese al deudor, debería admitirse también que, satisfechos dichos acreedores, el resto debería restituirse al deudor que habría conservado la propiedad de la cosa. Mas como se trata de su acción personal, se entiende que sus efectos se circunscriban al adquirente y a los acreedores defraudados que acuden a ella, sin que quepa extenderlos al *fraudator*, que permanece totalmente extraño al evento.

Sobre la base de distintos textos de ULPiano, MAIERINI considera que acreedores defraudados son exclusivamente los acreedores anteriores al acto impugnado y que los acreedores posteriores no puedan aprovecharse de la revocación porque frente a ellos el acto es perfectamente válido, por lo que si el valor de la cosa fraudulentamente enajenada excede el monto de los créditos que promueven la acción pauliana, el residuo deberá ser restituido al adquirente, sin que los acreedores posteriores a la enajenación puedan plantear reclamo alguno.

Dos conclusiones, pues. Una, que la revocación de los actos fraudulentos se admite limitadamente al interés del acreedor o de los acreedores perjudicados por el acto mismo. Y dos, que los acreedores no perjudicados, esto es, los acreedores posteriores, no tienen derecho a participar en las ventajas derivadas de la revocación obtenida (9).

La doctrina clásica se dividió profundamente al respecto. SOLON, MARCADDÉ, PONT, MASSÉ Y VERGÉ, COLMET DE SANTERRE y LAURENT consideraron que los efectos de la acción revocatoria se extendían también a los acreedores que no habían participado en el juicio, de manera tal que, triunfante la acción revocatoria, la consecuencia es la de colocar el bien enajenado en el patrimonio del *fraudator*, al objeto de que sobre el mismo puedan concurrir todos los acreedores, actuantes y no actuantes, anteriores y posteriores.

Para CHARDON, LAROMBIÈRE y DELSON, los efectos beneficiosos de la acción revocatoria triunfante sirven tan sólo a los acreedores anteriores al acto enajenatorio fraudulento, pero no a los posteriores.

En fin, según el parecer de CAPMAS, MOURLON, PROUDHON, AUBRY y RAU, DEMOLOMBE, NAQUET, ROME, PACIFICI-MAZZONI y MAIERINI se niega a los acreedores que estando en condiciones de ejercitar la acción revocatoria no parti-

(9) MAIERINI, *Della revoca degli atti fraudolenti fatti dal debitore in pregiudizio dei creditori*, Florencia, 1921, pág. 391 y sigs.

ciparon en el juicio la posibilidad de beneficiarse de los efectos de la misma y, desde luego, la exclusión alcanza con mayor fuerza si cabe a los acreedores posteriores.

Este es el criterio que acoge GIORGI. En su opinión, demostrado que el efecto de la acción pauliana no es el de revocar el acto en sentido absoluto y excluido de la misma el carácter de acción de nulidad, falta base a los sistemas que pretenden extender las ventajas de la revocación a los acreedores que no intervinieron en el juicio. La revocación se pronunció en favor del actor solamente, y para el único objeto de que éste consiguiese el pago. La cosa juzgada *aliis non prodest*. ¿Qué queda, por tanto? El derecho sólo, en los demás acreedores defraudados, de ejercitar por su cuenta la revocatoria, si quedó alguna diferencia en poder del tercero adquirente.

No cabe oponer a ello que de tal modo se concede un privilegio al acreedor que promueve la acción pauliana, porque privilegio es tanto como preferencia y supone concurso de acreedores, mientras que en la hipótesis que se contempla falta precisamente el concurso porque ningún otro acreedor hace acto de presencia. Tampoco sirve considerar que el acreedor actor en la revocación representa a los acreedores del *fraudator*, porque la representación puede ser convencional o legal, y aquí falta tanto una como la otra.

Si todo esto cabe decir en relación a los acreedores anteriores que no participaron en el juicio de revocación, ¿qué no cabrá decir respecto a los posteriores? Según GIORGI, después de negar el derecho de ejercitar la acción pauliana a los acreedores posteriores, porque no han sido defraudados, no se comprende que se pueda sostener que les puede aprovechar el resultado cuando se ejerce legítimamente por otros. Supongamos, dice, que alguno de los posteriores tenga un título de preferencia; el acreedor defraudado deberá resignarse a ver cómo desaparece el fruto de la revocación conseguida en beneficio de un acreedor que no hubiera podido pedirla. Contra la iniquidad de este resultado, con razón exclama ROME con el poeta latino: *sic vos non vobis* (10).

En nuestra doctrina, sólo DE CASTRO se ha ocupado del punto, considerando que la respuesta a la interrogante, ¿la revocación conseguida por uno de los acreedores defraudados, aprovecha a los demás acreedores del deudor?, es distinta según la idea que se tenga sobre la naturaleza de la acción revocatoria. Si se considera que es acción de nulidad absoluta, como el objeto vuelve al patrimonio del deudor, resulta inexcusable que concurren en él todos los acreedores, según contempla el artículo 1.911 del Código Civil. Si se acepta, en cambio, la de la ineficacia relativa, sólo tendrán derecho al objeto impugnado los que con el impugnante hayan ejercitado la misma acción.

Por tanto, en el Derecho español, que declara la ineficacia relativa del acto, los acreedores que no hayan ejercitado la acción revocatoria no podrán

(10) GIORGI, *Teoría de las obligaciones...*, II, *op. cit.*, pág. 397 y sigs.

aprovecharse de ella, y mucho menos los acreedores posteriores al nacimiento de la acción (11).

Difícilmente cabe pensar de otra manera. Cuando un deudor realiza un acto dispositivo fraudulento es obvio que todos los que son acreedores en este momento pueden acudir al remedio de la acción revocatoria, porque todos resultan afectados por la insolvencia o aumento de insolvencia sobrevenida. Ahora bien, resulta que es uno de ellos el que ejercita la acción pauliana atacando la eficacia del acto dispositivo realizado por el deudor. ¿Qué ocurre?

Si el acto enajenatorio fuese destruido retroactivamente mediante la declaración de su nulidad o el pronunciamiento de su anulabilidad, el bien enajenado retornaría al patrimonio del deudor, y una vez en él podrían concurrir sobre el mismo todos los acreedores al calor de los principios de la responsabilidad patrimonial universal y de la *par condicio creditorum*.

Pero no ocurre esto, sino que triunfante la acción revocatoria, el acto sólo resulta ineficaz en relación al acreedor que la ha ejercitado y en la medida del monto de su crédito. Se trata, como dice MESSINEO, de una ineficacia relativa (y parcial), por efecto de la cual el acto de disposición se hace inoponible al acreedor que insta la acción y queda neutralizado respecto a él (12). Por tanto, lo que reste del bien enajenado o de su valor, una vez satisfecho el crédito actuante, ni retorna al patrimonio del deudor, ni queda, por ende, sujeto a la reclamación de los demás acreedores no actuantes, sino que permanece en poder del tercero adquirente.

¿En base a qué legitimación podrían actuar los acreedores que no se acogieran a la acción revocatoria? ¿Cómo participar en un resultado a cuya producción no han coadyuvado? ¿Cómo incidir sobre el patrimonio del tercero adquirente cuando no son sus acreedores? Pretender que ejercitada con éxito la acción revocatoria, el objeto del acto fraudulento queda a disposición de todos los acreedores del *fraudator* anteriores al acto, con independencia de que hayan actuado o no la acción, conduce a una situación que no tiene dogmáticamente respuesta convincente.

Desde luego que ello no supone privilegiar respecto a los demás al acreedor que logra cobrar porque acudió al ejercicio de la acción revocatoria. Si alcanza a realizar su crédito no es porque se le dote de una causa legítima de preferencia que conduzca a dicho resultado, sino por una elemental e inocua razón: ha sido diligente, ha actuado frente al acto fraudulento de su deudor, ha acudido al remedio revocatorio para neutralizar los efectos negativos del mismo, y ello tiene una recompensa. Pero recompensa que ni transmuta el crédito ni lo coloca en una posición que antes no tuviera, sino que tan sólo

(11) DE CASTRO, «La acción pauliana...», *loc. cit.*, pág. 226.

(12) MESSINEO, *Manual...*, IV, *op. cit.*, pág. 158.

consiste que en relación al acreedor actuante dejan de ser eficaces los efectos del acto dispositivo consumado por el deudor.

Si se alegrara que puede haber otros acreedores distintos del accionante que podrían tener un crédito preferencial y que semejante circunstancia quedaría desvirtuada si el último lograra cobrar en base a la acción revocatoria y no lo consiguiesen los primeros, debería contestarse que a nadie sino a ellos mismos sería imputable semejante circunstancia, ya que pudiendo ejercitarla también no lo hicieron y pudiendo sumarse al procedimiento iniciado por el revocante tampoco lo intentaron, por lo que mal cabría atender una reclamación que sólo se formula en atención a la desidia de los reclamantes: *vigilantibus, non dormientibus...*

El acreedor que intenta y triunfa con la acción revocatoria, ni resulta privilegiado, ni obtiene ninguna calificación legal especial de su derecho. Su crédito sigue siendo el mismo, y tanto interna como externamente en nada ha cambiado su caracterización y consistencia. Lo que sucede es que su preocupación e interés le han llevado a acogerse a un remedio que tiene unos particulares efectos positivos a favor del acreedor que acude a él, y esos efectos, estrictamente relativos y circunscritos a las partes, no pueden extenderse a quienes no se vieron adornados de similar preocupación, ni siquiera aunque tuvieran a su favor una causa legítima de preferencia.

¿Es ello injusto o trastorna el sistema legal de prelación de créditos? De ninguna manera. Una cosa es que concurriendo sobre un mismo deudor diversos acreedores, la ley disponga a cuál de ellos se le ha de pagar preferentemente y otra, particularmente diferente, que uno de tales acreedores reaccione contra los actos dispositivos fraudulentos del deudor y obtenga, en relación estricta a su reclamación, la revocación de los mismos. En tal supuesto, es obvio que lo que suceda sólo con él deba guardar relación y que los demás acreedores nada pueden alegar frente al que actuó con una previsión y diligencia que ellos no tuvieron.

El crédito actuante en vía revocatoria no ha adquirido ninguna fuerza especial, ni resulta modificada su colocación en el cuadro general de créditos existentes frente al deudor. Lo único que sucede es que a su favor se ha puesto en funcionamiento un mecanismo que, abierto a todos, sólo él ha determinado impulsar. Como bien dice GIORGI, privilegio es tanto como preferencia, y supone concurso de más acreedores, mientras que en la hipótesis que se contempla falta precisamente el concurso, porque ningún otro se presenta: comparezcan los demás acreedores defraudados en tiempo debido y tendrán derecho a una parte (13).

Tampoco cabe considerar ese pensamiento tan caro a cierto sector de la doctrina francesa del mandato o la representación recíproca entre los distintos

(13) GIORGI, *Teoría de las obligaciones...*, II, *op. cit.*, pág. 399.

acreedores de un deudor insolvente, a cuyo calor cuando un obligado realizase un acto dispositivo fraudulento, su comisión determinaría la existencia de una suerte de apoderamiento mutuo entre sus acreedores, de manera tal que bastaría que uno solo de ellos actuase en vía revocatoria para que los efectos propios de la misma se produjeran no sólo en relación al accionante sino en relación a todos los que permanecieron pasivos.

Una suerte de comunidad de intereses, una forma singular y anómala de comandita de afectados, una manera de sociedad fáctica pondría en relación y vincularía a todos los acreedores de *fraudator*, de modo tal que, realizado un acto dispositivo fraudulento, en cuanto existe igualdad de intereses e identidad del daño irrogado, sería indiferente quién actuase y bastaría con que cualquiera de los acreedores afectados acudiese al ejercicio de la acción pauliana para que sus beneficiosos efectos se derramasen sobre todos.

Se trata de una mera idealización. No existe semejante colectivo ni comunidad de intereses jurídicos que legitime y explique unas consecuencias como las que se comentan. Cada acreedor es dueño de su interés y en él comienza y acaba su relación con el deudor; puede desconocer perfectamente la existencia de otros créditos, y aunque los conozca, ello no tiene por qué condicionar en modo alguno su actuación en vía revocatoria.

Cuando acude a ella, nadie puede considerar ni presumir que está actuando como mandatado por los demás acreedores, porque semejante percepción se aleja de lo que realmente está ocurriendo. El acreedor que acciona la pauliana busca de manera exclusiva su interés, se margina por completo de cualquier preocupación por el colectivo de acreedores y nada más lejos de su ánimo que considerar que está abogando por otros titulares de crédito que no han entrado en relación con él y que probablemente desconozca.

Claro que podría haber sido mandatado por ellos, pero ése no es el caso. La realidad es que actúa *proprio nomine*, y, en consecuencia, los efectos del proceso que desencadena no tienen por qué incidir en esferas jurídicas distintas de la suya. Resultaría paradójico y chocante que, preocupado por las resultas que en relación a su crédito pueda tener el acto dispositivo fraudulento del deudor, viniese a procurar que su acción sirviera para atender el interés de todos aquellos que han permanecido inermes, en base a entender que ha actuado como *procurator* de los mismos. El Derecho civil, «sistema del egoísmo disciplinado», en genial concepto de IHERING en relación al Derecho romano, no suele hacer ese tipo de concesiones, ni alcanza a tener una visión tan altruista y desinteresada de las cosas.

Por lo demás, la idea de la representación en el acreedor actuante en vía pauliana tropezaría siempre con el insalvable obstáculo de que no se encontraría la forma de asentar y justificar semejante representación. No sería convencional, porque *a priori* se descarta una caracterización de esta suerte, ni podría ser tampoco legal, ya que con toda evidencia falta el precepto que

establezca que el acreedor que ejercita en su propio nombre la acción revocatoria lo hace también en nombre y representación de los demás acreedores.

Si los efectos de la acción revocatoria triunfante no alcanzan a los acreedores anteriores al acto dispositivo fraudulento que no se acogieron a la misma, quedan excluidos con toda evidencia en relación a los acreedores posteriores a dicho acto. Estos, cuando adquieren la condición de tales, se encuentran ya con una situación patrimonial que ha sido conformada con anterioridad.

Resultan acreedores de una persona que ya es insolvente y, por tanto, mal podrán alegar el *eventus damni* para intentar poner en marcha el mecanismo revocatorio. Ellos no pueden ser sujetos activos de la acción pauliana, sencillamente porque no han sido defraudados.

Ahora bien, sería por completo extraño y chocante que no estando legitimados para el ejercicio del recurso revocatorio pudiesen pretender que los efectos del mismo llegasen hasta ellos y participasen junto al accionante en la satisfacción de sus derechos con cargo a los bienes que fueron objeto del acto de disposición. Sería algo así como un premio extraordinario y extravagante en base a no se sabe bien qué clase de situación jurídica, porque resulta de todo punto ilógico que quienes no pueden acudir a la acción pauliana puedan, en cambio, beneficiarse de sus efectos.

Todavía hay un último punto a considerar en la materia que estamos tratando. El acreedor que ha acudido a la acción revocatoria y ha triunfado en su ejercicio puede tropezarse a la hora de intentar hacer efectivo su crédito con el hecho de la presencia de los acreedores personales del tercero adquirente. En relación al bien que constituyó el objeto del acto dispositivo fraudulento, ¿podrá imaginar a dichos acreedores e incidir él sólo sobre el mismo?

La respuesta parece que, en principio, debe ser afirmativa. La acción revocatoria consigue la declaración de ineficacia del acto dispositivo frente al acreedor que la insta, y ello supone que la adquisición realizada por el tercero se le sustrae patrimonialmente en la medida y manera que sean precisas para satisfacer el derecho del acreedor actuante. Siendo esto así, no se alcanza a ver la razón por la que los acreedores personales del tercero adquirente podrían pretender hacer efectivos sus derechos en relación a un bien que se sustrae total o parcialmente de la esfera patrimonial de su deudor. Como escribe DE CASTRO, si el negocio jurídico se declara ineficaz frente al tercero, sus acreedores no tienen ningún derecho sobre la cosa cuya revocación se obtiene, y no pueden concursar con el impugnante (14).

GIORGI se plantea la cuestión de qué ocurrirá si el tercero demandado no es solvente, de manera que el actor que obra en revocación se encuentra en concurrencia con los acreedores propios de este último, ¿tendrá algún título

(14) DE CASTRO, «La acción pauliana...», *loc. cit.*, pág. 225.

de preferencia con que los venza? Estima que debe distinguirse si el acto revocado tenía por objeto cuerpos ciertos y determinados que todavía se encuentran en el patrimonio del demandado, o bien géneros o cantidades que no se pueden individualmente reconocer, o cuerpos ciertos y determinados que luego se hayan dispersado.

En este último supuesto estima que la cuestión debe resolverse negativamente, porque no se puede imaginar de qué título de prelación se puede jactar el acreedor. En relación al caso de que los bienes objeto del acto impugnado sean cuerpos ciertos y determinados todavía reconocibles en el patrimonio del tercero demandado, la cuestión depende de la naturaleza del derecho que ostente el acreedor que acciona en revocatoria, pues si se trata de acreedor hipotecario y privilegiado sobre los bienes que formen el objeto de la revocatoria, no debe haber duda alguna de que le corresponde preferencia en el cobro. Fuera de este caso, el parecer de GIORGI es que el acreedor no puede sustraer los bienes al concurso de los acreedores propios del tercero, porque no es propietario de ellos, ni puede alegar título de preferencia sobre los mismos (15).

No creo que sea ése el planteamiento correcto. Cuando frente a un tercero adquirente triunfa la acción revocatoria intentada respecto al acto dispositivo del deudor por un acreedor suyo, la ineficacia relativa y parcial de dicho acto dispositivo significa que el bien objeto del mismo queda fuera, en la medida precisa, de la masa patrimonial del tercero adquirente, por la sencilla razón de que la sentencia judicial le priva del título que justificaba su adquisición.

Ahora bien, si queda fuera de la masa patrimonial de dicho tercero adquirente, no se alcanza a ver la razón por la que el acreedor actuante en revocatoria se va a ver involucrado negativamente en un concurso en el que no tiene por qué estar presente ni ser equiparado o comparado con los sujetos que forman parte del mismo: los acreedores del tercero adquirente.

Ciertamente que el acreedor que acudió a la acción revocatoria no es propietario del bien enajenado ni puede alegar título de preferencia sobre el mismo, pero es que no lo necesita. El no es acreedor del tercero adquirente sino del deudor enajenante, y, por tanto, no puede formar parte del concurso de acreedores relativo al primero, no tiene por qué sufrir limitación alguna en su derecho, habida cuenta de que la ineficacia del acto fraudulento sustrae el objeto del mismo de la masa concursal.

Obvio que si el acreedor demandante fuera acreedor hipotecario en relación al bien enajenado puede perseguir éste en manos de quién esté, pero esto poco o nada tiene que ver con la acción revocatoria.

El supuesto se plantea cuando, careciendo dicho acreedor de derecho de preferencia alguna respecto al bien adquirido por el tercero, se pretende que

(15) GIORGI, *Teoría de las obligaciones*..., II, *op. cit.*, págs. 400-401.

habida cuenta de la insolvencia de este último debe quedar incluido en el conjunto de acreedores propios del mismo. Ahí está el error, porque ello nunca puede ocurrir, tanto porque él no es acreedor del tercero adquirente, como porque la ineficacia declarada del acto fraudulento sustrae el bien adquirido de la masa del concurso.

DE CASTRO advierte que si el objeto adquirido está en poder legalmente de una tercera persona de buena fe, o por cualquier otra causa no puede ser restituido, nace una nueva obligación de indemnizar daños y perjuicios; y si el objeto es fungible (sobre todo dinero) y pierde su individualidad, habrá sólo un derecho a reclamar una cantidad igual. Pues bien, estima que en ambos casos existe una obligación personal que debe estar sometida a las reglas del concurso (16).

Por las mismas razones aducidas, considero que tampoco este planteamiento es admisible. Cuando en aplicación del artículo 1.298 del Código Civil, el tercero adquirente de mala fe se ve obligado a indemnizar al acreedor actuante los daños y perjuicios que la enajenación le haya ocasionado, y cuando por tratarse de un bien fungible la cosa adquirida se haya diluido en el patrimonio del adquirente, la situación no cambia en nada. El acreedor que acciona en vía pauliana, ocurra lo que ocurra con el bien enajenado fraudulentamente, nunca pasará a ser acreedor de quien adquirió dicho bien, y el ejercicio triunfante de la acción determina que tengan que deshacerse en la medida procedente los efectos patrimonialmente adversos para el acreedor del acto dispositivo impugnado. Siendo esto así y estando absolutamente vedada la posibilidad de que por la especial naturaleza del objeto del acto dispositivo pueda mutarse la situación jurídica que se contempla, no se adivina por qué vía ni de qué manera el acreedor actuante en revocatoria puede quedar sometido a las reglas del concurso.

4. EFECTOS EN RELACION A LOS TERCEROS ADQUIRENTES

Como ya se ha visto, la acción revocatoria se pone en funcionamiento cuando ha tenido lugar un acto dispositivo fraudulento del deudor y, de ordinario, tiene que dirigirse contra el tercero que ha resultado adquirente en base al mismo. El bien ha salido del patrimonio del deudor enajenante y se quiere tratar la situación como si tal salida no hubiera tenido lugar, al objeto de procurar la satisfacción del derecho del acreedor accionante.

Luego viene todo aquello, también visto, de que tratándose de adquirente a título oneroso debe haber sido conocedor del daño que la disposición irrogaba a los acreedores (*particeps fraudis*), o de que basta que sea a título

(16) DE CASTRO, «La acción pauliana...», *loc. cit.*, pág. 225.

gratuito para que pueda declararse la ineficacia relativa del acto dispositivo. Pero, en cualquier caso, lo cierto es que el tercero adquirente afectado por la acción revocatoria, no sólo se coloca en primer plano, sino que es el que recibe el impacto primario y determinante de la misma. El ve cómo su adquisición se desmorona, pierde consistencia y fuerza en la medida en que sea preciso rebajar su entidad para atender al crédito triunfante en vía revocatoria.

Es la parte más dramática de la situación planteada, ya que, como escribe DE CASTRO, el máximo efecto de la revocación se produce contra el tercero adquirente, a pesar de tener un título adquisitivo legítimo y de estar dotado de una aparente firmísima posición jurídica, pues se pone de manifiesto la debilidad inicial de ese acto y llega hasta quedar obligado a devolver lo adquirido (17).

Apoyándose en que en Derecho Civil español las acciones rescisorias (la revocatoria lo es) tienen carácter subsidiario y no pueden, por ende, ejercitarse más que en el caso en que el perjudicado carezca de todo otro recurso legal para obtener la reparación del perjuicio (art. 1.294 del Código Civil), el mismo profesor DE CASTRO advierte que la acción revocatoria podrá ser detenida por el pago, hecho por el tercero, de la deuda de su transmitente (arts. 1.158 y 1.176 del Código Civil), en cuanto por su través se procura la reparación del perjuicio ocasionado al acreedor.

Así es en teoría. El adquirente, como cualquier otra persona, puede acudir a la satisfacción del débito que soporta el deudor enajenante fraudulento, y, como es natural, satisfecho el crédito del acreedor que ha acudido a la impugnación del acto, la acción revocatoria carecerá de justificación, pues habrá desaparecido uno de sus presupuestos: la existencia de un crédito insatisfecho puesto en peligro por el acto dispositivo.

En la realidad, las cosas ocurrirán de otra manera. Salvo el supuesto extremo y prescindible de que el tercero adquirente, por no perder el bien adquirido, esté dispuesto a los mayores sacrificios e inconvenientes, lo ordinario será que el mismo no se plantee en supuesto alguno el pago de la deuda del enajenante, porque en tal caso su pérdida sería por partida doble, al menos en las adquisiciones onerosas, ya que no podría rescatar su contraprestación, ni operarían a su favor, *de facto*, ninguna de las hipótesis que los artículos 1.158 y 1.159 del Código Civil contemplan en relación al pago del tercero, pues no debe olvidarse que nos hallamos ante un supuesto en el que la revocación se produce precisamente porque el deudor es insolvente. ¿Qué significarían para el tercero que pagase la deuda los mecanismos de la subrogación en el crédito, derecho de reembolso o posibilidad de repetir aquello en que el pago le haya sido útil al deudor? Absolutamente nada.

(17) *Ibid.*

Pero distingamos según que el tercero adquirente lo sea de mala o de buena fe. Si el adquirente lo es de mala fe (*consciūs fraudis*), no sólo deberá devolver el bien, sino además todos los frutos percibidos y los que el poseedor legítimo hubiera podido percibir (art. 455 del Código Civil). Respecto a los gastos, sólo tendrá derecho a ser reintegrado de los gastos necesarios hechos para la conservación de la cosa (arts. 453 y 455 del Código Civil). En relación a los daños sufridos por la cosa, el adquirente de mala fe, en cuanto poseedor de mala fe de la misma, responderá del deterioro o pérdida en todo caso, y aun de los ocasionados por fuerza mayor cuando maliciosamente haya retrasado la entrega de la cosa a su poseedor legítimo (art. 457 del Código Civil).

Se pregunta GIORGI si tratándose de un acto a título oneroso tendrá o no derecho el tercero a que se le reembolse por el acreedor todo aquello que empleó en el patrimonio del *fraudator*, por ejemplo, la restitución del precio. Si el precio no existe ya en el patrimonio del deudor no cabe dudar de la respuesta negativa, pues el demandado debe resarcir todo el daño del acreedor hasta la concurrencia de aquello que constituya materia del acto revocable y el daño del acreedor no queda ciertamente disminuido por una prestación que no existe ya *in bonis fraudatoris*.

Si la contraprestación se encuentra en el patrimonio del *fraudator*, aunque existió fuerte discusión en la doctrina clásica e incluso en el propio Derecho romano (PRÓCULO defendió la negativa y VENULEYO la afirmativa), GIORGI considera que también debe imponerse la respuesta denegatoria, porque la obligación de restituir al tercero demandado el precio existente *in bonis fraudatoris* no puede tener otro fundamento que impedir una injusta ganancia, en daño del tercero mismo, por parte del acreedor, que se aprovecharía del precio y de los bienes, pero semejante injusta ganancia se impide siempre con la excusión que el acreedor debe anteceder al ejercicio de la acción pauliana (18).

En realidad, se trata de una discusión ociosa, al menos en nuestro Derecho Civil. En efecto, la acción revocatoria, en cuanto rescisoria que es, «obliga a la devolución de las cosas que fueron objeto del contrato con sus frutos, y del precio con sus intereses» (art. 1.295 del Código Civil), y, en consecuencia, el tercero que se vea obligado a devolver el bien adquirido, tendrá derecho a que se le reintegre también el precio satisfecho por él mismo o, en general, la contraprestación efectuada por su parte.

Pero en la acción revocatoria estamos en presencia de una acción rescisoria *sui generis*, porque tratándose de acto dispositivo a título oneroso, el tercero adquirente debe haber incurrido en fraude, ser de mala fe; y ello significará en la generalidad de los supuestos que su contraprestación será

(18) GIORGI, *Teoría de las obligaciones...*, II, *op. cit.*, págs. 381 y sigs.

irrisoria en relación al valor del bien que haya recibido del deudor enajenante, por lo que su hipotética restitución carecerá normalmente de sentido.

Ahora bien, supongamos que la contraprestación del tercero tenga cierta entidad y además se mantenga *in natura* en el patrimonio del deudor. Lo primero que debe advertirse en este supuesto es que si el bien que el acreedor impugnante espera recuperar mediante el ejercicio de la acción revocatoria vale aproximadamente lo mismo que lo que obra todavía en el patrimonio del deudor, difícilmente acometerá la empresa de la revocación, porque en poco o nada vería mejorada su situación y debería soportar las molestias, tardanzas y gastos de un pleito.

Pero supongamos que lo intenta, ¿tendrá derecho el tercero adquirente a la restitución de la prestación que en su momento cumplió? Si nos atuviésemos a los estrictos términos del artículo 1.295 del Código Civil, parece que debería contestarse afirmativamente. No pienso, empero, que ésa sea la respuesta adecuada, porque estamos frente a un adquirente de mala fe, frente a un cómplice en el fraude, y sería injusto que condenado a la devolución de los bienes fraudulentamente adquiridos pudiera reclamar, por ejemplo, lo que pagó por ellos. Parece ser que el mínimo castigo patrimonial que debe tener su torcido comportamiento ha de consistir, al menos, en que pierda aquello que entregó a cambio de los bienes malhabidos.

El tercero adquirente, conocedor del daño que su adquisición irroga a los acreedores del enajenante, no puede pretender, porque ello pugnaría con los dictados más elementales de la justicia, quedar indemne cuando el triunfo de la acción pauliana revoque su adquisición, ya que de otro modo jugaría con ventaja y nada tendría que perder en ningún caso. Debe saber que si el concierto fraudulento no prospera perderá, no sólo el bien por su intermedio adquirido, sino también lo poco o mucho que por él entregó. El castigo a su mala fe impone una solución de este tipo, que, por lo demás, es la que se desprende del artículo 1.298 del Código Civil cuando obliga sin puntualización o matización alguna al adquirente de mala fe a devolver las cosas obtenidas, por más que su formulación se haga *a contrario*.

¿Y si el tercero adquirente es de buena fe? Lo primero que debe advertirse es que ha de tratarse de un adquirente a título lucrativo, ya que si lo fuera oneroso es obvio que nada cabría plantear, en cuanto la revocatoria, como acción rescisoria que es, no tiene lugar «cuando las cosas objeto del contrato se hallasen legalmente en poder de terceras personas que no hubiesen procedido de mala fe» (art. 1.95.2.º del Código Civil).

Hará suyos los frutos percibidos, mientras no sea interrumpida legalmente la posesión (art. 451 del Código Civil). Tendrá derecho al reembolso de los gastos que hubiese hecho para la producción de los frutos pendientes al tiempo que cesare la buena fe (art. 452 del Código Civil). Gozará del derecho de retención que el artículo 453 del Código Civil otorga al poseedor de buena

fe por los gastos necesarios y útiles hechos en la cosa. Podrá llevarse los adornos con que hubiera embellecido la cosa principal si no sufriera deterioro (art. 454 del Código Civil). Y no responderá del deterioro o pérdida de la cosa, fuera de los casos en que se justifique haber procedido con dolo (art. 457 del Código Civil).

A la posibilidad de que el tercero adquirente de buena fe a título gratuito haga suyos los frutos parecería oponerse el artículo 1.295 del Código Civil al establecer que «la rescisión obliga a la devolución de las cosas que fueron objeto del contrato con sus frutos». Se trata de una falsa impresión, pues es evidente que la referencia que en dicho precepto se hace a la contraprestación demuestra que está contemplando tan sólo los actos onerosos, y, en consecuencia, no cabe en la hipótesis que estamos contemplando, aparte de que, según advierte con acierto DE CASTRO, las alusiones que en el párrafo primero de dicho precepto se hacen a la contraprestación, y en el párrafo cuarto a la lesión determinan que sus previsiones y determinaciones no puedan aplicarse más que por analogía a los casos rescisorios especiales de la revocación (19).

¿Qué ocurrirá si para el momento de ejercitar la acción revocatoria el tercero adquirente de buena fe a título gratuito ya no tiene en su patrimonio el beneficio que le deparó la adquisición? ¿Quedará relevado de cualquier obligación frente al acreedor?

La doctrina clásica siempre entendió que el acreedor que ejercita la revocatoria no puede pedir al tercero de buena fe todo aquello que recibió *quod prima ratione fuerit*, sino tan sólo lo que subsista, *id quod durat*. Y ello, como dice GIORGI, aunque el adquirente lo hubiese disipado en gastos inútiles y *lautius vivendo*; por lo que dicho tercero únicamente soportará la obligación de justificar que el *quod ad eum pervenit* del patrimonio del *fraudator* se perdió antes de la demanda de revocación (20).

En el Derecho Civil español la cuestión encuentra fácil contestación, porque si a tenor del artículo 1.298 del Código, «el que hubiese adquirido de mala fe las cosas enajenadas en fraude de acreedores, deberá indemnizar a éstos de los daños y perjuicios que la enajenación les hubiese ocasionado, siempre que por cualquier causa le fuere imposible devolverlas», resulta que en cuanto quedan excluidas de la acción revocatoria las adquisiciones onerosas hechas de buena fe, no hay otro punto de referencia para aplicar *a contrario* la pauta del mencionado precepto que las adquisiciones lucrativas de buena fe.

Sólo en éstas, precisamente por ser gratuitas, procede que el tercero adquirente resulte obligado a la devolución de lo adquirido; ahora bien, si la mutación de la obligación de restituir en obligación de indemnizar sólo se produce cuando el adquirente sea de mala fe, deviene necesario considerar

(19) DE CASTRO, «La acción pauliana...», *loc. cit.*, pág. 224.

(20) GIORGI, *Teoría de las obligaciones...*, II, *op. cit.*, págs. 390-391.

que el que lo sea de buena fe quedará relevado de toda responsabilidad cuando en el momento de intentar la acción revocatoria haya desaparecido de su patrimonio el beneficio que le deparó el disponente a título gratuito. Una interpretación diferente conduciría a consecuencias difícilmente conciliables con lo que establece el artículo 1.298 del Código Civil.

5. EFECTOS EN RELACION A LOS TERCEROS SUBADQUIRENTES

Aunque *stricto sensu* quien contrata con el deudor fraudulento no es un tercero sino la contraparte del acto dispositivo hemos venido hablando de él, tal como hace la generalidad de la doctrina, como de tercero adquirente, quizá porque ciertamente resulta tercero en relación al verdadero protagonista y promotor de la figura en estudio: el acreedor defraudado que acude al ejercicio de la acción revocatoria.

Frente a ese tercero adquirente, como es sabido, sólo cabe accionar cuándo actuó de mala fe (*conscientia fraudis*), si adquirió a título oneroso o en todo caso si fue adquirente a título gratuito. Conciencia, conocimiento del perjuicio o mala fe por parte del tercero adquirente y gratuidad de la adquisición se configuran, de esta manera, como los dos factores que posibilitan y hacen prosperar la acción pauliana. Mas, ¿qué ocurrirá si los bienes enajenados fraudulentamente han pasado, ahora sí, a manos de un genuino tercero adquirente (subadquirente, tercero mediato)? ¿Llegarán hasta él los efectos de la acción revocatoria o se verá detenida la misma por que el hecho de que se ha superado un escalón más que aleja las posibilidades impugnatorias de los acreedores defraudados?

El sentimiento al respecto resulta dual, pues sí, por un lado, parece que la eficacia de la acción revocatoria, mientras se den los presupuestos para su ejercicio, no debería detenerse por el hecho de que el bien enajenado haya salido de la esfera patrimonial de su primer adquirente, aunque sólo fuera por la razón de que semejante obstáculo haría muy fácil el juego fraudatorio, por el otro, también ofrece cierta resistencia la admisión de la idea de que un recurso subsidiario, débil, restringido y de eficacia limitada como la acción revocatoria pueda proyectarse prácticamente *ad infinitum* en relación a sucesivos adquirentes de la cosa fraudulentamente enajenada.

La tradición romanista venía aceptando que en razón del originario carácter *ex delicto* de la acción revocatoria, la misma actuaba ilimitadamente frente a terceros adquirentes en la medida en que se hubieran beneficiado con su adquisición. Para los numerosos autores clásicos, con LAURENT a la cabeza, que vieron en la pauliana una acción de nulidad, resultaba natural y obligado que los efectos destructivos de la misma alcanzaran lo mismo al tercero inmediato que a los terceros mediatos o subadquirentes.

Para atacar en el Derecho Civil español el problema planteado hay que partir de un dato indeclinable: la acción revocatoria sólo opera sobre la base de la existencia de la mala fe en el adquirente si lo es a título oneroso y de la adquisición gratuita. Mala fe y gratuidad se configuran, por tanto, en los dos goznes que indefectiblemente deben girar si se quiere abrir la puerta de la revocatoria. Pero, ¿semejantes circunstancias sólo serán operativas en el caso de que se den relación a los primeros adquirentes o continuarán siendo operativas en el supuesto de que nos hallemos en presencia de genuinos terceros adquirentes o subadquirentes?

DE CASTRO considera que es indudable que el tercero mediato cae bajo la esfera de actuación de la acción pauliana, como lo muestran los artículos 1.295 y 1.298 del Código Civil (21). En realidad, la remisión a dichos preceptos no es argumento suficiente para entender que se extienden mecánicamente los efectos de la acción revocatoria a los terceros mediatos, porque los mismos, aunque cabría expandir su esfera de actuación a los subadquirentes, están pensando de manera fundamental en quién contrató en primer término, hasta el punto de que el segundo de dichos artículos ni siquiera habla de «terceras personas» (expresión del art. 1.295), sino que estrictamente se limita a considerar al que «hubiese adquirido de mala fe las cosas enajenadas en fraude de acreedores», y semejante personaje se parece mucho más a un primer adquirente que a un subadquirente.

Creo que el juego que estamos planteando se desarrolla en torno a cuatro piezas. Primera pieza, que el primer adquirente a título oneroso lo sea de mala fe. Segunda pieza, que el mismo sea un adquirente a título gratuito. Tercera pieza, que el subadquirente adolezca de mala fe. Y cuarta pieza, que dicho subadquirente haya adquirido lucrativamente. La combinación de las mismas puede dar lugar a distintos supuestos, pero siempre sobre la base de que debe existir un hilo conductor, una regla de juego, un *continuum* que permitirá mantener los efectos debeladores de la acción revocatoria.

De esta manera, el planteamiento es relativamente sencillo. Si el primer adquirente lo es de buena fe y a título oneroso, la acción revocatoria se detiene ante él, no resulta operativa frente al mismo, y, en consecuencia, mal puede actuar en relación al subadquirente, con indiferencia de cuál sea su planteamiento personal o de título respecto a la adquisición que practica. Esto es, por más que sea un adquirente de mala fe que conocía perfectamente el matiz fraudulento de la operación enajenatoria desde sus comienzos, o por más que adquiera a título gratuito no obstante la fusión de las ideas de gratuidad y fraude en el ámbito de la acción pauliana, los efectos revocatorios de ésta no llegarán hasta él.

(21) DE CASTRO, «La acción pauliana...», *loc. cit.*, pág. 224.

A la inversa, si el primer adquirente lo es de mala fe y a título oneroso o es un adquirente a título gratuito, pero enajena a un subadquirente que adquiere a título oneroso y de buena fe, por más que la acción revocatoria alcanzaría a aquel primer adquirente no puede llegar a este último subadquirente, porque se ha roto aquel *continuum* a que antes se aludía y porque la impugnación revocatoria no puede operar *per saltum*: no alcanza al tercero si el primero no encaja en sus presupuestos, pero tampoco llega a él si en el mismo no permanecen dichos presupuestos.

Mala fe y gratuidad, los dos términos que posibilitan el ejercicio de la acción revocatoria, deben estar siempre presentes, uno u otro según cuál sea el caso. Si el primer adquirente lo es a título oneroso y de mala fe, para que la revocación llegue hasta el subadquirente, éste también habrá de ser a título oneroso y de mala fe o haber adquirido a título gratuito. Si el primer adquirente lo es a título gratuito, el subadquirente, si se quiere que el recurso revocatorio continúe su tránsito, debe serlo a título oneroso y de mala fe o también lucrativamente. El cuadro es variado, pero irremediamente claro y limpio.

Onerosidad y mala fe, por un lado, y gratuidad, por el otro, tienen que estar presentes, ora en la misma dirección, ora en dirección contraria, ora coincidentes, ora contrapuestas, tanto en el primer adquirente como en el subadquirente para que la acción revocatoria pueda iniciar su tránsito respecto al primer adquirente y continuarlo en relación a los posteriores subadquirentes. Esas son las reglas del juego y no cabe obviarlas, porque responden a la necesaria presencia de los presupuestos de ejercicio del remedio en estudio.

Lo ha explicado muy bien el profesor LACRUZ. Cuando la primera transmisión (aun mediando *consilium fraudis*) es real y no simulada, no tratándose de nulidad (sino de rescisión), el subadquirente de buena fe a título oneroso recibe válida y eficazmente. Si la enajenación onerosa realizada por el deudor de mala fe en perjuicio de sus acreedores es válida cuando no hay *consilium fraudis*, o sea, cuando el primer adquirente es de buena fe, lógicamente también ha de valer la venta realizada por el primer adquirente cómplice en el fraude hecho a un subadquirente de buena fe (22).

Planteamiento elemental, claro y lógico. Si en el primer adquirente no se dan las condiciones para el ejercicio de la acción revocatoria no se podrá, obviamente, intentar contra el mismo, y, en consecuencia, mal cabrá considerarla en relación al tercero subadquirente aunque el mismo sea a título oneroso o de mala fe o adquiera lucrativamente, porque se habrá roto un eslabón de la cadena y, como se ha dicho, la acción revocatoria no actúa *per saltum*. De la misma manera, si en el primer adquirente se dan las condiciones de

(22) LACRUZ BERDEJO, *Elementos...*, II-1, *op. cit.*, pág. 345.

ejercicio de la acción pauliana, pero éstas no están presentes en el subadquirente, por más que dicha acción podría haber operado respecto al primero, no resultará operativa en relación al segundo, porque se ha roto el *continuum* que caracteriza su actuación progresiva.

LACRUZ piensa que esto ocurre así, sobre todo en base al artículo 1.295.2.º del Código Civil, que a ese propósito se dirige: a salvar al que compra al primer adquirente fraudulento o gratuito, ignorando el fraude. La cosa comprada se halla *legalmente* en su poder, y por tanto no puede alcanzarle la acción rescisoria, siendo indiferente que tenga o no inscrito su título en el Registro, en su caso (23).

Considero que no es del todo exento semejante planteamiento. Que el párrafo segundo del artículo 1.295 del Código Civil sirve para poner a salvo de la acción revocatoria al subadquirente que ha procedido de buena fe, esto es, que estaba al margen del carácter fraudulento de la primigenia enajenación ni presta su colaboración para que se prolongue semejante *tractus* fraudulento, sin ninguna duda. Esas terceras personas respecto a las que no opera la rescisión hallándose legalmente en su poder las cosas objeto del contrato, de las que habla la norma en consideración, pueden ser perfectamente terceros subadquirentes. Pero ¿son exclusivamente ellos, tal como pretende el profesor LACRUZ? Pienso que no.

El artículo 1.295 del Código Civil establece que «la rescisión obliga a la devolución de las cosas que fueron objeto del contrato con sus frutos, y del precio con sus intereses; en consecuencia, sólo podrá llevarse a efecto cuando el que la haya pretendido pueda devolver aquello a que por su parte estuviese obligado». Es obvio, pues, que está contemplando las rescisiones *inter partes* y que, en consecuencia, en una interpretación literal y estricta del mismo, su dictado deberá circunscribirse a los sujetos que participaron *prima facie* en el acto rescindible y que ni siquiera sería posible contemplarlo en relación a los acreedores que ejercitan la acción revocatoria, quienes, con toda evidencia, no son parte en el acto dispositivo fraudulento a rescindir.

Lo que ocurre es que, como dice DE CASTRO, las pautas rescisorias del artículo 1.295 del Código Civil se aplican analógicamente a esa especialidad rescisoria que es la acción revocatoria. Pero ello no empece para considerar que el precepto no está pensado para esta última, sino que se circunscribe, en principio, a los sujetos que han sido partes en el contrato que va a ser objeto de rescisión por encontrarse en alguno de los supuestos legales de la misma.

Por ello, aunque el párrafo segundo del artículo 1.295 del Código Civil diga que «tampoco tendrá lugar la rescisión cuando las cosas objeto del contrato se hallaren legalmente en poder de terceras personas que no hubiesen procedido de mala fe», no se piense por ello que el precepto remonta el vuelo y se pasa a

(23) *Ibid.*

otro supuesto, sino que permanece en el mismo que ha retratado en su párrafo primero: el contrato rescindible concluido entre las partes contratantes.

Y es que, como antes se advertía, por más que el precepto transcrito permita su extensión a los subadquirentes, su ámbito normal es el de los primeros enajenante y adquirente, incluso en su estricta formulación literal, porque en el fondo lo que viene a decir es que de la misma manera que la rescisión no opera cuando el que la intenta no puede devolver aquello a que por su parte estuviera obligado, *tampoco* tiene lugar cuando éste ha adquirido la cosa objeto del contrato de buena fe, esto es, ignorando la lesión que su acto adquisitivo irrogaba al enajenante.

También DE CASTRO incurre en la misma imprecisión. Para él, el tercero mediato es indudable que cae bajo la esfera de la acción pauliana, como lo demuestran los artículos 1.295 y 1.298 del Código Civil. La rescisión se produce aunque las cosas objeto del contrato pasen a poder de terceros mediatos de mala fe (arts. 1.295 y 1.298 *a contrario*), ya sea el título adquisitivo de naturaleza onerosa o lucrativa. Si adquiere por título oneroso de buena fe, tampoco hay duda, no tiene lugar la rescisión (art. 1.295). Cuestión más difícil plantea la adquisición por título lucrativo del tercero mediato. Nada claro nos dice el Código Civil, pues el artículo 1.295 se refiere realmente a contratos onerosos, en cuanto habla de contraprestaciones, pero no es necesario, como se hace en la doctrina italiana, buscar lejanos criterios analógicos de justificación de la revocación de donaciones (24).

Respecto al artículo 1.295 del Código Civil se acaban de adelantar las consideraciones pertinentes que no vamos a repetir de nuevo. En relación al artículo 1.298 *eiusdem*, vale lo mismo. «El que hubiese adquirido de mala fe las cosas enajenadas en fraude de acreedores», con que arranca el precepto, vale sin ninguna duda también para los terceros subadquirentes, tal como se ha visto ocurre de la misma manera con el artículo 1.295, pero lo que no cabe afirmar es que semejante formulación está plasmada de manera fundamental y directa pensando en ellos, porque resulta evidente que al sujeto que la norma contempla *prima facie* es aquél que contrató (la contraparte) con el deudor que enajena bienes en fraude de sus acreedores.

Al apoyarse innecesariamente en los artículos 1.295 y 1.298 del Código Civil para hacer llegar hasta el tercero subadquirente los efectos de la acción revocatoria, se explica que el profesor DE CASTRO encuentre dificultades para trasladar los mismos hasta el tercero mediato adquirente a título lucrativo, ya que es claro que el artículo 1.295, en cuanto habla de contraprestaciones, se está refiriendo a contratos onerosos. El equívoco se despeja con facilidad si se advierte que, con prescindencia del apoyo que puedan deparar los referidos preceptos, la extensión de la acción revocatoria a los subadquirentes gratuitos

(24) DE CASTRO, «La acción pauliana...», *loc. cit.*, pág. 224.

se produce de manera mecánica y obligada, tal como antes se advertía, por el juego de los factores mala fe-onerosidad y gratuidad: cualquier subadquirente a título gratuito que lo sea de un primer adquirente también lucrativamente o de un primer adquirente a título oneroso y de mala fe cae bajo la férula de la acción revocatoria, porque la conformación global que nuestro Código Civil hace de la acción revocatoria, fundamentalmente en su artículo 1.297, determina que una vez inficionado el primer acto adquisitivo por los factores provocadores del fraude de acreedores, la infección se arrastra *sine limite* siempre que sigan presentes los elementos causantes de la perversión.

La posibilidad de que el tercero subadquirente gratuito se vea afectado por la acción revocatoria intentada por los acreedores del deudor enajenante no tiene otro punto de apoyo, pero tampoco necesita más, que el de que quien a él le transfiere adquirió también lucrativamente o fue un adquirente oneroso y de mala fe. Dado esto, el efecto comunicativo, continuador y persistente de la revocatoria, en cuanto se sigan manteniendo los presupuestos necesarios para su actuación, produce todo lo demás y determina que la revocación continúe actuando sin ningún problema en el supuesto específico de que el subadquirente lo sea a título gratuito.

No hay necesidad de ningún forzamiento, ni de recurrir a factores análogos o de proximidad dogmática. Con su habitual hondura, el maestro LACRUZ ha centrado perfectamente la materia con las siguientes palabras: «Se dirá que ocurre lo mismo si el adquirente de mala fe ha hecho donación, a su vez, al subadquirente, de la cosa sustraída al patrimonio del deudor: que también entonces el subadquirente tiene la cosa legalmente en su poder, y debe poder conservarla. Frente a lo cual cabe alegar la equiparación que el Código Civil establece entre *fraude* y *gratuidad*: él no debe tener mejor protección que su *auctor*» (25).

A fortiori, la mejor ratificación de lo que venimos diciendo la hallamos en un campo tan hermético y protegido como es el del tráfico inmobiliario registral. Es esa una esfera en la que el tercero registral o hipotecario, aquél que reúne los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, se encuentra en una posición tan firme y prácticamente invulnerable que la dogmática ha venido hablando en relación a él de «milagro jurídico», en cuanto se consagra a su favor una auténtica adquisición *a non domino* y quiebran los principios *nemo plus iuris in alio tranferre potest quam ipse habet* y *resoluto iure dantis resolvitur et ius accipientis* (26).

(25) LACRUZ BERDEJO, *Elementos...*, II-1, *op. cit.*, pág. 345.

(26) CRISTÓBAL MONTES, *El tercero registral en el Derecho venezolano*, Caracas, 1967, pág. 47 y sigs.; y «La adquisición registral *a non domino*», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1966, pág. 587 y sigs. MENGONI, *L'acquisto «a non domino»*, Milán, 1949, pág. 76 y sigs.

Pues bien, ni siquiera ese tercero registral, tan firme e invulnerable, se halla por completo a salvo de la eficacia de la acción revocatoria, porque a tenor del número cuarto del artículo 37 de la Ley Hipotecaria, las acciones rescisorias de las enajenaciones hechas en fraude de acreedores perjudicarán a tercero: a) «cuando hubiese adquirido por título gratuito», y b) «cuando habiendo adquirido por título oneroso hubiese sido cómplice en el fraude».

Esto es, si con la vista puesta exclusivamente en el Código Civil pudiese existir alguna duda de que los efectos de la acción revocatoria no alcanzan a los terceros subadquirentes, semejante duda quedaría despejada de inmediato teniendo en cuenta lo que ocurre en el campo hipotecario. En éste, todo se conjuga para proteger al tercero adquirente que acude al cobijo del Registro y coloca su adquisición bajo el manto tutelador del mismo; y, sin embargo, tratándose de enajenaciones efectuadas en fraude de acreedores, ese manto protector se rasga y por la hendidura penetra la acción pauliana para llegar en determinadas condiciones hasta los terceros hipotecarios.

A maiori ad minus. Si el tercero registral que ha adquirido a título gratuito o a título oneroso pero habiendo participado en el fraude tiene que sufrir los embates de la acción revocatoria y perder la adquisición realizada, ¿qué no ocurrirá con aquellos otros subadquirentes que no tengan otro cobijo que el que brindan los preceptos genéricos del Código Civil? A través del dictado, pues, del artículo 37 de la Ley Hipotecaria, se revela con toda nitidez la enorme fuerza de penetración que en relación a las sucesivas adquisiciones tiene la acción pauliana.

Si respecto al primer adquirente se dan los presupuestos precisos para su ejercicio (onerosidad-mala fe o gratuidad), mientras los mismos continúen presentes, la acción revocatoria no ve detenida su impronta y prosigue su acción debeladora sin limitación ni cortapisas. Cuando en base al artículo 37 de la Ley Hipotecaria, la acción rescisoria de enajenaciones hechas en fraude de acreedores se da en el supuesto de que la segunda enajenación haya tenido lugar a título gratuito, ello demuestra, como dice con razón DE CASTRO, que si hasta contra el tercero mediano más defendido es eficaz la acción revocatoria, resulta conclusión natural que la misma produce sus efectos contra el adquirente a título lucrativo en todo caso (27).

De esta manera, con el apoyo de la norma hipotecaria, el círculo se cierra en el sentido que venimos manteniendo. El Código Civil marca unas pautas abiertas y generosas, pero la Ley Hipotecaria delimita con toda precisión la materia y hace llegar los efectos de la acción revocatoria, en determinadas condiciones, hasta el *sancta sanctorum* del tercero hipotecario o tercero registralmente protegido, que es el sujeto jurídico más invulnerable, en principio,

(27) DE CASTRO, «La acción pauliana...», *loc. cit.*, pág. 224.

que contempla nuestro ordenamiento jurídico en cuanto al tráfico de bienes inmuebles.

Según escribe LACRUZ, la norma despliega su eficacia frente a los subadquirentes que inscribieron su título, es decir, los que pueden pretender la condición de *tercero* al amparo de la legislación hipotecaria. Sería superflua para el primer adquirente, cómplice del fraude o a título gratuito, pues la situación de éste se contempla ya por el Código Civil. Y frente, pues, al subadquirente, extiende la rescisión al título gratuito: si esto sucede con el titular que inscribe, con mayor razón se aplicará la regla al que no llevó su título al Registro (28).

Sensatas palabras. Hasta donde llegue cómodamente el Código Civil, aplíquese el mismo sin problemas. Cuando parezca que éstos surgen, ténganse en cuenta las pautas del artículo 37 de la Ley Hipotecaria. Si frente a un tercero adquirente o subadquirente que ha llevado su título al Registro y ha conseguido colocar su titularidad bajo la coraza protectora del mismo (recuérdese la alegoría de NÚÑEZ LAGOS de que el Registro de la Propiedad no es cuna sino castillo), todavía es capaz de progresar y hacer caer la adquisición, la acción revocatoria cuando el tercero hubiera adquirido a título gratuito o lo fuera a título oneroso pero cómplice en el fraude, ¿qué duda puede existir de que la acción pauliana *in genere* extiende sus efectos revocatorios de manera indefinida y sin límite siempre que se mantengan las constantes gratuidad-mala fe que le caracterizan y justifican?

Mientras la cadena no se rompa, mientras no aparezca en el *tractus* transmisivo un adquirente de buena fe a título oneroso que cierre la puerta a la acción revocatoria, ésta podrá continuar su debeladora trayectoria frente a cualquier adquirente de la cosa y con indiferencia del número de enajenaciones que hayan tenido lugar. El acreedor defraudado se encuentra de esta manera dotado de un instrumento que no encuentra otros límites que los estructurales y que le permite contemplar con relativa tranquilidad los juegos, maquinaciones y añagazas que su deudor y todos los que de él traigan causa tramen para impedir, dificultar o debilitar la cumplida realización de su derecho.

Pero, ¡ojo que se rompa la cadena en cualquier momento!, ¡ojo que se salte algún eslabón de la misma! Porque, en tal caso, todo el entramado revocatorio se viene al suelo y los acreedores protegidos verán cómo su poderoso recurso revocatorio se diluye mansamente en algo por completo inoperante. Si en la cadena de adquisiciones sucesivas aparece un tercero adquirente oneroso y de buena fe, el cristal se quiebra, el marco se rompe, el tránsito de la acción revocatoria se interrumpe y será por completo indiferente

(28) LACRUZ BERDEJO, *Elementos...*, II-1, *op. cit.*, págs. 344-346.

lo que pueda ocurrir en el futuro. Aunque luego vuelvan a tener lugar adquisiciones a título gratuito o aunque posteriores terceros adquirentes conocieran el fraude originario y participaran en él (*rectius*, intentarían participar), de nada servirá ya, porque el encanto se ha roto y la fractura sufrida por la acción revocatoria no es posible recomponerla *a posteriori*.

Este es el juego propio y peculiar de la acción pauliana en relación a los subadquirentes. Todo se mantiene quieto mientras subsisten los factores que la legitiman. Cuando éstos desaparecen, se pierden para siempre y ya no es posible la vuelta al *statu quo ante*. Si en algún punto del *tractus* tiene lugar una adquisición onerosa y de buena fe, la acción revocatoria ya nada puede aunque más adelante se reproduzcan adquisiciones por parte de terceros a título gratuito o cómplices en el fraude. Y ello es así porque, según resalta nítidamente el profesor LACRUZ, la acción pauliana no es una acción real, sino que su alcance respecto a terceros le viene tan sólo de la sanción a la mala fe o la inferior ponderación de los intereses en juego, frente al fraude de los acreedores (29).

Efectivamente, si la acción revocatoria estuviese dotada de eficacia *erga omnes* daría lo mismo cuál fuera la situación de los sucesivos adquirentes futuros, porque la acción no se dirigiría contra ellos, sino en persecución de la cosa enajenada allí donde estuviera. Pero es una acción rescisoria, esto es, personal, y, en consecuencia, sólo opera mientras, ponderadas determinadas circunstancias, la ley estima que debe preponderar el interés de los acreedores defraudados frente al de los terceros adquirentes.

Si éstos lo son a título gratuito, en todo caso por elementales consideraciones de equidad. Si a título oneroso y de mala fe, porque nadie debe ver premiada su ignominia. En cualquier otro caso, el panorama se difumina y la acción revocatoria se diluye porque carece de la fuerza precisa para mantener su impronta.

6. LA IMPOSIBILIDAD DE LA DEVOLUCION

Ya se ha visto cómo ante un adquirente oneroso de mala fe, la acción revocatoria, con toda su eficacia limitada y parcial, provoca la devolución de los bienes fraudulentamente enajenados. Pero, ¿y si esa devolución no es posible porque ya no están en las manos del tercero los resortes precisos para que tenga lugar la restitución legalmente impuesta?

Los bienes han perecido, incluso por culpa del adquirente, o han pasado a poder de terceras personas que no han procedido de mala fe, el acreedor

(29) *Ibid.*, pág. 346.

defraudado, que ya no puede proseguir con su acción revocatoria, ¿deberá verse conminado a la pasividad y a la pérdida de cualquier compensación que pueda paliar el perjuicio sufrido por tan incorrecto proceder. El artículo 1.298 del Código Civil acude en su ayuda y dispone que «el que hubiese adquirido de mala fe las cosas enajenadas en fraude de acreedores deberá indemnizar a éstos de los daños y perjuicios que la enajenación les hubiese ocasionado, siempre que por cualquier causa le fuese imposible devolverlas».

El artículo 1.182 del Proyecto de Código Civil de 1851 establecía que «el que hubiere adquirido de mala fe las cosas enajenadas en fraude de los acreedores, deberá indemnizar a éstos de los daños y perjuicios cuando no pudiese tener lugar la rescisión: 1.º) por haber pasado a cosa a un adquirente ulterior de buena fe, 2.º) por haberse perdido la cosa misma».

GARCÍA GOYENA advertía que la norma es consecuencia del artículo 1.011 («quedan sujetos a la indemnización de perjuicios y abono de intereses...»), porque la mala fe envuelve el dolo, y en los casos de aquel artículo la obligación de dar se resuelve en la de indemnización de daños y perjuicios. En cambio, los adquirentes con buena fe por título lucrativo sólo quedarán obligados a restituir *in quantum locopletores facti sunt*, según la equitativa distinción de la ley romana que se ha adoptado en el comentario del artículo 1.179 (carácter fraudulento de las enajenaciones hechas a título gratuito) (30).

¿Qué planteamiento legal es más correcto, el del artículo 1.298 del Código Civil o el del artículo 1.182 del Proyecto GARCÍA GOYENA? Según este último, la indemnización de los daños y perjuicios tiene lugar cuando no se puede provocar la rescisión por las causas apuntadas en el mismo, mientras que a tenor del precepto vigente, la indemnización se practica al no poder efectuarse la devolución de las cosas enajenadas fraudulentamente.

Pienso que este segundo posicionamiento es más correcto desde el punto de vista dogmático, pues si no ha tenido lugar la rescisión del acto fraudulento, ¿cómo se puede condenar al tercero adquirente a indemnizar los daños y perjuicios causados a los acreedores del enajenante? Si por haber pasado la cosa a un adquirente ulterior de buena fe o por haberse perdido la cosa misma ya no es posible su vuelta a efectos satisfactivos para los acreedores defraudados, no se trata, propiamente, como dice el artículo 1.182 del Proyecto de Código Civil de 1851, de que no pueda tener lugar la rescisión, sino de que, como con mayor precisión técnica establece el artículo 1.298 del Código Civil, no es posible la devolución de las cosas enajenadas en fraude de acreedores.

Pero para que no sea posible el cumplimiento de la obligación de devolver hace falta que exista semejante obligación, y la misma sólo puede tener pre-

(30) GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, Zaragoza, 1974, pág. 628.

sencia si el acto enajenatorio ha sido revocado. Con lo cual se demuestra la superioridad de la actual fórmula. El adquirente de mala fe no puede restituir por cualquier causa las cosas enajenadas en fraude de acreedores; no importa, la revocación sigue adelante, porque no han desaparecido los presupuestos que legitiman su operatividad. Lo único que sucede es que en cuanto no resulta posible el cumplimiento *in natura* de dicha obligación de restituir, la misma se transforma en la genérica y solidaria obligación de indemnización de daños y perjuicios, pero precisamente ello es posible porque se mantiene el juego del mecanismo revocatorio.

Piensa con razón MORENO QUESADA que la referencia del Código Civil a los que hubieran adquirido de mala fe las cosas enajenadas en fraude de acreedores, alcanza tanto a la adquisición que se haga directamente del deudor, como a las sucesivas en las que concurra la doble circunstancia de ser de cosas que fueron enajenadas anteriormente por el deudor «originario» en fraude de los acreedores que ahora instan el procedimiento, y que después lo han sido por el que en aquella ocasión fue adquirente de mala fe a otro en el que se da esta misma cualificación; y son afectados los posibles subadquirentes sucesivos que, por titulares de la cosa, de un lado, y las circunstancias de su adquisición, por el otro, unido a la insolvencia del deudor directo u originario, han de ser afectados por la eficacia de la rescisión pronunciada (31).

Y tiene razón porque, como ya se ha visto, los efectos de la acción revocatoria, mientras se mantengan los presupuestos que posibilitan su ejercicio con éxito, no se detienen en el primer adquirente, sino que continuarán sin límite ni cortapisas; y además porque el artículo 1.298 del Código Civil habla indistintamente del que «hubiese adquirido de mala fe las cosas enajenadas en fraude de acreedores», sin advertir si se trata de un primer o ulterior adquirente, y *ubi lex non distinguit...*

La imposibilidad de realizar la devolución tiene que resultar declarada, tal como sostiene la sentencia de 14 de febrero de 1963, ya que de otro modo se dejaría en manos del tercero adquirente un inadmisibles instrumento para facultarle sustituir la obligación de devolución legalmente impuesta por otra de mera indemnización de daños y perjuicios, con lo cual la preceptiva impuesta por el artículo 1.298 del Código Civil en este orden de cuestiones parecería cercana al campo de las obligaciones alternativas, algo que bajo ningún concepto cabe considerar.

En cuanto a las causas que tornando imposible la devolución hacen surgir la obligación de indemnizar, la ley habla de «cualquier causa», expresión lo suficientemente amplia y generosa como para que pueda plantear algún pro-

(31) MORENO QUESADA, *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, dirigidos por M. Albaladejo, XVII-2, Madrid, 1981, págs. 207-208.

blema al respecto. Siempre que ello se deba a que las cosas enajenadas *in origine* fraudulentamente hayan pasado a adquirentes de buena fe, no se planteará cuestión alguna, porque nos hallaremos fuera del campo natural de la acción revocatoria.

En cambio, la situación no es tan clara cuando las cosas se hayan perdido en poder del adquirente de mala fe, ¿responderá éste en todo caso de su pérdida? El texto legal es muy amplio y comprensivo, ya que habla de «siempre que por cualquier causa le fuere imposible devolverlas», algo que parece dar a entender que en ningún caso se exceptúa la pauta legal.

MANRESA, empero, excluye como supuesto de indemnización de los daños y perjuicios el de la pérdida de la cosa por caso fortuito debidamente acreditado, puesto que nadie responde de él según el artículo 1.105 del Código Civil, so pena de expresa declaración contraria, que, en su sentir, no se da en este lugar (32).

MORENO QUESADA no comparte este criterio en cuanto a la pérdida por caso fortuito, porque aunque el supuesto del artículo 1.298 del Código Civil no se encuentra incluido en ninguno de los que el mismo contempla como exonerativos de responsabilidad del deudor (arts. 1.105, 1.096, 1.182, 1.185 y 1.784 del Código Civil), no puede negarse que la gravedad, la ilicitud de la actuación de la persona que adquirió de mala fe las cosas enajenadas en fraude de acreedores sobrepasa a la que concurre en la mayoría de los casos que expresamente el Código Civil contempla, por lo que merecería que fuera recogido el supuesto en nuestro Derecho Civil (33). Algo que no me parece imposible ni de difícil admisión al amparo del juego analógico que consagra el nuevo artículo 4.º del Código Civil.

ANGEL CRISTÓBAL MONTES
Catedrático de Derecho Civil
de la Universidad de Zaragoza

(32) MANRESA, *Comentarios al Código Civil español*, VIII-2 (sexta edición, revisada por Moreno Mocholí), Madrid, 1967, pág. 973 y sigs.

(33) MORENO QUESADA, *Comentarios...*, XVII-2, *op. cit.*, págs. 212-213.

El artículo 503 del Código Civil como posible excepción al principio *salva rerum substantia* en la regulación del usufructo

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES GENERALES.—II. LA SENTENCIA DE 10 DE OCTUBRE DE 1995 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE TOLEDO.—III. EL PRINCIPIO *SALVA RERUM SUBSTANTIA* AL SERVICIO DE LA OBLIGACION DE RESTITUCION O DE «SUSTITUCION».—IV. EL ARTICULO 503 COMO NORMA PECULIAR EN LA REGULACION DEL USUFRUCTO.—V. OBRAS, MEJORAS Y NUEVAS PLANTACIONES DEL ARTICULO 503 DEL CODIGO CIVIL: V.1. MEJORAS Y NUEVAS PLANTACIONES EN FINCA RÚSTICA.—VI. LA ACCION INTERDICTAL DE OBRA NUEVA.—VII. LIMITES AL EJERCICIO DE LAS FACULTADES CONFERIDAS AL NUDO PROPIETARIO: VII.1. DISMINUCIÓN DEL VALOR DEL USUFRUCTO. VII.2. PERJUICIO DEL DERECHO DEL USUFRUCTUARIO.—VIII. DE VUELTA A LA SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE TOLEDO, DE 10 DE OCTUBRE DE 1995.—IX. CONSIDERACION FINAL: «EL ARTICULO 503 DEL CODIGO CIVIL FLEXIBILIZA LA APLICACION DEL PRINCIPIO *SALVA RERUM SUBSTANTIA*».

I. CONSIDERACIONES GENERALES

Entre los caracteres del usufructo, quizá el más conocido sea el tradicional principio *salva rerum substantia* que, de acuerdo con las prescripciones del Código Civil, obliga a conservar la forma y sustancia de la cosa, tanto al usufructuario como al nudo propietario [término, este último, proveniente del Derecho Romano (1), si bien en la regulación del usufructo se habla de forma recurrente y sistemática sólo de propietario].

Así, nuestro Código Civil (art. 467) define el usufructo como «el derecho a disfrutar de los bienes ajenos con la obligación de conservar su forma y

(1) Digesto. 7, 1, 9, 1.

sustancia» y, en general otros Códigos, de una u otra manera, incorporan esta máxima a la regulación del usufructo (2).

La obligación de conservar la cosa, que, conforme al citado precepto tiene el usufructuario, parece estar orientada a garantizar que al término del usufructo, como *ius in re aliena*, el nudo propietario la recupere en el estado que tenía al tiempo de pactarse la constitución del derecho (3); pues para que la propiedad pueda aspirar a quedar consolidada es preciso —como afirma VENEZIAN— (4) poner límites al disfrute del usufructuario, de manera que el dueño reciba la cosa en condiciones de poder obtener de ella utilidad.

Por consiguiente, en el régimen jurídico de esta institución se impone al usufructuario el deber de cuidar la cosa usufrutuada con la diligencia de un buen padre de familia (art. 497 del Código Civil) (5), como corolario del

(2) El Código Civil francés de 1884 inaugura la regulación del usufructo definiéndolo en su artículo 578 como el derecho de gozar de las cosas de un propietario como si de tal propietario se tratara, más con la carga de conservar la sustancia. El BGB de 1898, en el párrafo 1036 establece que el usufructuario no está autorizado a transformar la cosa ni a alterarla sustancialmente. El Código Civil italiano de 1942, que no se ocupa de definir el usufructo, al regular los derechos que tiene el usufructuario (art. 981 de la Sección 2.^a, del Capítulo I, Título V, Libro III) establece que el usufructuario tiene el derecho de gozar de la cosa pero debe respetar el destino económico de la misma, imponiendo este propio límite en el artículo 986 cuando faculta al usufructuario a realizar mejoras sobre el bien. Por su parte, el Código Civil portugués de 1967, en el artículo 1.439 establece que *el* usufructo es un derecho de gozar temporal y plenamente una cosa ajena sin alterar su forma y sustancia. El Código Civil argentino dice en el artículo 2.807 que: «El usufructo es el derecho real de usar y gozar de una cosa cuya propiedad pertenece a otro con tal de que no altere su sustancia». El Código Civil chileno de 1857 en el artículo 764 señala que: «El derecho de usufructo es un derecho real que consiste en la facultad de gozar de una cosa con cargo de conservar su forma y sustancia, y de restituirla a su dueño, si la cosa no es fungible, o con cargo de volver igual cantidad y calidad del mismo género, o de pagar su valor, si la cosa es fungible».

(3) Esta clase de restricción legal, que no existe en el derecho de propiedad, es típica de todos aquellos derechos, además del estudiado, donde el poder que se ejercita sobre la cosa está sujeto a término. La obligación de guarda es típica de todos aquellos casos en que existe la de dar alguna cosa (art. 1.094 del Código Civil), uso y habitación, prenda, anticresis (interpretado analógicamente en relación con el 1.867) y depósito de todas clases (art. 1.766). Sobre esta consideración, véase VILLAVICENCIO, F. F., «*Salva rerum substantia* en el usufructo propio», en *RDP*, núm. 408, marzo, 1951, pág. 134.

(4) VENEZIAN, G., *Usufructo, uso y habitación. Anotada con arreglo a las legislaciones españolas y americanas por José Castán Tobeñas*, Tomo I, Madrid, 1928, págs. 45-46.

(5) La idea de cuidar las cosas del usufructo como un buen padre de familia viene a representar, dice MALUQUER DE MOTES, S. J. (*Los conceptos de «sustancia», «forma» y «destino» en el Código Civil*, Madrid, 1992, pág. 7), el conservar la sustancia de la cosa. En sentido totalmente diferente, VILLAVICENCIO, F. F. (*op. cit.*, pág. 197, nota 4) al plantear que «La diligencia de un buen padre de familia se ha de aplicar al cuidado, a la guarda, y no a la actividad de disfrute, propia del usufructuario. Podría concebirse un cuidado diligentísimo junto a una alteración de la cosa usufrutuada».

principio general de la buena fe contenido en el artículo 7.1 (conforme a la reforma del Título Preliminar de 1974).

Ahora bien, la obligación de conservar la forma y sustancia de la cosa va mucho más lejos. Esto es, no sólo el usufructuario debe abstenerse de realizar determinados actos para conservar la cosa, sino que no puede dejar de hacer otros tendentes a su mantenimiento, durante el tiempo que dure el usufructo (6). De este modo, está obligado a realizar las reparaciones ordinarias que requieran los bienes, considerándose como tales las que exijan los deterioros o desperfectos que procedan del uso habitual de las cosas y sean indispensables para su conservación, pudiendo hacerlas el propietario a costa del usufructuario, si una vez requerido éste no las hiciere (art. 500 del Código Civil).

De forma paralela, el usufructuario también viene obligado a darle aviso al propietario, cuando fuere urgente la necesidad de hacer las reparaciones extraordinarias que corren a cuenta del último (art. 501 del Código Civil).

Asimismo, el artículo 487 del Código señala que el usufructuario podrá hacer en los bienes usufrutuados las mejoras útiles o de recreo que tuviere por convenientes, con tal que no altere su forma o sustancia, pudiendo inferirse por lo pronto que, conforme al régimen legal del usufructo, la realización de mejoras no supone necesariamente un cambio de la forma y sustancia del bien.

Volviendo al artículo 467, es importante tener en cuenta que en éste la obligación de conservar la forma y sustancia se impone exclusivamente al usufructuario, y al mismo tiempo, se contempla la posibilidad que el título de su constitución o la ley autoricen otra cosa, de lo cual se deduce la posibilidad de cambiar la forma y sustancia de la cosa tanto en el usufructo voluntario (usufructo de disposición) como en el legal (cfr. art. 468 del Código Civil).

Visto desde la posición que ocupa el nudo propietario, en la relación jurídica del usufructo, el principio *salva rerum substantia* está contemplado en el artículo 489 del Código Civil, al establecer que «el propietario de bienes en que otro tenga el usufructo podrá enajenarlos, pero *no alterar su forma ni sustancia*, ni hacer en ellos nada que perjudique al usufructuario». En consecuencia, el *salva rerum substantia*, de acuerdo con la citada norma, también obliga al propietario.

Admitiendo, por tanto, que el *salva rerum substantia* se presenta como límite fundamental, al ejercicio de las facultades del usufructuario y del nudo propietario, incidiendo en la esencia jurídica del usufructo (7), es factible plantearse como contraria a este principio cualquier interpretación de la que

(6) Este es un ejemplo de la categoría de las «obligaciones de hacer» que se encuentran dispersas en nuestro Código.

(7) Vid. DE CUPIS, A., «Voz “Usufrutto” (Dir. vig.)», en *Enciclopedia del Diritto*, vol. XLV, Giuffrè Ed., Milano, 1992, pág. 1113, y «Voz “Usufrutto” (Diritto Vigente)», en *Novissimo Digesto Italiano*, Ed. Torinese, Torino, 1975, págs. 329 y sigs.

pueda deducirse que alguno de los sujetos de la relación jurídica tengan la facultad de alterar la forma o sustancia de las cosas dadas en usufructo, de no ser, evidentemente, que se encuentre entre los supuestos excepcionales a que alude el artículo 467 del Código Civil en que la ley o el Título de constitución del derecho lo autoricen.

No obstante lo dicho, el artículo 503 del Código parece ser una excepción legal a este principio, al disponer que *«El propietario podrá hacer las obras y mejoras de que sea susceptible la finca usufrutuada, o nuevas plantaciones en ella si fuere rústica, siempre que por tales actos no resulte disminuido el valor del usufructo ni se perjudique el derecho del usufructuario»*.

Adviértase que en el precepto transcrito se autoriza al propietario a realizar «obras», «mejoras» y «nuevas plantaciones en fincas rústicas» sin imponerle la obligación de respetar la forma y sustancia de la cosa dada en usufructo, lo que podría dar lugar a que el propietario, aún cumpliendo con los límites que establece el precepto —cual es que no resulte disminuido el valor del usufructo y no se perjudique el derecho del usufructuario— afecte la forma y sustancia de la cosa al realizar los actos que la propia norma autoriza.

La norma en cuestión no ha sido, en mi opinión, cuidadosamente estudiada por los autores (8) que se han ocupado de esta materia. No es de extrañar si consideramos que la institución del usufructo no es de los temas más abundantemente tratados (9).

El tema, sin embargo, ha sido novedosamente expuesto por el profesor LASARTE (10), quien me sugirió la realización de estas páginas. Veamos, pues, si así puede considerarse, tomando como hilo conductor una sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo, sobre la que al parecer no se ha interpuesto recurso de casación, y de la que se podría inferir la posibilidad de exceptuar la aplicación de este principio en el citado artículo 503 del Código Civil.

II. LA SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE TOLEDO, DE 10 DE OCTUBRE DE 1995

La citada sentencia, tomando como fundamento las facultades conferidas al nudo propietario en el artículo 503 del Código Civil, resuelve a favor de

(8) Vid. la bibliografía citada y por citar en este trabajo.

(9) Tal vez se deba a que en la vida moderna no se advierte la importancia económica del usufructo. Lo más corriente es que surja como legado de usufructo sobre una herencia (a favor del cónyuge superstite instituyendo herederos a los hijos). Véase, ENNECERUS, KIPP y WOLFF, *Tratado de Derecho Civil, Derecho de cosas*, tercera edición al cuidado de José Puig Brutau, T. III-2, Barcelona, 1970, pág. 80.

(10) LASARTE, C., «Principios de Derecho Civil», Tomo IV, *Propiedad y Derechos Reales*, Primera parte, Madrid, 1999, pág. 326.

los copropietarios un recurso de apelación contra la resolución dictada por el J.P.I. de Ocaña número 1, en juicio de menor cuantía, en el que actuaba como apelante el titular de un derecho de usufructo sobre finca rústica que creyó lesionado su derecho de uso y disfrute por el cambio de cultivo realizado por los nudos propietarios, quienes intervenían como apelados.

En los hechos de autos, la pretensión solicitada por la parte actora, alegando la existencia del derecho de usufructo sobre la finca, era la entrega de una subvención de la CEE, recibida por los condueños para el abandono definitivo del cultivo de viñedo con arranque del mismo y su sustitución por una plantación de cereales.

En este caso, el título constitutivo del usufructo, «consistente en un llamado contrato de compraventa» —según se afirma en la sentencia— señala como objeto del expresado derecho real diversas fincas rústicas, entre ellas la que es materia de litigio, que se dice dedicada a cereal de secano, aunque en el momento de constituirse el usufructo estaba, en realidad, dedicada a viñedo.

El fallo de la sentencia desestima el recurso de apelación interpuesto por los usufructuarios y confirma la resolución de la sentencia recaída en el juicio de menor cuantía, imponiendo al recurrente las costas de dicha alzada, y alegando en los Fundamentos de Derecho, además de los preceptos del Código Civil, relativos a las facultades que corresponden al usufructuario y al nudo propietario (arts. 467, 486 y 489), el artículo 503 del citado Código, que al constituir objeto de análisis en este trabajo, justifica el atractivo de esta sentencia y la circunstancia de que reproduzcamos la *ratio decidendi* del Tribunal:

«...apenas ofrece duda la facultad que, con arreglo al artículo 503 del Código Civil, corresponde a los propietarios demandados de arrancar los viñedos plantados en la finca usufrutuada y cambiar este cultivo por otro, ya que mientras se mantenga o mejore la productividad de la misma, no puede decirse que haya disminuido el valor del usufructo ni que se perjudique al usufructuario. Tampoco la cosa usufrutuada ha sufrido alteración en su forma o sustancia, puesto que no se ha cambiado su destino económico como finca rústica dedicada a una explotación agrícola».

Al margen de otros razonamientos expuestos por el Tribunal, de los que nos ocuparemos después, en esta fase del trabajo, el supuesto contemplado —cual es que los nudos propietarios cambien el cultivo de la finca rústica y que el Tribunal confirme la sentencia de Primera Instancia dando por válida la actuación de los nudos propietarios a tenor del 503 del Código Civil—, nos plantea lo siguiente:

¿Las obras, mejoras y plantaciones que en virtud del artículo 503 puede realizar el nudo propietario sobre la finca objeto de usufructo, no podrían provocar la alteración de la forma y sustancia de la cosa? ¿O es que acaso conservar la forma y sustancia implica únicamente no cambiar su destino económico? ¿Por qué no impone el artículo 503 al nudo propietario el límite de conservar la forma y sustancia de la cosa? ¿Hay alguna contradicción o conexión entre el artículo 489, que sí impone al nudo propietario el límite *salva rerum substantia*, y el 503 del Código que no habla de ello? Estas y otras interrogantes nos sugieren la siguiente hipótesis de trabajo, sobre la que reflexionaremos en las páginas que siguen:

«La norma contenida en el artículo 503 constituye una excepción, a favor del propietario, a la aplicación del principio *salva rerum substantia* en la regulación legal del usufructo».

Admitir la certeza de la hipótesis planteada supondría darle otro enfoque al estudio e interpretación que hasta ahora se ha venido haciendo sobre el régimen legal del usufructo, donde el *salva rerum substantia* ha sido concebido como la ley interna, la señal de tráfico que regula la actuación de los sujetos en la relación jurídica del usufructo.

III. EL PRINCIPIO *SALVA RERUM SUBSTANTIA* AL SERVICIO DE LA OBLIGACION DE RESTITUCION O DE «SUSTITUCION»

El principio procedente del Derecho romano, atribuido a Paulo (Digesto 7.1.1.), *salva rerum substantia*, que de una u otra forma ha trascendido a la regulación del usufructo en múltiples ordenamientos, ha sido objeto de diversas interpretaciones. De ahí que sea difícil determinar si el contenido del artículo 503 constituye una excepción a este principio.

Es difícil precisar el significado del principio por la complejidad de conocer qué se entiende jurídicamente por «forma» y «sustancia» (11).

Al indagar acerca del significado de ambos términos, lo primero que se advierte es que ni el Código Civil aclara qué ha de entenderse por forma y

(11) Por cuanto, como es sabido, son conceptos filosóficos. Así, en la Enciclopedia Garzanti (Eds. B., 1992), la Voz Sustancia (del lat. *Substantia*, traducción del griego *ousia*), a partir de Platón asume los significados de «existencia», «modo de ser», lo que «realmente es», es decir, de las ideas, y además de «idea de ser» y «esencia»; con Aristóteles adquiere el significado de «fundamento» de la realidad. Por otra parte, la Voz Forma (del griego *morfhé*) se entiende como término generalmente opuesto a «materia» y cuyo uso filosófico se remonta al pensamiento griego, en particular a Platón, Aristóteles, Tomás de Aquino, Kant, Hegel...

sustancia (12), ni el Derecho Romano despeja el segundo de ellos (13), cuestión que, probablemente, hubiera simplificado los múltiples reparos doctrinales sobre el principio y eludiría las consideraciones que siguen.

El tema, en mi opinión, ha sido tratado con cierta profundidad sin que pueda decirse que se haya alcanzado unanimidad, ni siquiera en la doctrina española (14), sobre el significado de los citados vocablos. Así, para GARCÍA VALDECASAS (15), el valor de la cosa es lo que determina la idea de sustancia, y por valor debe entenderse no sólo su rendimiento normal, sino también su rendimiento potencial, y la forma es la finalidad a la que la cosa sirve, entendida como el destino que la cosa tiene, no por sí misma, sino socialmente reconocido y estimado.

Por su parte, MALUQUER DE MOTES (16), con más acierto, a nuestro juicio, distingue entre «sustancia», «forma» y «destino» de la cosa, entendiendo que sustancia e identidad tienen un mismo significado; que la forma es el estado y característica de la cosa, y el destino es la manifestación económica o función que la cosa realice (17).

En la jurisprudencia española consultada parece predominar la tesis de «que la obligación de respetar la sustancia en los casos ordinarios equivale a

(12) Aunque, como se ha visto, los términos forma y sustancia encuentran su sede fundamental en materia de usufructo, el Código Civil contiene diversos preceptos, en otras instituciones, donde utiliza ambas expresiones. Así, el artículo 1.266 en materia de contratos, según el cual, para que el error llegue a invalidar el consentimiento deberá recaer sobre la sustancia de la cosa y sobre aquellas condiciones de la misma.

(13) Pues la máxima romana sólo contemplaba el término «*substantia*» eludiendo la «*forma*», dando a entender que la obligación de conservar quedaba limitada inicialmente a la «sustancia» de la cosa.

(14) Sobre el diverso significado que se atribuye a estos términos, vid., además de los autores mencionados en la exposición, las opiniones de MUCIUS SACA EVOLA, VALVERDE, VENEZIAN, CLEMENTE DE DIEGO en BORREL MACÍ, «Algunas consideraciones sobre la conservación de la sustancia en el usufructo», en *Revista de Derecho Privado*, 1949, págs. 1062-1063.

(15) «La idea de sustancia en el Código Civil», en *Revista de Derecho Privado*, 1951, pág. 8881 y sigs.

(16) *Op. cit.*, pág. 34 y sigs.

(17) A propósito del «destino», parece oportuno mencionar la «Función social» de las cosas (o bienes, en un sentido más económico) como instrumentos idóneos para satisfacer las necesidades humanas, ya sea de forma directa o indirecta. En un sentido más amplio, podríamos hablar de la función social del Derecho Civil Patrimonial, en figuras como el derecho de propiedad (paradigma de los derechos subjetivos), la posesión, el usufructo, las servidumbres y, en general, todos aquellos derechos que satisfacen intereses de varias personas de forma simultánea. Vid. sobre la función social de la propiedad, DUGUIT, L., *Las transformaciones generales del Derecho Privado desde el Código de Napoleón*, Madrid, s/f.; LASARTE, C., «Génesis y constitucionalización de la función social de la propiedad», en *Estudios Deusto*, 1977, pág. 100 y sigs., y en *op. cit.*, pág. 101 y sigs.; PUGLIATTI, S., *La proprietà nel nuovo Diritto*, Milano, 1954; LACRUZ, J. L., *Elementos de Derecho Civil*, III, vol. I, Editorial Bosch, Barcelona, 1988.

la prohibición de destruir la cosa total o parcialmente, aunque se extienda también a aquellos actos que destruyan o alteren condiciones no sustanciales de la cosa cuando primordialmente se hayan tenido en cuenta al constituir el usufructo (sentencia de 19 de enero de 1962) y respecto de la forma, afirma que su alteración supone una actividad del usufructuario que atenta contra el estado de la cosa recibida en usufructo, o las condiciones o características esenciales de la misma, es decir, que afecten su aspecto natural (sentencia de 27 de junio de 1969) (18).

Los términos «forma» y «sustancia», aunque puedan tener significados distintos, constituyen categorías inseparables que se manifiestan en todas las cosas o elementos de la naturaleza, equiparables, respectivamente, a las categorías filosóficas: forma y contenido, como antes se ha expresado.

Visto así, pudiera decirse que para preservar algo en su integridad hay que preservar su forma y su sustancia. La «sustancia» es lo que la cosa es, lo que la identifica y la enmarca dentro de un género, y la «forma» se refiere a los elementos externos que la configuran, que delimitan su identidad, y lo que en definitiva la distingue dentro de las otras cosas del mismo género.

Luego entonces, conservar la forma y sustancia equivaldría a preservar la cosa en su integridad, sin que dicha obligación deba entenderse en un sentido estático que impida una actitud de mejora sobre el bien, que se permite tanto al usufructuario (cfr. art. 487) como al nudo propietario (art. 503), como tendremos ocasión de explicar con más detenimiento en páginas siguientes.

¿Cuándo debería, entonces, considerarse alterada la forma y sustancia de la cosa?

Las diversas interpretaciones doctrinales han explicado el significado del principio *salva rerum substantia* con alguno de los siguientes argumentos:

- a) El usufructo no puede recaer sino sobre cosas susceptibles de uso reiterado, excluyéndose por tanto el usufructo de cosas consumibles (19), pero no cabe esta interpretación atendiendo al régimen del Código Civil español que expresamente admite el usufructo de cosas

(18) Véase, además, la sentencia de la AP de Pontevedra, de 14 de mayo de 1996, que reproduce lo expuesto en las citadas sentencias, y las sentencias de la AP de Barcelona, de 4 de junio de 1991 y de 9 de junio de 1994. Sobre el carácter imperativo del *salva rerum substantia*, en el artículo 467 del Código Civil, véase la STS de 27 de enero de 1993, en la que se dice que «el tantas veces consagrado *salva rerum substantia* viene en el consagrado como requisito a la vez que general, esencial, de dicho derecho real, ya que cuando ni por voluntad de las partes manifestada en el Título constitutivo del mismo, ni por expresa disposición legal se establece lo contrario, el referido principio se integra en el ámbito del *ius cogens*...»

(19) Así, probablemente pensó Paulo, según dice CASTÁN, J., *Derecho Civil español, común y foral*, T. II, Madrid, 1988, pág. 19, citando a GIRARD, en *Droit Romain*, 6.^a, pág. 370, nota 150.

- consumibles en el artículo 482 y que, no obstante, impone el límite de conservar la forma y sustancia de la cosa.
- b) El usufructo se extingue por la pérdida de la cosa. Por tanto, requiere la subsistencia de la cosa, esto es, su destrucción o consumo produciría la extinción de aquél. Pero tampoco cabe esta interpretación en el Código Civil, que contempla este principio en el artículo 467 cuando, al definir el usufructo, lo impone como límite al ejercicio de las facultades que comporta el usufructo y no como una causa de extinción.
 - c) El usufructuario deberá conservar la cosa, prohibiéndole que, durante el tiempo que dure el usufructo, ésta se consuma o destruya. Esta parece ser la interpretación más aceptada por la doctrina mayoritaria, aunque se opone el hecho de que parece obvio que no pueda consumirse ni destruirse la cosa si, tal y como ocurre, se establece como obligación del usufructuario la restitución del objeto a la extinción del usufructo, unido a los especiales deberes de conservación y cuidado que se le imponen (20).

En efecto, el deber fundamental del usufructuario es el de restituir la cosa al término del usufructo, razón por la cual todos los deberes o límites que se le imponen son instrumentales respecto del mismo. Y además, debe devolverla, al propietario, respetando su forma y sustancia.

En definitiva, de todo cuanto se ha dicho, probablemente sea conveniente admitir, sin obviar las reflexiones contenidas en el epígrafe siguiente, que el derecho de usufructo por ser un *iura in re aliena* de carácter temporal —requisito esencial de la figura—, impone a su titular la obligación de devolver la cosa al propietario; cumpliéndose con ello, de acuerdo con las exigencias legales de esta institución, cuando ésta se entrega en iguales o similares condiciones que tenía en el momento de constituirse el usufructo (21).

La integridad del bien, constituida por su forma y sustancia, no debe desvincularse de la utilidad y función socioeconómica que éste debe cumplir, lo cual implica que las alteraciones realizadas sobre la cosa entregada en usufructo no puedan disminuir, ni cambiar la función económica de la cosa: su utilidad.

(20) Por todos, DIEZ PICAZO, L., y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil, Derecho de Cosas y Derecho Inmobiliario Registral*, Madrid, 1994, V. III, págs. 403-404.

(21) MALUQUER DE MOTES, S. J. (*op. cit.*, pág. 23), habla de entregar lo idéntico, lo cual suponemos se refiere a la identidad de la cosa, no al hecho de que se entregue la cosa en un estado idéntico al que tenía al constituirse el usufructo. Sería imposible, dado el deterioro al que están sujetas las cosas con el paso del tiempo y porque, como veremos en estas páginas, la perspectiva de utilidad que debe tener el bien justifica, conforme al artículo objeto de estudio, la realización de obras y nuevas plantaciones en finca rústica.

En relación con la posibilidad que confiere el artículo 467, de que en el título de constitución del usufructo se acuerde no conservar la forma y sustancia de la cosa, la sentencia del Tribunal Supremo, de 19 de enero de 1962, insiste en que el principio normativo que inspira las disposiciones legales (467 y 489 del Código Civil) responde al respeto de la voluntad de los constituyentes de tanto vigor en el usufructo que puede llegar a dispensar de la obligación *salva rerum substantia*, como ocurre con el usufructo con facultad de disposición (al que se alude desde la STS de 23 octubre de 1925) que viene a ser la excepción legal reconocida a esta máxima, y cuyas manifestaciones legales, obviando de momento la posibilidad de encontrarse también en el artículo 503, parecen estar contenidas no sólo en el artículo 467, ya señalado, sino también en el 482 del Código Civil referido al usufructo de cosas consumibles y en el usufructo de minas (arts. 476-478 del Código Civil).

En suma, la existencia del *salva rerum substantia* es una consecuencia directa del carácter que tiene el usufructo como derecho real limitado sobre cosa ajena, pues si se le permitiera al usufructuario hacer lo que quisiera, podría realizar mutilaciones o modificaciones que hicieran la cosa irreconocible o distinta de la entregada.

Desde otro punto de vista, la obligación de conservar la forma y sustancia de la cosa parece ser la manera de conceptuar el freno al abuso del derecho, concretado en la extralimitación en el ejercicio de las facultades por parte de los sujetos que intervienen en esta relación jurídica (22).

Y, finalmente, aunque no se llegue al abuso, la superación del mencionado límite, por cualquiera de los sujetos, se traduciría en la obligación genérica de resarcimiento derivada de una acción de reclamación de indemnización de daños y perjuicios (23), así como en el caso de que el límite sea sobrepasado por el usufructuario, con considerable perjuicio para el propietario, por el mal uso de la cosa, pudiendo ser aplicable lo dispuesto en el artículo 520 del Código Civil, en virtud del cual «podrá pedir que se le entregue la cosa, obligándose a pagar anualmente al usufructuario el producto líquido de la misma, después de deducir los gastos y el premio que se le asigne por su administración».

La obligación de restitución, fundamental en el usufructo, se garantiza desde los inicios de la regulación de la institución, al establecer que el disfrute de los bienes ajenos entraña en sí mismo, por definición, la obligación de conservar la forma y sustancia de los mismos (art. 467 del Código Civil).

Ahora bien, aún cuando el mandato contenido en el artículo 467 nos da a entender que el usufructo sólo se constituye sobre bienes estimados por sus cualidades especiales que prestan una utilidad duradera (específicos e inconsumibles) —pues, cómo si no se impone la obligación de conservar su forma

(22) Vid. artículo 7.2 del Código Civil (Reforma del Título Preliminar de 1974).

(23) Contemplada de manera genérica en el artículo 1.101 del Código Civil.

y sustancia— lo cierto es que otros preceptos del Código se ocupan de regular usufructos cuya diferencia con el modelo normal o usufructo-tipo estriba en que existen reglas particulares que delimitan cómo y qué ha de restituirse a la extinción del derecho.

Así, por ejemplo, se regula el usufructo sobre bienes deteriorables (art. 481 del Código Civil) en el que la alteración de la sustancia es una consecuencia directa del goce (24), el usufructo sobre bienes fungibles, para el que se establecen normas especiales cuando se trata de montes y de árboles (arts. 483 al 485 del Código Civil), de ganados (art. 499 del Código Civil), el usufructo de predios en el que existan minas (arts. 476 y 477 del Código Civil), el de rentas vitalicias (art. 475 del Código Civil) e incluso el usufructo sobre bienes consumibles (art. 482 del Código Civil).

Respecto del usufructo de bienes consumibles o cuasi-usufructo (25), de carácter excepcional y anómalo, doctrinalmente se estima que siendo el usufructo el derecho de usar y disfrutar de una cosa ajena, dejando a salvo la forma y sustancia de la misma, no puede constituirse sobre las cosas que se consumen por el uso. A pesar de ello, entiende VENEZIAN que la obligación de conservar la forma y sustancia en estos bienes es la manera con que se expresa la obligación de restituir al propietario su valor o equivalente (26). Por otra parte, se interpreta que el derecho al disfrute de estos bienes implica la atribución de su propiedad al usufructuario (27).

Por consiguiente, el deber de restitución del usufructuario, cuya garantía esencial se expresa a través del *salva rerum substantia*, se adecua a la naturaleza de los bienes sobre los que se constituye el derecho, de tal suerte que si el usufructo se constituye sobre bienes imperecederos y específicos, supuesto típico, se impondrán a su titular especiales deberes de conservación y diligencia de la cosa usufrutuada.

A tal fin obedecen un grupo de normas orientadas a preservar la cosa como garantía de la restitución, estableciéndose, por ejemplo, que la posible

(24) En la disciplina de los bienes deteriorables se exige al usufructuario que el uso de la cosa sea conforme a su destino económico-social y el que corresponda razonablemente a un buen padre de familia (art. 481 del Código Civil). La violación de este deber puede dar lugar a responsabilidad del usufructuario en tanto perjudique al nudo propietario y, en su caso, a la aplicación del artículo 520 del Código Civil por abuso de la cosa.

(25) El usufructo sobre esta clase de bienes no se reconocía originariamente en el Derecho romano, pero un senadoconsulto de los primeros tiempos del imperio (que probablemente se remonta al siglo VII de la fundación de Roma, estableció que pudiera constituirse por legado el usufructo de todas las cosas que componen el patrimonio de una persona, de donde surgió la consecuencia de que podía legarse el usufructo aún de las cosas consumibles, constituyéndose así esta relación jurídica análoga al usufructo.

(26) VENEZIAN, *op. cit.*, pág. 19. Por su parte, LACRUZ, J. L. (*op. cit.*, pág. 38) considera que en el usufructo de cosas consumibles no opera el *salva rerum substantia*.

(27) Cuestión discutida. Véase reflejada la polémica en LACRUZ, J. L., *Elementos de Derecho Civil*, III, Bosch, Barcelona, 1991, págs. 75-77.

retirada de las mejoras hechas por el usufructuario se efectuará sin detrimento de los bienes (art. 487 del Código Civil); o, cuando al regular las obligaciones del usufructuario, antes de entrar en el goce de los bienes, dispone el inventario de éstos, haciendo tasar los muebles y describiendo el estado de los inmuebles (art. 491 del Código Civil); ordenando, por otra parte, la obligación del usufructuario de cuidar las cosas como un buen padre de familia (art. 497 del Código Civil), o estableciendo la responsabilidad que pesa sobre el usufructuario de responder del menoscabo que sufran las cosas usufructuadas por culpa o negligencia de la persona que le sustituya (art. 498 del Código Civil); y regulando la obligación que recae sobre el usufructuario de hacer las reparaciones ordinarias que necesiten las cosas dadas en usufructo (art. 500 del Código Civil), entre otras.

Para aquellos otros supuestos, ya enunciados, en que, dada la naturaleza del bien dado en usufructo, la auténtica restitución se hace imposible, establece el Código otras previsiones legales, como es la obligación de reintegrar en igual cantidad y calidad, cuando se trate del usufructo de cosas consumibles no estimadas (art. 482), o la obligación del usufructuario de reemplazar con las crías las cabezas que mueran anual y ordinariamente en el usufructo de rebaño o piara de ganados, y si el ganado fuera estéril se considera constituido sobre cosa fungible (art. 499), o regulando la obligación que pesa sobre el usufructuario de reemplazar los pies muertos de viñas, olivares u otros árboles (art. 483).

Así pues, se advierte que una de las principales obligaciones que se impone al usufructuario en el Código es la de «restituir» al término del usufructo, y que la fórmula genérica para garantizarlo es imponer la conservación de la forma y sustancia de la cosa a través de los deberes de conservación, custodia, mantenimiento y reparación de los bienes en los supuestos normales (28) u ordinarios de usufructo, y que en este sentido buena parte de las prescripciones del Código en la materia están orientadas a garantizarlo, cuestión, que interesa particularmente al propietario para que, por una parte, no se frustre, mientras dure el usufructo, el posible ejercicio de la facultad de disposición (29) (art. 489 del Código Civil), y por la otra, como hemos señalado, para garantizar la restitución del objeto una vez extinguido el gravamen.

(28) Sobre esta clase de usufructos, en que la Ley o el título de constitución autorizan la alteración sustancial de la cosa o el consumo de la misma, se ha opinado que sólo de manera impropia pueden ser calificados de usufructo, como ocurre igualmente en aquellos otros en que se confiere al usufructuario facultades de disposición sobre el pleno dominio de la cosa usufructuada (COSSIO, A., «La nuda propiedad», en *Anuario de Derecho Civil*, 1956, pág. 755).

(29) Ya que hay que tener en cuenta que como advierte ROCA SASTRE (*Derecho Hipotecario*, IV, 2.^a ed., Madrid, 1968, pág. 403), la propiedad despojada del usufructo sufre una desmembración tan importante que ello, unido a la inseguridad de cuándo quedará éste extinguido consolidándose en el dominio, hace que la nuda propiedad sea un elemento patrimonial poco apto para el crédito territorial y cuya negociabilidad es difícil.

Pero también se ha visto que a efectos de la restitución, o «sustitución» es indiferente que el usufructo se constituya sobre cosa mueble, inmueble, consumible, inconsumible, o en concreto, de viñas, de montes, de ganado, etc., pues se prevé para todos estos supuestos una vía de restitución o «sustitución»; y, en todo caso, para los eventos carentes de regulación rige la prescripción genérica y definitoria del artículo 467 estableciendo la obligación de conservar la forma y sustancia de la cosa.

Cabría objetar a todo lo dicho, que si en realidad el límite de respetar la forma y sustancia de la cosa parece concebido, en lo fundamental como garantía de la restitución del bien al término del usufructo, por qué, como ya sabemos, se impone también este límite al nudo propietario, en el artículo 489 del Código Civil, quien no tiene obligación alguna de restitución.

Probablemente haya que reparar en que la imposibilidad de alterar la forma o sustancia a que obliga el artículo 489, se establece en la norma que dedica el Código a regular la facultad que tiene el propietario de disponer del bien en cuanto a su «destino jurídico», y no respecto de la «disposición material», a la que atiende el artículo 503 en análisis. Es decir, el propietario puede transmitir el bien a un tercero, pero ¡cuidado!, para hacerlo no podrá alterar ni la identidad ni el destino económico del mismo, debiendo respetar el uso y disfrute del usufructuario.

En resumidas cuentas, interpretamos que en la norma contenida en el artículo 489, el legislador, a la par que deja claro que el propietario puede enajenar los bienes, advierte que el ejercicio de tal facultad no puede justificar un cambio en la identidad de aquéllos.

Contrariamente, tratándose de actos como los autorizados en el artículo 503, que tienden a otra finalidad —cual es asegurar el rendimiento de la cosa— y quizá asegurar la permanencia de la forma y sustancia de su destino económico, no pone iguales reparos el legislador, porque a fin de cuentas el límite de conservar la forma y sustancia de la cosa y su destino económico, desde la posición del propietario, se alcanza permitiéndole velar porque económicamente la cosa pueda seguir proporcionando utilidad en aras de una eficaz y productiva restitución. Conservar la forma y sustancia de la cosa equivaldría, por tanto, conforme al artículo 503, a conservar su aptitud productiva.

IV. EL ARTICULO 503 COMO NORMA PECULIAR EN LA REGULACION DEL USUFRUCTO

A pesar de que la mayoría de los preceptos contenidos en la regulación legal del usufructo constituyen una reproducción literal de los artículos del Proyecto de Código de 1851, el contenido del artículo 503 es el correspondiente al numerado como 505 en el Anteproyecto de Código Civil de 1882-

1888 (30), que a su vez parece haberse tomado del artículo 2.227 (31) del Código Civil portugués, de 1 de julio de 1867, que fue estimado y utilizado en los trabajos preparatorios del Código Civil español (32).

Por otra parte, resulta llamativo que este precepto no se encuentre regulado en otros Códigos (33), a excepción del artículo 1.471 del Código Civil portugués.

(30) Textualmente decía así: «El propietario podrá hacer las obras y mejoras de que sea susceptible la finca usufructuada, o nuevas plantaciones en ella si fuese rústica, siempre que por tales actos no resulte disminuido el valor del usufructo ni se perjudique el derecho del usufructuario» (Proyecto del Código Civil formado por la Colección primera de la Comisión de Codificación 1882-1888, Libros I y II, legajo 17, carpeta 0, documento 1).

(31) El citado artículo era del siguiente tenor: «*O usufrutuário é obrigado a consentir ao proprietário quaisquer obras ou melhoramentos, de que seja susceptível a coisa usufruída, e também plantaçoés novas, se o usufruto recair em prédios rústicos, contanto que dêsses factos nao resulte diminulcao no valor do dito usufruto*». El citado precepto se transcribe casi literalmente con un ligero retoque como primer párrafo del artículo 1.471 del vigente Código Civil portugués, y se añade un segundo párrafo cuyo contenido correspondía al artículo 2.230 del derogado Código, que dice:

«2. *Das obras ou melhoramentos realizados tem o usufrutuário direito ao usfruto, sem ser obrigado a pagar juros das somas desembolsadas pelo proprietário ou qualquer outra indemnização; no caso, porém, de as obras ou melhoramentos aumentarem o rendimento líquido da coisa usufruída, o aumento pertence ao proprietário*».

(32) Criterio sostenido por PEÑA, M. (*El anteproyecto del Código Civil español: 1882-1888*, Madrid, 1965, pág. 35), aunque señala que un estudio profundo de su influencia debe tener en cuenta el influjo previo en el Código portugués del proyecto español de 1851. Véase además sobre el particular, CATALÁ ROS, R., *El abuso del usufructuario: Análisis del artículo 520 del Código Civil*, Editorial Reus, Madrid, 1967, pág. 7.

(33) Ni siquiera hay norma de carácter similar en ninguna de las compilaciones forales, cuestión que no es de extrañar si se tiene en cuenta que el derecho real de usufructo no figura regulado en todas las compilaciones. Unicamente se encuentra una regulación especial del usufructo en la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra o «Fuero Nuevo de Navarra» (Ley 1/1973, de 1 de marzo, modificada por la Ley Foral 5/1987, de 1 de abril), en las leyes comprendidas de la 408 a la 422; del Capítulo I, «Del usufructo»; del Título IV, del Libro III, «De los bienes», y en la Compilación del Derecho Civil de Cataluña (Decreto Legislativo 1/1984, de 19 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Compilación del Derecho Civil de Cataluña), véanse los artículos 279 al 2.820, del Título II, «Del usufructo»; del Libro III, «De los derechos reales», y en la Ley 40/1991, de 30 de diciembre, Código de sucesiones por causa de muerte en el Derecho Civil de Cataluña, véase los artículos 304 (sobre el legado de usufructo), de la Sección 3.ª, «Las clases de legados»; del Capítulo IX, «Los legados»; del Título III, «La sucesión testada», y los artículos 331 y 332, de la Sección 1.ª, del Capítulo II, «El orden de suceder», del Título IV.

En el resto de compilaciones la referencia al usufructo es eventual y esporádica. Véase el artículo 68, del Capítulo III, «Del usufructo universal capitular»; del Libro III, «De las disposiciones aplicables en la isla de Menorca», de la Compilación del Derecho Civil de Baleares, Ley 5/1961, de 19 de abril de 1961, modificada por la Ley 8/1990, de 28 de junio, sobre la Compilación del Derecho Civil de Baleares y por Decreto legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Compilación del Derecho Civil de las Islas Baleares. En la Compilación aragonesa (Ley 3/199, de 21 de

Ni siquiera la singularidad del contenido de esta norma ha motivado la atención de la doctrina y la jurisprudencia, lo que probablemente obedezca a que la institución del usufructo ha sido abundantemente tratada de forma preferente desde el ángulo del usufructuario, permaneciendo a la sombra el examen de la nuda propiedad, cuestión advertida desde hace ya tiempo por ALFONSO DE COSSIO (34).

La nuda propiedad o propiedad gravada con usufructo, que subyace en el artículo en análisis, es un derecho con contenido actual en el doble marco jurídico y económico, y el derecho a disfrutar de los bienes ajenos, en que consiste el usufructo, no le priva de ser un poder que el Ordenamiento Jurídico permite tener sobre las cosas.

Ello resulta no sólo del estudio del amplio margen de facultades que reconoce el Código al nudo propietario sobre la cosa objeto de usufructo (v.gr., enajenar la cosa, art. 489), derecho de retención en caso de no prestar fianza —art. 494—, realización de obras y mejoras que no alteren o perjudiquen el derecho del usufructuario —art. 593, imponer las servidumbres que juzgue convenientes (35)— art. 595, etc.) sino de que, aún cuando se sustraen del derecho de propiedad el uso y disfrute, se conservan la generalidad de facultades que la ley permite tener sobre el bien, pudiendo decirse, en términos generales, que la única y verdadera obligación (36) impuesta al nudo propietario durante la vigencia del usufructo es la de no impedir el disfrute al usufructuario.

Lo dicho se confirma si se tiene en cuenta que nuestro Código Civil, al igual que la mayoría de los Códigos (37), al regular el usufructo dedica toda una sección a normar las obligaciones del usufructuario, sin que se dediquen reglas de este tenor para establecer los derechos y obligaciones del propietario.

Luego entonces, no es de extrañar que, el precepto en cuestión, esté ubicado entre las normas de la Sección Tercera, del capítulo VI, dedicadas a los

marzo), véase el Capítulo II, «Del usufructo vidual»; del Título VI, «De la viudedad»; del Libro I, «Derecho de la persona y de la familia».

(34) COSSIO, A., *op. cit.*, pág. 739.

(35) Sobre la incuestionable titularidad dominical del nudo propietario para constituir servidumbres sobre los bienes en usufructo, sin el consentimiento del usufructuario, véase la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, de 30 de marzo de 1993.

(36) Ni siquiera la realización de reparaciones extraordinarias y el pago de las cargas que recaen sobre el capital se imponen en términos de obligación al propietario, ni se establece un derecho del usufructuario contra el propietario para exigirle su realización o abono. Se dice sólo que serán de cuenta del propietario (arts. 501 y 505 del Código Civil). ENNECERUS, KIPP y WOLFF, «Tratado de Derecho Civil», *op. cit.*, pág. 101.

(37) Cfr. Capítulo III del Título III, del Libro III (*Obrigações do usufrutuário*, arts. 1.468 a 1.475) del citado Código Civil portugués. Por su parte, el Código Civil argentino dedica el Capítulo IV, del Título X, del Libro ... (arts. 2.878 al 2.909) a regular las obligaciones del usufructuario, pero también dedica un Capítulo (V) a regular las obligaciones y derechos del nudo propietario (arts. 2.910-2.917).

derechos y obligaciones del usufructuario, destinándose algunos preceptos sólo al nudo propietario, como es entre otros el artículo en examen.

El precepto en análisis se encuentra ubicado a continuación de los que se ocupan de las reparaciones ordinarias y extraordinarias del bien dado en usufructo, el artículo 500 dedicado a las primeras, y el 501 y 502 sobre las segundas. Atendiendo a la ubicación sistemática que tiene, quizá pueda decirse que se inserta en la misma dinámica que los artículos que le preceden de conservar la cosa no sólo en su forma y sustancia sino en la utilidad y aprovechamiento económico, criterio al que probablemente obedezca su posición a continuación de normas referidas a las mejoras.

Podría decirse además que está concebido para preservar el bien en su utilidad. Es decir, aún cuando la actuación del propietario pudiera afectar la cosa en su forma y sustancia, parece estarle permitido a éste realizar obras y mejoras para asegurar que el bien siga conservando su utilidad.

¿De qué le vale al propietario que se le reintegre la misma cosa, entregada al constituirse el usufructo, si ha perdido su utilidad? En este sentido, el artículo 503 responde a la necesidad de que el propietario pueda mantener la cosa, durante el tiempo que dure el usufructo, con la proyección económica y productividad que tenía cuando se constituyó el derecho.

La posición sistemática de ésta y otras disposiciones referidas al nudo propietario, así como una rápida lectura de todas las que conforman el contenido del régimen jurídico del usufructo, nos indica que entre el nudo propietario y el usufructuario no existen derechos contrapuestos, sino una relación de amplio contenido que conlleva derechos, obligaciones y cargas recíprocas para ambos, aún cuando las facultades del nudo propietario sean más amplias y se le impongan menos límites que al usufructuario.

V. OBRAS, MEJORAS Y NUEVAS PLANTACIONES DEL ARTICULO 503 DEL CODIGO CIVIL

Entre los actos que, a tenor del artículo 503, puede realizar el propietario, se encuentran las «obras» y «mejoras» de que sea susceptible la finca usufructuada, y «nuevas plantaciones» si fuere rústica.

La realización de tales actos no da lugar a derecho de indemnización al nudo propietario, ni a percibir el interés legal de la cantidad invertida. Se trata de obras, mejoras y nuevas plantaciones que corren a su cargo, aún cuando aumenten el rendimiento líquido que pueda obtener el usufructuario.

Sobre las obras y mejoras que el nudo propietario puede realizar en la finca usufructuada, lo primero que convendría preguntarse es si éstas alteran la forma y sustancia de la cosa, siendo necesario esclarecer previamente qué ha de entenderse por obra y por mejora en el contexto del precepto.

Respecto de las «obras», nuestro Código Civil no las define en la regulación del usufructo. Estas tienen su principal sede en las normas relativas al contrato de arrendamiento (cfr. arts. 1.542 y 1.544 del Código Civil) (38). En este último tienen el sentido genérico de cualquier resultado realizado por el trabajo o actividad del hombre (39); el mismo significado que parece justificar su empleo en el artículo 503.

Respecto a las «mejoras», tampoco se definen en el Código, la doctrina consultada entiende que serían aquellos actos provenientes de la actividad humana que producen un incremento en el valor de la cosa y cuando ocasionan un aumento en la productividad del bien, se califican de «útiles» (40). A estas últimas parece referirse el artículo 503, puesto que las «necesarias», que serían las destinadas a la conservación de la finca, sin ser resultado del deterioro o desgaste inherente al uso natural de la misma, corren a cuenta del propietario y se definen como reparaciones extraordinarias en el artículo 501 del Código Civil, según advierte PUIG BRUTAU (41).

Según se observa, obras y mejoras pueden tener un sentido distinto, si bien hay que admitir que la realización de una obra podría implicar una mejora en la finca objeto de usufructo, y la mejora podría ser producto de una actividad distinta de la realización de una obra, como las que provienen de la naturaleza o del tiempo (art. 456 del Código Civil), aunque habría que reconocer que no es a esta clase de mejoras a la que se refiere la norma en estudio.

En relación con la naturaleza de los bienes sobre los que se pueden ejercitar las facultades de hacer obras y mejoras, el precepto en análisis únicamente se refiere a la finca usufrutuada. Por consiguiente, las facultades conferidas al nudo propietario en el artículo 503 sólo pueden ejercitarse cuando los bienes sean inmuebles. No obstante, cabría preguntarse si de la regulación del usufructo no cabe deducir igual o similar ámbito de facultades para el propietario cuando los bienes son de naturaleza mueble, sin destacar, por

(38) En el Código Civil también se emplea el término «obra» en los artículos siguientes: 359 y 360 (accesión), 420 a 422 (defensa de aguas), 577 y 579 (medianería) y 543, 552, 577, 579 y 599 (servidumbres).

(39) DEL ARCO, M. A., *Derecho de la construcción*, Madrid, 1990, pág. 39. En el artículo 502 del Código Civil, el término «obra» se utiliza como equivalente de reparaciones extraordinarias.

(40) Sobre las mejoras útiles, dice MORENO QUESADA (*La mejora de los bienes. Supuestos legales y teoría general*, Editorial Montecórvo, Madrid, 1990, pág. 43) que son auténticas mejoras, y que su concepto se establece en torno a su utilidad, y, citando a MUCIUS SCAEVOLA (Código Civil comentado, Madrid, 1948, t. VIII, 5.^a edición, pág. 457) dice: «...si útil es todo aquello que nos reporta o produce provecho, comodidad, frutos e interés, gastos útiles serán los que poniendo la cosa en condiciones de procurar más provecho, más comodidad, más frutos o más intereses, aumentan su valor».

(41) PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho Civil*, T. III, 2.^a ed., Madrid, 1973, pág. 316.

obvia, la facultad de hacer obras y mejoras sobre esta clase de bienes cuando el título de constitución del usufructo lo autorice (arts. 467 y 470).

Atendiendo a la naturaleza urbana o rústica de los referidos inmuebles, es irrelevante, en el caso de los urbanos, para hacer las obras o mejoras en el bien que se trate de inmuebles por su naturaleza o por incorporación, a diferencia de los rústicos, que deben ser siempre bienes inmuebles por su naturaleza, excluyéndose la posibilidad de que el supuesto regulado en el 503 alcance a las mejoras que pudieran realizarse sobre bienes inmuebles por incorporación en finca rústica, como podrían ser las viñas, olivares u otros árboles o arbustos, ya que aunque tales bienes se encuentran incorporados a la finca rústica, el objeto del usufructo en los artículos que describen tales supuestos se refiere al usufructo de tales bienes y no a la finca donde estos están incorporados.

Así, por ejemplo, se advierte la imposibilidad de aplicar el artículo 503 del Código Civil cuando el usufructo se constituye sobre una plantación o un viñado, pues sería entonces de aplicación el artículo 483 del Código Civil que regula concretamente el usufructo que recae sobre árboles y plantaciones, y en concreto de viñas, en el que el deber de conservar la sustancia de la cosa se extiende a la especie cultivada y al conjunto de arbustos que componen la plantación, cuya desaparición conlleva la obligación de reponerlos por otros nuevos.

La Audiencia Provincial de Toledo, en la sentencia analizada, confirma lo anteriormente expuesto al afirmar que: «No es propiamente una determinada plantación sino la finca rústica y su aprovechamiento agrícola en general lo que hace que no sea de directa aplicación al caso el artículo 483 del Código Civil, que regula de manera específica el usufructo que recae sobre árboles o plantaciones, y en concreto de viñas, en el cual el deber de conservar la cosa se extiende a la especie cultivada y al conjunto de arbustos que componen la plantación, cuya desaparición conlleva la obligación de reponerlos por otros nuevos. Se trata, por tanto, de un usufructo constituido sobre finca rústica, aprovechamiento agrícola inespecífico».

Delimitando, entonces, el supuesto contemplado en el 503, las facultades conferidas al nudo propietario son: «obras» y «mejoras» en la finca usufructuada, sea ésta, urbana o rústica, y nuevas plantaciones cuando la finca sea rústica.

Cabría preguntarse, por otra parte, cuál es el fundamento del reconocimiento de la facultad de hacer obras y mejoras conferido al propietario en el artículo 503. Probablemente el mismo que justifica la posibilidad de su ejercicio por parte del usufructuario, que es el de atender a la conservación del rendimiento del bien usufructuado, que revertirá a favor del propietario, haciendo suyas, al unísono, las mejoras, como poseedor al extinguirse el usufructo.

Pero, en definitiva, nos interesa saber si el ejercicio de tales actos por el nudo propietario afecta la forma y sustancia de la cosa, y, por consiguiente, si las facultades conferidas al mismo, el artículo 503, se pueden ejercitar aún cuando afectaren la forma y sustancia de la cosa.

En principio, no puede determinarse *a priori* si una obra o una mejora afecta la forma y la sustancia de la cosa, pues puede ser que no la altere, criterio que parece inferirse del artículo 487 del Código Civil, al permitir al usufructuario hacer las mejoras útiles o de recreo que tenga por conveniente, siempre que no alteren la forma y sustancia de la cosa dada en usufructo.

La facultad de mejorar que se reconoce de forma expresa al titular del usufructo (art. 487 del Código Civil) parece en principio contradictoria con la obligación del usufructuario de conservar la forma y sustancia de los bienes que impone el artículo 467 del Código Civil. Ahora bien, opinamos con MORENO QUESADA (42) que el límite expresado en el artículo 487, consistente en no alterar la forma y sustancia de la cosa, excluye que las mejoras realizadas por el usufructuario se enmarquen en el caso contemplado por el artículo 467, como norma que autoriza una desviación del principio *salva rerum substantia*.

La preocupación por el binomio: facultad de mejorar-obligación de conservar la forma y sustancia de la cosa, es de tal magnitud que, según VENEZIAN (43) hay que considerar que la limitación del derecho a que se le abonen los gastos de las mejoras al usufructuario, constituye una sanción indirecta de aquella obligación (art. 487 del Código Civil) (44).

Obviamente el prisma desde el que está concebida la mejora en el citado artículo 487 es que, a la par que se perciban las utilidades del bien, aumentadas quizá con la mejora, se atienda a su cuidado diligente, que importa de cara a la restitución del bien al nudo propietario.

Pero, como se ha dicho, la mejora puede o no, alterar la forma y sustancia del bien, y el legislador, plenamente consciente de ello, impide al usufructuario que las mejoras que realice afecten la forma y sustancia del mismo. Sin embargo, el artículo 503 faculta al propietario para realizar las mejoras (también las obras y las nuevas plantaciones en finca rústica), sin exigirle, en mi opinión, el respeto al principio *salva rerum substantia*; el único límite que le

(42) *Op. cit.*, págs. 53-54.

(43) *Op. cit.*, pág. 50.

(44) Sin ánimo alguno de entrar en la discutida cuestión de la atribución de los resultados de las mejoras realizadas por el usufructuario, conviene recordar que la doctrina ha interpretado que el usufructuario no tiene derecho a cobrar el importe de lo gastado en las mejoras útiles y de recreo; sólo tiene derecho a llevarse la mejora resultante, si se puede hacer sin menoscabo de la cosa usufrutuada, porque en este caso es legítimo asegurarle este beneficio contra el derecho del propietario a utilizar la accesión. Véase por todos: MORENO QUESADA, R., *op. cit.*, pág. 52 y sigs.

impone es que no disminuya el valor del usufructo ni perjudique el derecho del usufructuario.

Luego entonces, el hecho de que el artículo 503 no contenga una expresa referencia al límite de conservar la forma y sustancia —tal y como lo hace el art. 487— lo conecta con la segunda parte del artículo 467 y, por consiguiente, permite interpretar que el supuesto regulado podría ser aquél en que la ley permite alterar el *salva rerum substantia*.

Podría estimarse, entonces, que esta especialidad contenida en el artículo 503 tiene un fundamento meramente económico. Esto se advierte en que esta norma está ubicada a continuación de aquéllas que se ocupan de las reparaciones que deben hacerse sobre el bien, vigente el usufructo; por lo que pudiera pensarse que, en este afán de velar por la conservación económica del bien y de impedir que pierda su valor, se autoriza al propietario a realizar los actos descritos, aún cuando éstos ocasionen un cambio en la forma y sustancia del bien no deseado por el usufructuario.

Quedaría pendiente plantearse cuál es la razón de que el límite de conservar la forma y sustancia se imponga de forma expresa en el artículo 487 al usufructuario y no se exija en el 503 al nudo propietario. La razón parece estar en la concepción de la propiedad que impera en el Código, conforme a la cual la voluntad del propietario prima sobre la de cualquier otro sujeto en relación con la cosa o bien perteneciente al propietario.

El Código, absorto en la contemplación del titular dominical, permite que el propietario, con poderes casi absolutos, pero no ilimitados, quede facultado, según su «personal arbitrio», para realizar actos que pretendan el aumento del valor de la finca usufrutuada, dibujando, como es el caso, de forma imprecisa, los límites a que se condiciona su ejercicio.

V.1. MEJORAS Y NUEVAS PLANTACIONES EN FINCA RÚSTICA

En la actualidad, el tema de las mejoras en finca rústica o mejora agraria tiene un tratamiento que excede del significado que tiene en el Código Civil, pues, como es sabido, el aprovechamiento del suelo rústico es un objetivo prioritario en la Política Agraria Comunitaria (PAC) (45).

(45) La incorporación definitiva de España a la Comunidad Económica Europea (CEE), el 1 de enero de 1986, supuso, entre otras cosas, la sujeción a la Política Agraria Comunitaria (PAC). Conforme al artículo 38 (ap. 1) del Tratado de la CEE, que establece que: «El Mercado Común abarcará la agricultura y el comercio de los productos agrícolas». Por su parte, la Constitución Española de 1978, en el artículo 128.1 establece que: «Toda la riqueza del país en sus distintas formas, y sea cual fuere su titularidad, está subordinada al interés general», y en el artículo 33.2 incorpora, novedosamente, que: «La función social de estos derechos (el derecho a la propiedad privada y a la herencia) delimitará su contenido de acuerdo con las leyes».

Sobre las nuevas plantaciones en finca rústica hay que reconocer que su finalidad principal radica en obtener el máximo aprovechamiento de la tierra. Es decir, la problemática que subyace en las mejoras y las plantaciones sobre esta clase de bienes no se agota en la aparente y simple relación *inter partes* que media entre el propietario y el usufructuario, sino que excede en gran medida del ámbito privado de esta relación, y ello porque las fincas rústicas son bienes de naturaleza productiva sobre los que se proyectan con particular incidencia las exigencias sociales.

De ahí que podamos preguntarnos si en la actualidad las mejoras o nuevas plantaciones que puede realizar el propietario a tenor del 503, constituyen un poder o facultad cuyo ejercicio se deja al arbitrio del propietario o en ocasiones se presenta como un deber legal encaminado a satisfacer necesidades públicas que pueden tener un carácter muy variado: incremento de la producción, fomento del empleo, protección del medio ambiente, etc.

En resumen, la disciplina de las mejoras sobre esta clase de inmuebles se presenta con una vertiente pública muy importante, pues suelen constituir un objetivo de la PAC para obtener una distribución óptima de la riqueza.

Se entiende, por tanto, que los Tribunales, a la hora de juzgar asuntos relacionados con la realización de mejoras agrarias, no puedan desconocer el significado que éstas tienen en la actualidad, debido a su inserción en las normas de la PAC, y que, en consecuencia, la aplicación del artículo 503 se sustente en mayor medida en una interpretación sociológica que exige ponderar los requerimientos de la CEE.

VI. LA ACCION INTERDICTAL DE OBRA NUEVA

Teniendo en cuenta que, como se ha visto, las facultades que se le confieren al nudo propietario en el artículo 503 son ejercitables sobre bienes rústicos o urbanos, convendría preguntarse si la realización de «obra nueva» puede entenderse comprendida entre aquéllas que se permiten al propietario o si cuenta el usufructuario con la facultad de paralizar la realización de la misma.

Según criterio contenido en una «curiosa» sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo, de fecha 8 de febrero de 1993, para que prospere el interdicto de obra nueva es necesario:

- «a) Que el actor se halle en la pacífica posesión de una cosa o le asista un derecho de propiedad o cualquiera otro de naturaleza real.
- b) La realización por un tercero de una obra nueva, consistente en sentido amplio, en una construcción material que ocasione un cambio en el estado actual de la cosa que afecte a ésta sustancialmente.

- c) Que, de algún modo, dicha obra, limite, cercene o menoscabe el derecho de propiedad, posesión u otro derecho real del actor interdictal, aunque sólo sea de forma potencial, inminente y probable.
- d) Que ese perjuicio sea demostrado por el accionante».

Atendiendo a lo expuesto, cabe afirmar que la realización de obra nueva constituye una alteración en la forma y sustancia de la cosa, «en tanto que la afecta sustancialmente». Por otra parte, según se desprende de las manifestaciones contenidas en la citada sentencia, tanto el propietario como el usufructuario resultan legitimados activamente (46) para promover el proceso interdictal de paralización de obra nueva.

Sin embargo, inicialmente, el nudo propietario, al amparo del artículo 503 podría, según parece, realizar dicha obra con el único límite de no que «no resulte disminuido el valor del usufructo», «ni se perjudique el derecho del usufructuario», pues, como reiteradamente se ha dicho, nada dice el precepto respecto a no afectar la forma y sustancia de la cosa. Pero el razonamiento no puede ser tan simple, antes bien, cabría imaginar el supuesto contemplado y pensar que la construcción de la obra nueva en cuestión ocasiona un cambio en el estado actual de la cosa afectándola sustancialmente, por ejemplo, donde antes había una finca rústica, dedicada a una determinada plantación, el propietario pretende hacer una casa de campo que impediría continuar con los cultivos existentes.

En dicho supuesto habría que comenzar por preguntarse lo siguiente: si la realización de la obra nueva por parte del propietario, tomando como fundamento el precepto en análisis, constituye un abuso del derecho por parte de aquél; y si el cambio del destino económico de la cosa, que parece claro en el supuesto enunciado, es permisible en virtud del artículo 503.

A la luz de las interrogantes planteadas, no parece razonable admitir que al amparo del artículo 503 del Código Civil el propietario pueda realizar una obra nueva que afecte el destino económico de la cosa que originalmente dio en usufructo, si bien se puede admitir que sin variar el destino económico de la cosa puede el propietario cambiar la forma y sustancia de la cosa, pero no la finalidad a la que estaba destinada, todo lo cual, al hilo de lo expuesto, nos lleva a plantear que la conservación de la forma y sustancia de la misma comprende dos aspectos: la integridad del objeto y la finalidad económica que tenía al momento de constituirse el usufructo. Dentro de esta dualidad inse-

(46) Dicha legitimación del nudo propietario no se extiende a toda clase de procesos. Así, no resulta legitimado cuando se trate de actos referentes al negocio arrendaticio que se ha realizado sobre la finca objeto de usufructo, pues sólo el usufructuario está legitimado para realizar actos de administración y disfrute en relación con la cosa o derecho usufructuados. En este sentido, la sentencia de 18 de enero de 1995, de la Audiencia Provincial de Barcelona.

parable, lo que al parecer no puede verse afectado ni siquiera por el propietario, aún cuando la actividad redunde en un probable beneficio para el usufructuario, es la finalidad para la que era empleada por el propietario antes de ceder su uso en función de su destino económico.

Ello es lo que, en definitiva, determinaría la identidad del objeto, y lo que al parecer podría justificar que en el axioma procedente del Derecho romano sólo exija la conservación de la sustancia, equiparable a la finalidad o destino económico, sin referencia alguna a la forma.

En resumen, y teniendo en cuenta lo anteriormente expuesto, el hecho de que el nudo propietario no pueda hacer nada que perjudique el derecho del usufructuario (art. 503), ni alterar la forma y sustancia de la cosa usufructuada (art. 489), nos lleva a concluir que frente a la realización de obra nueva podrá el usufructuario oponerse a ella y prosperar su petición porque el nudo propietario no está facultado para realizarla en virtud del artículo 503.

VII. LIMITES AL EJERCICIO DE LAS FACULTADES CONFERIDAS AL NUDO PROPIETARIO

VII.1. DISMINUCIÓN DEL VALOR DEL USUFRUCTO

Entre los límites establecidos en el artículo 503, al ejercicio de las facultades que se confieren al nudo propietario se exige que no se disminuya el valor del usufructo.

La contemplación de este límite está en íntima relación con la propia naturaleza del usufructo como derecho real de goce que confiere a su titular el mayor aprovechamiento posible sobre la cosa. De manera que, parece lógico, que las prescripciones legales sobre la institución prohíban al nudo propietario atentar contra lo que constituye el contenido de tal derecho. El colmo sería que el legislador, luego de permitir al propietario realizar actos probablemente no deseados por el usufructuario, no le pusiese ningún límite a su actuación.

VII.2. PERJUICIO DEL DERECHO DEL USUFRUCTUARIO

El probable perjuicio al derecho del usufructuario como límite al derecho del nudo propietario, se establece de forma expresa no sólo en el artículo 503, sino también en el artículo 489 que autoriza al propietario a enajenar la cosa dada en usufructo y en el artículo 595 del Código Civil, que le permite imponer servidumbres sobre la finca.

Es evidente que el supuesto perjuicio puede tener su origen en una causa diferente, según se trate, del artículo 489 o del 595 del Código Civil, que se

ocupan de los actos de enajenación y gravamen que puede realizar el propietario, o del artículo 503, que al referirse a la realización de obras, mejoras y nuevas plantaciones, y constituir por tanto alteraciones fácticas, inciden sobre la utilidad material del bien y no sobre la disposición del derecho.

Cuando se trata de cambios en la propiedad —que atañen al destino jurídico del bien—, no permite el Código que el nudo propietario realice alteraciones en la forma y sustancia de la cosa (art. 489 del Código Civil), pero no le impone igual rigidez cuando su actuación pueda repercutir en el aumento o rendimiento económico del bien (supuesto del art. 503). Pero en resumidas cuentas, en las aludidas normas (arts. 489, 503 y 595 del Código Civil) al nudo propietario le está vetado todo acto material o jurídico que perjudique al usufructuario, aunque concretamente nos interesa cuándo puede estimarse perjudicado su derecho como consecuencia del ejercicio de las facultades del artículo 503.

Es posible imaginar un supuesto donde el usufructuario alegue que la obra, mejora o nueva plantación realizada por el nudo propietario le ocasiona un perjuicio, pues le perturban en su pacífico goce, y ello es entendible porque desde el prisma de la subjetividad, cualquier interferencia en la actividad que regularmente realiza el usufructuario puede ser considerado por éste como un perjuicio. Sin embargo, la interpretación de este precepto, y concretamente del límite impuesto en el mismo de no perjudicar el derecho del usufructuario, requiere que se enfoque su análisis desde un punto de vista objetivo.

Es decir, es evidente, como se ha dicho, que todo lo que realice el nudo propietario en la finca usufructuada en contra de la voluntad del usufructuario, puede decirse, perjudica su derecho, pero no es de la subjetividad del usufructuario o de lo que a su juicio le perjudica, de lo que se ocupa el precepto, ni lo que debe ser objeto de preocupación del nudo propietario a la hora de valorar si los actos que realiza o se propone realizar en la finca perjudican el derecho del usufructuario porque, en definitiva, hay que admitir que el derecho del usufructuario se circunscribe a lo que conforma el contenido del derecho del usufructo, sin que al parecer le esté permitido determinar cuál es la mejor forma de hacerlo, si ello colisiona con la iniciativa del nudo propietario de realizar obras, mejoras o plantaciones que pueden redundar en mejorar el valor y rendimiento del bien, incluso en beneficio del usufructuario.

Habría que analizar, por otra parte, si el posible «beneficio económico» que obtendría el usufructuario con las obras, mejoras o plantaciones realizadas por el propietario, constituye un argumento que pueda justificar el hecho de que se altere la forma y sustancia de la cosa no deseada por el usufructuario. Dicho argumento parece decaer ante el supuesto de un usufructo temporal no vitalicio, donde tales actos se realicen casi a la finalización del término por el que se constituyó el derecho. En tal caso ni siquiera el usufruc-

uario se verá beneficiado con el rendimiento económico del bien, pues incluso los frutos pendientes a la hora de la liquidación del estado posesorio pasarán al titular que lo sustituya en la posesión del bien.

En suma, el perjuicio del derecho del usufructuario no debe analizarse desde la perspectiva del titular de este derecho (47), sino desde el derecho mismo objetivamente considerado. Esto es, atendiendo a su contenido que reconoce al usufructuario las facultades de usar y disfrutar de la cosa.

Para poder usar y disfrutar de la cosa tiene el usufructuario el derecho esencial de poseerla, y en tal virtud puede utilizar los interdictos posesorios para retener y recuperar su posesión. En relación con el disfrute, si bien, en virtud del artículo 471 del Código Civil se limita sólo a la obtención de los frutos, a tenor del artículo 479, el disfrute es más amplio que la mera percepción de frutos, pues podrá el usufructuario disfrutar del aumento de valor que reciba por accesión la cosa usufrutuada de las servidumbres que tenga a su favor y de todos los beneficios inherentes a la misma. Todo ello constituye *grosso modo* el contenido del derecho del usufructuario, que no puede verse lesionado en el ejercicio de los actos del nudo propietario en virtud del artículo 503.

Es, por tanto, el contenido del derecho de usufructo el que de ningún modo puede verse perjudicado por las actuaciones del nudo propietario, pues, pese a la conveniencia económica, que podría suponer la realización de los actos del nudo propietario a tenor del artículo 503, pudiera ser que aquéllos —en particular las nuevas plantaciones— no gusten al usufructuario.

Pero lo cierto es, como afirma magistralmente el profesor LACRUZ: «...el modo de goce caprichosamente adoptado por el usufructuario no se puede oponer a la iniciativa del nudo propietario de realizar unas obras o plantaciones que mejoran la finca para ambos, es decir, aumentan no sólo su valor, sino también su rentabilidad inmediata, de modo que tal aumento supere la pérdida del disfrute, tal como venía practicándolo el usufructuario» (48).

VIII. DE VUELTA A LA SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE TOLEDO, DE 10 DE OCTUBRE DE 1995

La Audiencia sostuvo como argumento básico para fallar a favor de los condueños de la finca, desestimando el recurso de apelación de los demandados que, al amparo del artículo 503 del Código Civil, podían, como lo hicieron, los condueños, arrancar los viñedos plantados en la finca usufrutuada y cambiar este cultivo por otro de cereales.

(47) Quizá con acierto el artículo 595 al ocuparse de este límite, no habla de perjuicio al derecho del usufructuario, sino de que no «perjudique al derecho del usufructo».

(48) LACRUZ BERDEJO, J. L., *op. cit.*, pág. 52 *in fine* y 53.

En una primera lectura de esta sentencia pensamos que el cambio de cultivo unilateral por el propietario suponía una clara alteración del principio *salva rerum substantia* (ex. art. 503 del Código Civil). Sin embargo, al reflexionar con mayor profundidad sobre los Fundamentos de Derecho de la misma, cambiamos de opinión porque una de las cuestiones más importantes a tomar en consideración es que la cosa dada en usufructo, en los hechos de autos, no era la plantación de viñedos (art. 483 del Código Civil) —sustituida por la plantación de cereales— sino la finca rústica y su aprovechamiento agrícola en general, cuestión que, de antemano, excluye la posibilidad de considerar que el propietario haya vulnerado el principio de la forma y sustancia de la cosa, y, por consiguiente, su destino económico.

En todo caso, cabría analizar si con las nuevas plantaciones se sobrepasan los límites que impone el artículo 503: «que no resulte disminuido el valor del usufructo» y «que no se perjudique el derecho del usufructuario». La Audiencia estima que mientras se mantenga o mejore la productividad de la misma, no puede decirse que se haya disminuido el valor del usufructo ni que se perjudique al usufructuario, y que no se llegaría a igual conclusión si el arranque del viñedo no se hubiera sustituido por otra forma de cultivo y la finca quedase improductiva, lo cual provocaría una merma de valor y menoscabo en el disfrute de la finca en perjuicio del usufructuario.

No obstante, la Audiencia se preocupa de analizar si, con las nuevas plantaciones, resultaría afectada la forma y sustancia de la cosa usufructuada, concluyendo que ésta no ha sufrido tal alteración con el argumento de que no se ha cambiado su destino económico al seguir siendo una finca rústica dedicada a una explotación agrícola.

Según se pone de manifiesto en los Fundamentos de Derecho de la sentencia, la Audiencia tiene especialmente en cuenta que con las nuevas plantaciones se mantenga o mejore la productividad de la finca rústica.

A mi juicio, es muy importante considerar que la sustitución de un cultivo por otro, admitida por la Audiencia a los nudos propietarios, tiene como antecedente la percepción por éstos de una subvención comunitaria, cuestión que nos lleva a plantear que además de los intereses individuales fueron también ponderados los intereses sociales que sirven de fundamento a la política agraria comunitaria.

Finalmente, queremos resaltar la tesis sostenida por el Tribunal, que compartimos, según la cual, el artículo 503 del Código Civil introduce una mayor flexibilidad y amplitud en la esfera de actuación del nudo propietario, puesto que, además de las mejoras en sentido estricto, puede realizar las obras de que sea susceptible la finca usufructuada, así como nuevas plantaciones en ella si fuera rústica. Amplitud y flexibilidad que desde nuestro punto de vista se extiende a la posibilidad de que con los actos que realice el nudo propietario

en virtud de la citada norma, se vulnera en alguna medida el principio *salva rerum substantia*.

IX. CONSIDERACION FINAL: «EL ARTICULO 503 DEL CODIGO CIVIL FLEXIBILIZA LA APLICACION DEL PRINCIPIO *SALVA RERUM SUBSTANTIA*»

Es notoria la importancia que tiene en el Código, para asegurar la restitución del bien dado en usufructo, el límite que se impone al usufructuario de no alterar la forma y sustancia de la cosa, obligación que se cumple de forma distinta dependiendo de cuál sea la naturaleza del bien.

Todo parece indicar que de poco vale que se tomen todas las cautelas expuestas en orden al cuidado y devolución de la cosa dada en usufructo, si sobre la posible utilidad del bien no se le ofrecen facultades al nudo propietario para contribuir al cuidado del bien en aras de conservar su valor económico. Y aunque la utilidad del bien importe mucho, incluso para el usufructuario, es lógico que no pueda concedérsele el mismo ámbito de atribuciones que se conceden al propietario, pues la constitución del usufructo, otorgándole facultades que atenten contra la identidad de un bien ajeno, excedería del ámbito del uso y disfrute que constituye el contenido del derecho.

Por otra parte, obedece a cierta lógica que en algún momento se ocupe el Código de imponer al nudo propietario el deber de respeto a la conservación de la forma y sustancia de la cosa, pues sería impensable un usufructo donde el propietario estuviera facultado a su antojo a realizar sobre los bienes toda clase de modificaciones, pero en el caso de que exista una razón económica que lo justifique, sería entendible que el Código lo contemplase.

En resumidas cuentas, de todo cuanto se ha dicho y con el ánimo de contrastar la teoría planteada, sobre si la norma contenida en el artículo 503 del Código Civil constituye una excepción, a favor del propietario, de la aplicación del principio *salva rerum substantia* en la regulación del usufructo, cabe llegar a las siguientes conclusiones:

1. El principio jurídico *salva rerum substantia* se impone tanto al nudo propietario como al usufructuario, constituyendo la verdadera garantía para ambos titulares en el ejercicio de sus respectivos derechos, si bien consideramos que opera con mayor rigidez para el usufructuario que para el nudo propietario, lo cual sólo es entendible si se atiende a la obligación de restitución del bien que pesa sobre el usufructuario cuando se extinga el derecho.

2. No puede decirse que el propietario, amparado en el artículo 503 del Código Civil, para realizar las obras, mejoras y nuevas plantaciones, quede expresamente autorizado a «modificar la forma y sustancia de la cosa» pero,

acudiendo a los criterios generales de interpretación de las normas (cfr. art. 3.1 del Código Civil), consideradas a lo largo del trabajo, se observa que «implícitamente» el precepto admite esa posibilidad atendiendo a las siguientes consideraciones:

- a) La interpretación literal o gramatical del precepto, así lo sugiere, por cuanto no incluye expresamente ese límite.
- b) La interpretación sistemática parece sustentar razones de índole económica que así lo justifican al estar ubicada la norma entre las que se ocupan de las reparaciones sobre la cosa usufructuada.
- c) La interpretación sociológica lo justifica, especialmente en el caso de mejoras agrarias o nuevas plantaciones en fincas rústicas.
- d) Como resultado de todo ello un criterio lógico o teleológico, buscando la finalidad de la norma, nos inclina a pensar que se trata a toda costa de conferir al nudo propietario un amplio margen de facultades en aras de conservar la utilidad económica del bien que, en resumidas cuentas, pasa por flexibilizar la aplicación del principio de conservar la forma y sustancia de la cosa en el usufructo.

En definitiva, como se ha apuntado, la *ratio legis* de las facultades conferidas al nudo propietario en el artículo 503 del Código Civil atiende a una consideración fundamentalmente económica de preservar, a elección del propietario, la utilidad del bien, confirmando el acierto del Código al discriminar el término «nudo propietario» y hablar siempre de «propietario». Sin duda, no está desnudo, sino arropado: puede hacer mucho más de lo que a simple vista parece.

MARISELA GONZÁLEZ

Doctora en Derecho por la Universidad
de Salamanca.

Profesora Ayudante de Derecho Civil de la UNED

La contratación internacional

SUMARIO: 1. PLANTEAMIENTO.—2. ASPECTOS FORMALES DEL CONTRATO INTERNACIONAL: 2.1. NORMAS DE CONFLICTO EN EL CÓDIGO CIVIL: a) *En relación con la capacidad*; b) *En cuanto al fondo del contrato*; c) *En cuanto a la forma*; d) *Excepción de orden público*. 2.2. NORMAS DE CONFLICTO EN EL CONVENIO DE ROMA: a) *En relación con la capacidad*; b) *El fondo del contrato*; c) *En cuanto a la forma*; d) *Excepción de orden público*. 2.3. EL CONVENIO DE VIENA Y OTROS INTERNACIONALES. 2.4. LA LEX MERCATORIA: a) *Principios sobre contratos comerciales internacionales*; b) *Incoterms y Reglas y Usos Uniformes*; c) *Contrato-tipo y condiciones generales de contratación*. 2.5. PRELACIÓN DE FUENTES.—3. ASPECTOS SUSTANTIVOS DEL CONTRATO INTERNACIONAL: 3.1. LA ESTRUCTURA DEL CONTRATO: a) *Los sujetos*; b) *El objeto*; c) *La forma. En particular la contratación electrónica*. 3.2. LA FORMACIÓN DEL CONTRATO: a) *Tratos preliminares*; b) *La oferta*; c) *La aceptación*; d) *Perfección del contrato*. 3.3. LA INVALIDEZ DEL CONTRATO O ANULACIÓN: a) *Causas de invalidez*; b) *Efectos*. 3.4. INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO. 3.5. CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO: a) *Contenido*; b) *Cumplimiento propiamente dicho*. 3.6. INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO: a) *Mediando voluntad*; b) *Fuerza mayor*. 3.7. TERMINACIÓN DEL CONTRATO: a) *Supuestos*; b) *Efectos*. 3.8. RESARCIMIENTO DE DAÑOS Y PERJUICIOS: a) *Requisitos del daño*; b) *Efectos*.—4. ASPECTOS CONTENCIOSOS DEL CONTRATO INTERNACIONAL: 4.1. VÍA JUDICIAL. 4.2. VÍA ARBITRAL: a) *Ventajas e inconvenientes*; b) *Clases de arbitraje*; c) *Régimen jurídico*.

1. PLANTEAMIENTO

La contratación internacional es el vehículo de expresión y documentación de las voluntades por las que se perfeccionan relaciones comerciales de intercambio de bienes y servicios cuyo ámbito excede de las que se celebran dentro de un propio país, de suerte que puede decirse que los diferentes elementos que intervienen en dichas relaciones (sujetos, mercaderías, precio, forma y lugar de celebración del contrato, etc.) guardan alguna conexión con diferentes nacionalidades. Y en ese contexto específico hay que preguntarse por tres bloques, aspectos, o grupos de problemas:

- De carácter formal, en el cual nos planteamos si ante los elementos en presencia conectados a distintas nacionalidades debe escogerse para su regulación el régimen jurídico de todos ellos, o por el contrario, hay que elegir una sola alternativa, la ley del fondo del contrato, sin perjuicio de algunas variedades que excepcionalmente requieren su regulación específica. Los criterios que dan la clave para elegir el régimen jurídico aplicable a las relaciones internacionales de carácter privado, y entre ellas las de comercio exterior, forman parte de una disciplina jurídica, el Derecho internacional privado que opera con su expresión más genuina, la llamada norma de conflicto.

Pero también en el aspecto formal de la problemática contractual internacional hemos de plantearnos un segundo grupo de preguntas. Una vez conocido el régimen jurídico aplicable, según las reglas del párrafo anterior, hemos de saber además, dentro de ese bloque normativo, cuál es la relación detallada de fuentes o normas aplicables a un contrato internacional y que oscilan desde el contrato particular hasta los convenios internacionales.

- De carácter sustantivo, en el cual estudiaremos las reglas o principios generales de la contratación internacional. Y, con ellos, algunas normas específicas del contrato de compraventa internacional de mercancías porque la falta de regulación de los demás contratos, en puntos concretos no especialmente previstos por las partes, habrá de remitirse al régimen jurídico de la compraventa, tan significativo en el comercio exterior. Y todo ello, sin perjuicio de algunos problemas puntuales de cada contrato, que se consideren relevantes en el conjunto de las relaciones jurídicas del comercio exterior.
- De carácter contencioso, en el que, una vez producido un incumplimiento contractual, o simplemente una diferencia de opiniones en punto a la interpretación de lo contratado y consiguiente conflicto de intereses, se hace preciso arbitrar un medio de solución que pasa, o por la renegociación, lo cual queda fuera del ámbito contencioso porque constituye una simple modificación o novación del contrato originario, o por el sometimiento del asunto a los Tribunales de Justicia, lo que plantea problemas de competencia entre los diferentes órganos jurisdiccionales en presencia, acorde con las nacionalidades a que corresponden los elementos del contrato, y no sólo para el conocimiento y resolución del asunto, sino también para la ejecución de la sentencia que en su momento recaiga o, por último, confiar la solución del conflicto de intereses al arbitraje, que suele ser el medio más frecuente y operativo de solución por adecuarse más específicamente a la problemática de conflicto de intereses, una vez producida la patología del contrato.

2. ASPECTOS FORMALES DEL CONTRATO INTERNACIONAL

Como ya se tiene indicado, la división del mundo en comunidades jurídicas diferentes plantea los llamados «conflictos de leyes» que, desde el punto de vista de los intercambios entre agentes económicos de nacionalidades distintas, origina una incertidumbre legislativa del tráfico externo, con la consecuencia de altos costes de transacción, información, seguimiento y acceso a nuevos mercados que dificultan el comercio internacional. Para corregirlo se han ideado tres soluciones complementarias:

- Los propios operadores económicos se organizan su propia regulación al margen de las instituciones estatales. La denominada *lex mercatoria* o conjunto de prácticas, reglas de conducta, normas contractuales, usos del tráfico internacional y mecanismos organizativos que tienden a garantizar comportamientos de cooperación (mercados especializados, asociaciones profesionales), y el arbitraje comercial internacional, son las manifestaciones más importantes en dicho contexto de autorregulación.
- Los Estados van uniformando paulatinamente sus propios sistemas jurídicos y estableciendo mecanismos de reconocimiento de las decisiones de sus autoridades. Manifestaciones emblemáticas de esta uniformación son el Convenio de Viena, de 11 de abril de 1980, sobre compraventa internacional de mercaderías (*BOE* de 30 de enero de 1991) con entrada en vigor el 1 agosto del mismo año, y el Convenio de Roma, de 19 junio 1980, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales, ratificado por España en Instrumento de 7 de mayo de 1993 (*BOE* de 19 de julio del mismo año), que entró en vigor el 1 de septiembre siguiente.

Pero las reticencias de muchos Estados a las Leyes Uniformes han potenciado otro cauce más flexible de unificación del Derecho (*soft law*), el de las Leyes Modelo. Adoptado un texto en Conferencia internacional, no tiene carácter obligatorio directo, sino que inspira al legislador interno a la hora de codificar una determinada materia. La UNCITRAL ha elaborado una Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional y otras dos, sobre Transferencias Internacionales de Crédito, y sobre Comercio Electrónico.

Modernamente se está abriendo paso un fenómeno que no conviene silenciar, la unificación europea del Derecho de obligaciones y contratos. Para ello, conviene resaltar la diferencia entre internacionalización de los negocios e integración europea por la diferencia de métodos que emplean, singularmente si de la integración se pasa a la unificación. En el primer caso interviene el Derecho uniforme; en el segundo, el Derecho comunitario que, al revelarse

insuficiente, precisa una codificación europea del Derecho de obligaciones y contratos.

El Acta única europea de 1986 establece la creación de un mercado interior o «espacio sin fronteras interiores en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales estará garantizada de acuerdo con las disposiciones de este Tratado». Aunque está desarrollado en los Títulos I y II del Tratado de Maastricht, la cuestión es, ¿puede haber un mercado interior único sin que se haya unificado de alguna manera el Derecho de obligaciones y contratos? La realidad es que el mercado único requiere un sistema único y en la realidad nos encontramos con tres sistemas: anglosajón, latino y escandinavo.

Atendiendo a esta preocupación, GANDOLFI convocó un Coloquio en Pavía, octubre de 1990, en el que se plantea la posibilidad de elaborar un Código europeo de contratos. Y aunque el *status questionis* se revela polémico, prevalece la idea de codificación, y sobre la base de una relectura del Libro IV del Codice civile italiano. El Proyecto de Texto se encuentra ultimado y publicado en sus partes I y II (1).

Falta la parte III con la que se concluirán estos principios, pero no podemos dejar de silenciarlos, por cuanto el trabajo viene a dar un sistema mínimo de Derecho privado a Europa de cara a un proyecto más ambicioso de Derecho patrimonial, por medio de un Grupo de estudio sobre el Código Civil europeo, a iniciativa de CHRISTIAN VON BAR y en el que confluirá parte de los miembros de la Comisión LANDO con otros nuevos y la adopción de un modelo diverso de elaboración normativa.

Además, ha llegado a decirse que los Códigos constituyen lo que la cultura humana ha producido de más evolucionado en el sistema cultural del Derecho, ofreciendo a las partes, irremplazables instrumentos de conocimiento de las reglas que rigen sus actos, siendo evidente que tales ventajas no se pueden alcanzar ni ser sustituidas por las prácticas más o menos consolidadas del «Droit des affaires», los convenios internacionales o las intervenciones sectoriales comunitarias.

- Cuando no resultan suficientes las instancias anteriores, cada Estado dispone de una legislación interna sobre normas de conflicto, que habrán de tenerse siempre en cuenta, por más que su empleo sea cada vez más restringido.

(1) *Principles of European Contract Law, Parts I and II*, Combined and Revised by The Commission on European Contract Law, Chairman: OLE LANDO and HUGH BEALE, The Hague-London-Boston 2000. Existe versión francesa (versión y no traducción oficial) titulada *Les principes du droit européen du contrat. L'exécution, l'inexécution et ses suites*. Versión française: Isabelle de Lamberterie, Georges Routhette, Denis Tallon (los dos últimos, miembros franceses de la Comisión). París, 1997. Una edición primera de los principios en versión inglesa apareció en 1995, editada por Ole Lando and Hugh Beale.

De ahí que para conocer el régimen jurídico aplicable a la contratación internacional será preciso abordar estas tres vías de regulación, separadamente, por cuanto de ellas se desprende, o bien la remisión a un ordenamiento regulador, o bien la regulación misma, siquiera sea de modo parcial y a completar con otras subsidiarias.

2.1. LAS NORMAS DE CONFLICTO EN EL CÓDIGO CIVIL

Nos dan la clave para la búsqueda del derecho aplicable al contenido de un contrato internacional y se organizan en torno a los siguientes aspectos:

a) En relación con la *capacidad*, el artículo 9.1 del Código Civil señala que la ley personal correspondiente a las personas físicas es la determinada por su nacionalidad. Dicha ley regirá la capacidad y el estado civil. El cambio de ley personal no afectará a la mayoría de edad adquirida de conformidad con la ley personal anterior.

La regulación se completa con los apartados 10 y 11 del mismo precepto, expresivos de que se considerará como ley personal de los que carecieren de nacionalidad o la tuvieren indeterminada la ley del lugar de su residencia habitual. Y la ley personal correspondiente a las personas jurídicas es la determinada por su nacionalidad, y regirá en todo lo relativo a capacidad, constitución, representación, funcionamiento, transformación, disolución y extinción. En la fusión de sociedades de distinta nacionalidad se tendrán en cuenta las respectivas leyes personales.

La *representación*, en cambio, viene recogida en pasaje aparte del artículo 10.11 del Código Civil que dispone que a la legal se aplicará la ley reguladora de la relación jurídica de la que nacen las facultades del representante, y a la voluntaria, de no mediar sometimiento expreso, la ley del país en donde se ejerciten las facultades conferidas.

b) En cuanto al *fondo del contrato*, esto es, su parte más sustancial, es decir, los requisitos del cumplimiento, las consecuencias del incumplimiento, y su extinción, el artículo 10.5 del Código Civil señala que se aplicará a las obligaciones contractuales la ley a que las partes se hayan sometido expresamente, siempre que tenga alguna conexión con el negocio de que se trate.

El primer criterio, por tanto, consiente a las partes designar libremente el Derecho nacional aplicable a su relación contractual porque la libertad de elección satisface una exigencia de seguridad jurídica y de adaptación a las especiales condiciones del tráfico internacional. Piénsese que el comercio exterior suele estar organizado sobre contratos en masa o serie, y sería harto complejo someter cada uno de ellos a un régimen jurídico diferente, con repercusiones en contabilidad, auditoría, gestión, etc. Eligiendo en lo posible

un mismo régimen jurídico se simplifican estos problemas. Esta libertad constituye el principio de autonomía de voluntad conflictual para diferenciarlo de aquel otro de autonomía material, en que las partes configuran libremente, no la ley aplicable al contrato, sino su contenido.

Las únicas condiciones que impone el precepto a esta libertad son que se designe el derecho aplicable de una manera expresa y que exista una conexión con el negocio de que se trate, que hay que interpretar según la jurisprudencia del Tribunal Supremo en un sentido amplio y no restrictivo.

Pero puede ocurrir que las partes no hayan previsto el Derecho aplicable, y el propio Código señala unos criterios subsidiarios, a falta de elección, cuando sigue diciendo el artículo 10.5 del Código Civil que, en su defecto (se aplicará) la ley nacional común a las partes; a falta de ella, la de la residencia habitual común, y, en último término, la ley del lugar de celebración del contrato. No obstante, a falta de sometimiento expreso, se aplicará a las compraventas realizadas en establecimientos mercantiles, la ley del lugar donde éstos radiquen.

c) En cuanto a la *forma de celebrar* el contrato, el artículo 11 del Código Civil precisa que las formas y solemnidades de los contratos se regirán por la ley del país en que se otorguen. También serán válidos los celebrados con las formas y solemnidades exigidas por la ley aplicable a su contenido, así como los celebrados conforme a la ley personal del disponente o la común de los otorgantes. Si se otorgan a bordo de buques o aeronaves durante su navegación, se entenderán celebrados en el país de su abanderamiento, matrícula o registro. Los navíos y las aeronaves militares se consideran como parte del territorio del Estado al que pertenezcan.

Sin embargo, si la ley reguladora del contenido de los actos y contratos exigiere para su validez una determinada forma o solemnidad, será siempre aplicada, incluso en el caso de otorgarse aquellos actos en el extranjero, aunque siempre será de aplicación la ley española a los contratos y demás actos jurídicos autorizados por funcionarios diplomáticos o consulares de España en el extranjero.

d) Todas estas reglas quedan sujetas a la llamada *excepción de orden público*, conforme dispone el artículo 12.4 del Código Civil, cuando expresa que en ningún caso tendrá aplicación la ley extranjera cuando resulte contraria al orden público. Ello se complementa con el artículo 8 id., expresivo de que las leyes penales, las de policía y las de seguridad jurídica obligan a todos los que se hallan en territorio español. Las leyes procesales españolas serán las únicas aplicables a las actuaciones que se sustancien en territorio español, sin perjuicio de las remisiones que puedan hacer a las extranjeras, respecto a los actos procesales que hayan de realizarse fuera de España.

2.2. LAS NORMAS DE CONFLICTO EN EL CONVENIO DE ROMA

Si bien los preceptos del Código Civil examinados constituyen la norma central del sistema español de Derecho internacional privado en materia de contratos, la ratificación por España y posterior publicación del Convenio de Roma de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales, en adelante CR, cambia radicalmente este panorama por cuanto quedan reducidos a normas residuarias.

En efecto, se aplica sin necesidad de reciprocidad y tiene carácter universal porque no es preciso que otro Estado que afecte al contrato internacional concreto, sea parte del mismo, lo haya suscrito o ratificado (art. 2 CR). De ahí que el artículo 10.5 y demás normas del Código Civil sigan en vigor para las materias excluidas del ámbito de aplicación de dicho Convenio, y para los contratos celebrados antes de su vigencia.

Sin embargo, no todos los aspectos obligacionales se someten al CR. Al tratarse sólo de obligaciones contractuales, quedan excluidas las que nacen de otras fuentes distintas del contrato, como las procedentes de actos ilícitos o de responsabilidad por riesgo. El propio Convenio, en su artículo 1 prescinde de las obligaciones derivadas de letras de cambio, cheques y pagarés, los convenios de arbitraje y elección de foro, las cuestiones pertenecientes al Derecho de sociedades, asociaciones y personas jurídicas, tales como constitución, capacidad jurídica, funcionamiento interno, disolución y responsabilidad personal legal de los socios y órganos por las deudas de estas entidades, así como cuestiones de representación de los intermediarios y de los órganos de las mismas, constitución de «trusts», relación entre los constituyentes y sus beneficiarios, y materias de prueba y proceso. Finalmente, se excluyen las obligaciones derivadas de contratos de seguros por riesgos acaecidos en territorio de los Estados miembros, y reaseguro.

Las reglas de conflicto que contiene el CR son parecidas a las contenidas en el Código Civil, si bien más flexibles. En tal sentido, los criterios que acoge son los siguientes:

a) En relación con la *capacidad* para contratar, el artículo 11 CR señala que en los contratos celebrados entre personas que se encuentren en un mismo país, las personas físicas que gocen de capacidad de conformidad con la Ley de ese país, sólo podrán invocar su incapacidad resultante de otra Ley si, en el momento de la celebración del contrato, la otra parte hubiera conocido tal incapacidad o la hubiera ignorado en virtud de imprudencia por su parte.

b) *El fondo del contrato* comprende, según el artículo 10 CR, los extremos relativos a su interpretación, cumplimiento, consecuencias del incumplimiento total o parcial, incluida evaluación del daño medida por normas jurídicas y sus diversos modos de extinción, así como prescripción y caducidad

derivadas de la expiración de un plazo y, por último, las consecuencias de la nulidad contractual. La norma aplicable al fondo, o parte sustancial del contrato será la determinada por este orden de criterios:

* *Libertad de elección*: los contratos se regirán por la ley elegida por las partes. Esta elección deberá ser expresa o resultar de manera cierta de los términos del contrato o de las circunstancias del caso, pudiendo designar la ley aplicable a la totalidad o solamente a una parte del contrato, y en cualquier momento, convenir que se rija el contrato por una ley distinta de la que lo regía con anterioridad, lo que no obstará a la validez formal del contrato y no afectará a los derechos de terceros (art. 3 del CR).

Como se ve, la norma sigue el criterio de libertad de las partes, admitido por la práctica totalidad de los ordenamientos jurídicos nacionales. Pero el CR es más flexible que nuestro Código Civil, por cuanto la elección no tiene que ser necesariamente expresa sino que también puede deducirse implícitamente de los términos del contrato. Por otro lado, puede elegirse para la totalidad o para parte del contrato, de suerte que éste puede dividirse en bloques o aspectos completos y aplicar a cada uno de ellos la ley elegida para cada caso. Es el *depeçage*, o despiezamiento del contrato, que sólo puede hacerse guardando una cierta coherencia entre los ordenamientos elegidos, de manera que el mosaico de regulación no resulte contradictorio entre sus diversas piezas. Incluso se prevé un cambio de regulación respecto de la originariamente elegida, siempre que no afecte a la validez formal ni a los intereses de terceros.

* *Ley aplicable a falta de elección*: el contrato se regirá por la ley del país con el que presente los vínculos más estrechos, a menos que una parte fuera separable del resto del contrato y presenta una vinculación más estrecha con otro país, aplicándose excepcionalmente a esa parte la ley de ese país. Para evitar distintas interpretaciones sobre qué se entiende por vínculos más estrechos, se aclara que presenta vínculos más estrechos con el país en que la parte que deba realizar la prestación característica tenga, al tiempo de celebración del contrato, su residencia habitual o, si se tratare de una sociedad, asociación o persona jurídica, su administración central, salvo que el contrato se celebre en el ejercicio de una actividad profesional, en que el país será el de su establecimiento principal o el del documento. La presunción no se aplica al contrato de transporte que tiene sus propias reglas, ni al supuesto en que no pueda determinarse la prestación característica (art. 4 CR).

c) *En cuanto a la forma del contrato* ha de tenerse en cuenta el artículo 9.1 y 2 CR, expresivo de que un contrato celebrado entre personas que se encuentren en un mismo país será válido si reúne las condiciones de forma de la ley que lo rija en cuanto al fondo, según este Convenio, o de la ley del país

en que se haya celebrado. Y si se encuentran en países diferentes, el criterio es el mismo, pero ampliándose a la ley de cualquiera de los dos países intervinientes.

d) Todas estas reglas, por último y como igualmente expresa nuestro Código Civil, quedan sujetas a la *excepción general de orden público*, en los términos del artículo 1.3 CR que expresa que la elección por las partes de una ley extranjera... no podrá afectar cuando todos los demás elementos de la situación estén localizados en el momento de la elección en un solo país, a las disposiciones que la ley de ese país no permita derogar por contrato, denominadas en lo sucesivo «disposiciones imperativas».

Y a falta de elección, el artículo 7 id. señala que al aplicar, en virtud del presente Convenio, la ley de un país determinado, podrá darse efecto a las disposiciones imperativas de la ley de otro país con el que la situación presente un vínculo estrecho, en la medida en que, según el derecho de éste, son aplicables cualquiera que sea la ley que rija el contrato. Para decidir si se debe dar efecto a estas disposiciones imperativas, se tendrá en cuenta la naturaleza y su objeto, así como las consecuencias que se derivarían de su aplicación o inaplicación.

Disposiciones imperativas son aquéllas que se imponen irresistiblemente, de suerte que no puede pactarse contra su aplicación: cupos de importaciones o exportaciones, medidas de coerción económica, impuestos, tasas, tráfico ilícito o prohibido, etc. Dichas reglas no permiten la elección de otra ley diferente para su defraudación.

2.3. EL CONVENIO DE VIENA DE 1980 Y OTRAS INTERNACIONALES

La disparidad legislativa y la dificultad de aplicación de las normas de conflicto para la búsqueda del Derecho aplicable ha provocado honda preocupación en los países y organismos internacionales por encontrar una legislación unificadora, no de conflicto sino material, que rija puntualizadamente las condiciones de la compraventa internacional como contrato relevante y emblemático de los negocios internacionales. De esta suerte se dispondría de reglas más o menos suficientes por la vía de los Tratados Internacionales. A partir de ella surgirían otros textos sobre materias contractuales diferentes o complementarias.

A tal fin, una Conferencia diplomática celebrada en La Haya del 2 al 25 de abril de 1964 logró dos Convenciones: Ley Uniforme sobre Compraventa Internacional de Mercaderías (LUCI) y Ley Uniforme relativa a la Formación de Contratos de Compraventas Internacionales de Mercaderías (LUFVI), firmadas el 1 de julio siguiente, pero no aceptadas por un número suficiente de países para hablar de una verdadera internacionalización, a causa de estar

inspiradas esencialmente en el sistema jurídico de corte latino, sin referencias suficientes al anglosajón.

Ante el poco éxito de las Convenciones apuntadas se pensó que la unificación precisaba una auténtica participación mundial y un patrocinador. La Asamblea General de las Naciones Unidas creó de su seno un organismo con representación mundial que promoviese la armonización y unificación del derecho del comercio internacional, naciendo así la UNCITRAL o *United Nations Commission International Trade Law* (2), que en 1978 finalizó un Proyecto de Convención sobre la base de los dos anteriores, unificándolos en un solo texto, aprobado en Conferencia diplomática celebrada en Viena el 11 abril de 1980, con presencia de 62 países y 8 organismos internacionales, sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, en adelante CV.

Hoy está vigente en muchos países (relacionados en *BOE* de 30 de enero de 1991). Sucesivamente se han añadido más desde entonces. Su éxito se debe a constituir un serio avance sobre sus antecedentes, y estar redactado de forma flexible, que acierta a plasmar un equilibrio entre lo sintético del *civil law* y lo analítico del *common law*, no sin detractores.

2.4. LA LEX MERCATORIA

A pesar del avance obtenido por el proceso de unificación de las legislaciones nacionales, no puede afirmarse todavía que los contratos internacionales, ni siquiera la compraventa, dispongan de una regulación única, mundialmente aceptada, por faltar la adhesión de países de importante proyección internacional y textos suficientemente completos sobre los aspectos más significativos de la negociación. Por ello la regulación del contrato debe completarse necesariamente con un conjunto normativo desgajado de los sistemas nacionales y peculiar del comercio exterior, denominado, según terminología de GOLDMAN, *lex mercatoria*, y que se construye hasta ahora sobre los siguientes elementos básicos:

a) En primer término, según su importancia, *los principios sobre los contratos comerciales internacionales*. El Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) con sede en Roma, se propuso en 1970 la elaboración de un *restatement* internacional de los principios gene-

(2) Sobre los antecedentes de la UNCITRAL y sus primeros diez años de funcionamiento, véase el interesante y noticioso trabajo de OLIVENCIA RUIZ, «La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL). Balance de un decenio», en *Estudios en Homenaje al profesor Polo*, Madrid, 1981. Y del mismo autor, «Joaquín Garrigues y su labor en la UNCITRAL», en *Revista de Derecho Mercantil*, 1982.

rales del derecho de los contratos. Los profesores René David, Clive M. Schmittoff y Tudor Popescu en representación, respectivamente, de los sistemas de tradición romanística, de *common law* y de los países socialistas, realizaron estudios preliminares sobre su viabilidad.

En 1980 se constituye un Grupo de trabajo con representantes de todos los principales sistemas jurídicos del mundo, formado por expertos de primer orden en el dominio del derecho contractual y del comercio internacional, que eligió de su seno a los redactores de los diferentes capítulos con el texto y un comentario, después discutidos en el Grupo, y enviados a numerosos expertos y corresponsales en todo el mundo. Se han publicado por UNIDROIT en abril de 1995 en inglés, francés, italiano y español.

El objetivo de los Principios Unidroit es establecer un conjunto equilibrado de reglas destinadas a ser utilizadas en todo el mundo, independientemente de las específicas tradiciones jurídicas y condiciones económicas y políticas de los países en que vengan aplicados. Para ello, en su presentación formal, tratan de evitar el uso de una terminología propia de un sistema jurídico determinado. El carácter internacional de los Principios está igualmente subrayado por el hecho de que los comentarios que lo acompañan se abstienen sistemáticamente de hacer referencia a los derechos nacionales para explicar el origen y el motivo de la solución acogida. Y solamente cuando la regla ha sido tomada, más o menos literalmente del CV, aceptada universalmente, se hace mención de la misma.

Y en lo que respecta a la cuestión de fondo, los Principios Unidroit son suficientemente flexibles para adaptarse a los cambios provocados por el desarrollo tecnológico y económico en la práctica comercial internacional. Al propio tiempo, tratan de asegurar la equidad en las relaciones comerciales internacionales, estableciendo el deber de las partes de actuar según la buena fe e imponiendo, en ciertos casos específicos, criterios de comportamiento razonable.

En la medida en que los Principios no necesitan la aprobación de los Gobiernos y representan un instrumento no vinculante, se aceptarán dependiendo de su poder de persuasión. Por ello su preámbulo establece que deberán aplicarse cuando las partes hayan acordado someter el contrato a sus disposiciones o que el contrato se rija por los «principios generales del derecho», la «*lex mercatoria*» o expresiones semejantes, pudiendo incluso proporcionar una solución a un punto controvertido cuando no sea posible determinar cuál es la regla de derecho aplicable, o ser utilizados para interpretar o suplementar textos internacionales de derecho uniforme, sirviendo también de modelo para la legislación nacional e internacional.

Se discute si pueden ser aplicados como norma general. En este sentido, cabe decir que sus objetivos están claramente marcados en el artículo 1 en cuanto:

- Establecen las *reglas generales* de los contratos mercantiles internacionales.
- Se aplican cuando las partes hayan pactado someterse a ellos o a los principios generales del derecho o a la *lex mercatoria*.
- Proporcionan criterios lógicos de solución cuando no se puede determinar la ley nacional aplicable, o para su interpretación, o para servirle de modelo a la hora de su redacción.

Su importancia radica en que, tratándose de contratos en que se haya estipulado el arbitraje, la Ley Modelo UNCITRAL sobre Arbitraje internacional establece en su artículo 28:

El Tribunal arbitral decidirá el litigio de conformidad con las *normas de derecho*, elegidas por las partes como aplicables al fondo del litigio.

El término «normas de derecho» significa que ya no es solamente la «Ley» nacional o el Tratado Internacional los que pueden elegirse sino también la *lex mercatoria* que ha tomado carta de naturaleza en los Estados del mundo y otros más de los Estados Unidos, que han firmado la Ley Modelo hasta ahora y, además, en los Códigos de Procedimiento Civil de Italia, Francia y Holanda que permiten a los árbitros aplicar la *lex mercatoria* cuando las partes la hayan elegido. Hoy también refuerza esta postura la Convención Interamericana sobre el Derecho aplicable a los contratos internacionales de 17 marzo 1994, que habla de «Derecho» y no de «Ley» en su artículo 7, párrafo 1.

Pero son muchos los autores prestigiosos en la materia (LANDO, LEIBLÉ, etc.) que se han pronunciado por la posibilidad de elegir la *lex mercatoria* y, por ende, los Principios referidos, y aunque el asunto no contenga cláusula de arbitraje pueden aplicarse a la contratación internacional también por los jueces, toda vez que el concepto de «Derecho» utilizado por el Convenio de Roma de 1980, no es institucional, es decir, ley emanada de un Estado, sino funcional, es decir, Ordenamiento Jurídico con garantía de justicia.

Y ello, aparte de que los referidos Principios son una parte de la *lex mercatoria* expresados de forma escrita y sistemática, que recogen ideas éticas aceptadas universalmente como incontestables, como la buena fe en la contratación (art. 1.7), la ineficacia del negocio jurídico a causa de dolo, intimidación o abuso (arts. 3.8 a 3.10 en relación con el 3.19), la reducción de precio inadecuado fijado unilateralmente (art. 5.7, párr. 2), al control de las condiciones generales de la contratación (arts. 2.19 a 2.22 y 4.6), que van más allá que gran parte de las leyes nacionales.

b) En segundo lugar, los *Usos y prácticas uniformes*. Puede afirmarse con GONDRA ROMERO (3) que la lentitud del proceso de unificación legislativa uniforme y el consiguiente clima de inseguridad jurídica en que se desenvuelven las relaciones comerciales internacionales de carácter privado han venido a favorecer indirectamente la formación y el desarrollo de un Derecho autónomo de la práctica mercantil internacional que, en gran medida, vive y se desenvuelve desconectado de los ordenamientos jurídicos nacionales y al margen de todo control estatal. La extensa gama de usos codificados, condiciones generales, contratos tipo, etc., constituyen las genuinas fuentes de expresión de este Derecho de los «formularios» (4), en el que se desenvuelve la contratación mercantil internacional. Veamos ahora los Usos codificados, dejando las condiciones generales y contratos tipo para el siguiente epígrafe.

La agilidad del tráfico mercantil y los usos comerciales han consagrado la utilización de una serie de cláusulas contractuales, también denominados términos comerciales, cuyo conocimiento permite a los contratantes saber el alcance de sus respectivas obligaciones en cuanto a la entrega de la cosa y su procedimiento, a la transferencia de riesgos y de gastos y a la facilitación de documentos.

Estos términos aparecen cuando los comerciantes se refieren a los diversos tipos de compraventa desarrollados más frecuentemente en la práctica comercial, mediante la utilización de palabras o de siglas, de tal modo que basta referirse a ellos para que, de forma automática, se encuentren incorporados al contrato todas las cláusulas que, en virtud de los usos, están comprendidas dentro del tipo de venta designado por el término.

Pero muchas veces estas obligaciones dependían de la interpretación que en cada supuesto dieran los interesados porque en dicho tipo de cláusulas no se recogían de un modo acabado todas las condiciones que el caso pudiera presentar, lo cual originaba cierta confusión, abocada a discrepancias y reclamaciones, en la pretensión de solucionar el asunto en el sentido más favorable a los intereses del intérprete.

Manifestaciones más significativas son los *Incoterms* y otras diferentes *Reglas y Usos Uniformes*. Se trata de hábitos comerciales que a fuerza de utilización repetida han llegado a convertirse en auténtica fuente de derecho, con carácter supletorio de la norma escrita. Así se contemplan en el artículo 2 de nuestro Código de Comercio, y las STS de 30 marzo de 1976 y 6 de abril de 1992 lo reconocen expresamente si a ellos se remiten libremente las partes, en virtud del principio de autonomía de la voluntad del artículo 1.255

(3) GONDRA ROMERO, «La moderna *lex mercatoria* y la unificación del Derecho del Comercio internacional», en *Revista de Derecho Mercantil*, 1973, pág. 15.

(4) Expresión de RABEL, en *Das Recht des Warenkaufs*, vol. 1, reimpression, Berlín, 1964, pág. 36.

del Código Civil. Es también el criterio acogido por el artículo 9 CV, expresivo de que las partes quedarán obligadas por cualquier uso que hayan convenido y por cualquier práctica establecida entre ellas.

Salvo pacto en contrario, se considera tácitamente aceptado un uso del que tenían o debían haber tenido conocimiento y que, en el comercio internacional, sea ampliamente conocido y regularmente observado por las partes en los contratos del mismo tipo en el tráfico mercantil de que se trate. El precepto coincide con el artículo 1.8 de los Principios Unidroit, en adelante PU, siquiera éste vincula en todo caso al uso ampliamente conocido y observado, sin mencionar como aquel pacto en contrario, a excepción del caso en que la aplicación del uso no sea razonable.

Estas diferencias han llevado a la necesidad de unificar criterios de interpretación y significado de los términos comerciales, para lo cual se llevaron a efecto trabajos en América y Europa en busca de definiciones concretas de aceptación universal. El primer paso lo dio Estados Unidos, llegándose a una interpretación precisa de los términos FOB, FAS, C&F y CIF, en una conferencia celebrada en New York en 1919. Este ejemplo tuvo eco en la Cámara de Comercio Internacional que, con la colaboración de los Comités Nacionales, elaboró la definición de una serie de términos en el año 1936, que tuvieron el rechazo de algunos países, por lo que la primera redacción efectiva puede decirse que se produjo en 1953 con el nombre ya usualmente conocido de INCOTERMS (5).

Los *Incoterms*, abreviación de International Chamber of Commerce Trade Terms, constituyen un conjunto de reglas para la interpretación de los vocablos más utilizados en la compraventa internacional, en punto a la obligación del lugar de entrega y las respectivas obligaciones y riesgos que conllevan para ambas partes en la contratación. Su última redacción ha entrado en vigor el 1 enero de 2000 (publicación 460 de la CCI), reajustando los de 1990, adaptados al uso de los sistemas de mensajes EDI (Intercambio Electrónico de Datos), de forma que tales mensajes surtan los mismos efectos que los documentos originales de la operación comercial (facturas, conocimiento de embarque, aduana, etc.), si las partes han acordado comunicarse electrónicamente incorporando la equivalencia de medios al marco obligacional. Por otra parte, la nueva versión ofrece a sus usuarios una ordenada clasificación y presentación de los Incoterms en cuatro grupos que permiten una fácil selección y elección del término adecuado a la operación a realizar.

Los términos definidos eran nueve en total: EXW, FOR, FAS, FOB, CFR, CIF, DCP, DES y DEQ. En el año 1967 se añadieron dos términos

(5) Es la abreviación de International Chamber of Commerce Trade Terms, aunque otros los denominan simplemente International Commercial Terms.

más: DDP y DAF. En 1976, uno: FOB aeropuerto. En el año 1980 se reformó un término comercial, el llamado CPT, y aparecieron dos nuevos con el fin de acoplar las cláusulas FOB, CFR y CIF a las modernas técnicas de transportes combinados, llamándolos CFA y CIP, respectivamente. Por fin, en 1990 se procede a una nueva redacción de los términos comerciales con el fin de adaptarlos al creciente uso e intercambio de datos electrónicos (EDI). Se ha creado un término nuevo: DDU, y se han suprimido los términos FOR y FOB aeropuerto, por entenderse que pueden ser cubiertos por el término FCA.

Desde la redacción de 1990 se presentan los términos comerciales mucho más simplificados, agrupándolos en torno a *cuatro categorías*:

- Cláusulas **E** que comprende sólo un tipo: EX WORK.
- Cláusulas **F** con tres modalidades: FCA, FAS y FOB.
- Cláusulas **C** con cuatro: CFR, CFA, CPT y CIP.
- Cláusulas **D** con cinco: DAF, DES, DEQ, DDU y DDP.

Las obligaciones que comprende cada uno de estos tipos han sido agrupadas en diez epígrafes, en cada uno de los cuales se encaran las posiciones del vendedor y del comprador, designados respectivamente con las letras A y B, de suerte que si en la posición B4 se contiene una obligación, ésta no puede figurar en A4 porque es correspondiente con aquélla. Con esto se logra una sistemática y simplificación en el manejo de los términos de indudable ventaja.

Los INCOTERMS son ampliamente utilizados en el tráfico comercial internacional, remitiéndose a ellos muchas condiciones generales, aunque por diferentes circunstancias no gozan de una global y completa aceptación. Así en las exportaciones de Estados Unidos y en sus relaciones comerciales son preferidas las «Revised Foreign Trade Definitions», adoptadas el 30 de julio de 1941 por un Comité conjunto que representaba a la Cámara de Comercio de los Estados Unidos, al Consejo Nacional de Comercio Exterior y al Consejo Nacional de importadores americanos, que fueron revisadas en 1974. Contiene las siguientes cláusulas:

- EX (punto de origen).
- FAS VESSEL (designando el puerto de embarque).
- FOB (designando el transportista interior en el punto específico de partida).
- FOB VESSEL (designando el puerto de expedición).
- FOB (designando un punto interior en el país de importación).
- C&F (designando el punto de destino).
- CIF (designando el punto de destino), y
- EX DOCK (citando puerto de importación).

Como algunos de estos términos coinciden en sus siglas con las de los INCOTERMS, es muy importante que las partes especifiquen en el contrato a cuál de estas reglas se refieren, pues, de no indicarlo, pueden crearse confusiones en la interpretación de las obligaciones recíprocas o en las resoluciones judiciales o arbitrales que sobre ellos recaigan.

La misma razón que llevó a la Cámara de Comercio Internacional a realizar la codificación de los INCOTERMS, le llevó, asimismo, a dictar una serie de reglas generales relativas a los medios de pago de las transacciones internacionales, fundamentalmente del crédito documentario, por ser el más importante y utilizado sistema de pago en comercio exterior. Fruto de esa labor codificadora fueron:

* Reglas uniformes relativas a los cobros, observadas por los Bancos en este tipo de operaciones. El Consejo Superior Bancario aceptó por unanimidad, en 26 de febrero de 1979, la adhesión de la Banca a tales Reglas, cuya última revisión entró en vigor en 1995. Dichas reglas uniformes para el *cobro de documentos comerciales*, aprobadas por la Cámara de Comercio Internacional («Uniforms rules of the collection of commercial paper»), se aplican si así se establece expresamente en el contrato. Estas reglas distinguen dos modalidades de documentos:

- «Clean remittances», es decir, el procedimiento consistente en el envío de letras de cambio a la vista o a plazos, aceptadas o no, sin ir acompañadas de los documentos relativos a la operación de venta que les sirve de base. Y,
- «Documentary remittances», o envíos en los que se adjuntan tales documentos (facturas, pólizas de seguros, cartas de porte, etc.).

* Reglas y Usos Uniformes relativas a los *créditos documentarios*, cuya última revisión de 1983 (publicación 400 de la CCI) ha sido revisada en marzo de 1993 para entrar en aplicación el 1 de enero de 1994 (publicación 500 de la CCI), con objeto de recoger los avances producidos por el transporte y las nuevas aplicaciones tecnológicas, mejorando el funcionamiento e interpretación de las Reglas. Respecto de estas Reglas, la Cámara de Comercio Internacional, con el fin de unificar las cartas de crédito, aprobó en su VII Congreso, celebrado en Viena en el año 1933, las Reglas y Usos Uniformes relativas a los créditos documentarios, modificadas en 1951, 1962 y 1974, redacción en vigor desde el 1 de octubre de 1975, que ha sido sustituida por la de 1983, actualmente en vigor (6).

(6) Pueden verse comentadas por TAPIA HERMIDA, en la *Rev. de D. B. y B.*, núm. 9 de 1983 y su texto en apéndice de este libro.

Las reglas uniformes constan de 55 artículos que regulan las definiciones de la terminología empleada y las actuaciones a que están obligados los distintos sujetos que intervienen con carácter supletorio de la voluntad de las partes y en forma muy concisa. Aspiran, igual que los «INCOTERMS» a sintetizar los usos vigentes en el momento de su redacción: por ejemplo, la de 1974 tuvo en cuenta las peculiaridades del transporte multimodal, y la de 1983 equipara a los créditos documentarios las «standby letters of credit» y exige hacer remisión expresa a las Reglas, concibiéndolas, por tanto, como condiciones generales.

* Reglas Uniformes para las *garantías contractuales* editadas por la CCI el 20 de junio de 1978, última revisión de 1990 (publicación 325). Están destinadas a regular las garantías de licitación, buena ejecución y reembolso dadas por los Bancos, las Compañías de Seguros y otras que aseguran la ejecución de un contrato o de una oferta, tratando de establecer el justo equilibrio de intereses de las partes. Sin embargo existen otras más modernas que han sustituido prácticamente a la anterior. Nos referimos a las Reglas Uniformes relativas a las garantías a demanda, también llamadas a primer requerimiento, de 3 de diciembre de 1991 (publicación 458) y a las Reglas Uniformes sobre Fianzas contractuales en 1994 (publicación 524).

c) *Condiciones generales de contratación y contratos tipo*. El creciente desarrollo de las llamadas «Condiciones generales de contratación», de los «Contratos-tipo», y otras figuras semejantes, se inscribe en el contexto de la *estandarización de los contratos* (7), exigida como un fenómeno de racionalización del tráfico negocial en serie mediante la predeterminación y tipificación del contenido de las relaciones contractuales singulares, que desemboca en una función ordenadora del tráfico jurídico en general, y contribuye, en último extremo, a una clarificación de las relaciones negociales en provecho mutuo de las partes interesadas.

Pero el fenómeno de la estandarización de los contratos cumple, además, una función inestimable en el campo de la contratación internacional al servicio de la *unificación* de su régimen normativo. Como consecuencia de la inadecuación del Derecho privado codificado, se han desarrollado en el tráfico internacional toda una serie de condiciones generales redactadas para la contratación en serie, bien por una empresa o grupo de ellas, bien por las Asociaciones empresariales o las Bolsas de mercaderías, con el fin de disciplinar los contratos que conciernen a su tráfico. Su utilización está muy generalizada.

(7) Vid. la bibliografía citada por GONDRA ROMERO en «La moderna lex mercatoria», *op. cit.*, y el espléndido trabajo de BONELL, *Le regole oggettive del commercio internazionale*, Milano, 1976, págs. 3 y 64 y sigs.

Esta diversidad de condiciones generales, unida al hecho de tener preponderantemente en cuenta los intereses del organismo que las dicta y también el que se basan las más de las veces en el Derecho interno del país al que dicho organismo pertenece, ha generado un proceso de armonización en el que destaca la labor realizada por la Comisión Económica para Europa de las Naciones Unidas (CEPE), que ha formulado diversas Condiciones Generales de Venta (8), y los trabajos llevados a cabo por el Consejo de Asistencia Económica Mutua que ha elaborado unas «General Conditions of Delivery of Goods» (GCDG), última versión de 1979 modificada en 1989, cuya peculiaridad es que son imperativas (9). En la misma dirección se orientan los trabajos iniciados en este campo por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL), con el propósito de elaborar unas Condiciones Generales o Modelo tipo a seguir en la venta internacional, aplicables indiferenciadamente a diversos sectores de la contratación (10).

En cuanto a su evolución en el Derecho comparado, VICENT CHULIÀ (11) afirma que la contratación por formulario ha sido contemplada por la legislación en dos distintas etapas históricas que la han institucionalizado de acuerdo con dos principios diferentes:

- Principio de libertad, intentando las leyes que la voluntad de aceptar las condiciones generales fuera lo más clara y consciente posible por parte del adherente. En este sentido, los Códigos Civiles italiano de 1942 e israelita de 1960, en relación con las cláusulas consideradas «desfavorables», como renuncia de acciones, sometimiento a Tribuna-

(8) El texto de varias de estas condiciones puede encontrarse en el libro de LESGUILLONS, H., *Lamy Contrats Internationaux*, París, 1986. Y sobre la labor de esta Comisión, BENJAMIN, P., «The ECC General Conditions of Sale and Standar forms of Contract», en *The Journal of Business Law*, 1961, pág. 113 y sigs.

(9) Sobre esta Comisión y sus actividades puede consultarse SZASZ, I., *The CMEA Uniform Law for international sales*, 2.^a edic., Boston-Lancaster, 1985, que incluye el texto de dichas condiciones generales.

(10) En punto a estas condiciones generales resultan interesantísimos los trabajos del Colloque de la Fondation Internationale pour l'enseignement du droit des affaires, Faculté du Droit d'Aix-en-Provence, 7 et 8 mars 1980, publicados bajo el título «Les Ventes internationales de marchandises (Problèmes juridiques d'actualité)», en la *Collection Droit des affaires et de l'entreprise*, dirigée par Yves Guyon, Economica, París, 1981, en cuya sección II, dedicada a las «Condiciones generales de venta», se contienen tres importantes trabajos de MEINERTZHAGEN-LIMPENS, A., dedicado a la tipología de las condiciones generales donde se enumeran muchas de las existentes internacionalmente, de WILL, R., sobre los conflictos entre las condiciones generales, y de THIEFFRY, J., sobre la redacción de tales condiciones.

(11) VICENT CHULIÀ, *Compendio crítico de Derecho Mercantil*, Tomo II, 3.^a edición, Barcelona, 1990, pág. 57 y sigs.

les del domicilio del proponente, etc., proclaman como indispensable que conste la aceptación expresa y separada al pie de las mismas (sistema de la doble firma).

- Principio de justicia del contenido de las cláusulas que inspira la más reciente legislación, transformando profundamente en los países capitalistas el Derecho de los contratos como reflejo de un cierto reequilibrio entre las clases sociales, hasta el punto de que la década de los setenta ha sido calificada como la de la legislación sobre las condiciones generales.

Por ello hoy se habla de un nuevo Derecho privado de las condiciones generales de los contratos, en el que, ante la insuficiencia de las normas vigentes para encauzar la contratación en masa, ha surgido un Derecho especial para ella, distinto del aplicable a los contratos negociados aisladamente entre partes en situación de igualdad, que se caracteriza porque:

- Es conservador de nociones o principios que históricamente han constituido lo que hoy se llama «orden público económico», tales como la «buena fe» en sentido objetivo, propia de la ley alemana, lo «razonable o esperable» del Derecho inglés y norteamericano, el equilibrio de las prestaciones frente al abuso del poder económico del Derecho francés, etc.
- Supone el abandono de dogmas del ideario burgués-liberal como la autonomía de la voluntad, salvo expresa indicación en contrario, y la idealización del contrato privado como cauce óptimo para el tráfico de los bienes patrimoniales.
- Impone la necesidad de superar viejos esquemas para salvar los principios. Esta labor aparece, en primer lugar, en la jurisprudencia. Así en Derecho anglosajón, los Tribunales rechazaron pronto las condiciones generales o cláusulas de exoneración de responsabilidad, en aplicación de la doctrina del «fundamental breach of contract», y a igual solución se llega en Alemania, declarando nulas las cláusulas abusivas cuando se imponen por empresas con posición de dominio en el mercado (Monopolrechtsprechung), y declarando no derogable el Derecho positivo sobre los contratos.
- Pero esta reconstrucción jurisprudencial del Derecho de los contratos a partir de las exigencias éticas actuales no es suficiente, y surge la necesidad de una legislación especial sobre condiciones generales. A este fin debe resaltarse la Resolución del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 16 de noviembre de 1976, sobre el control de las condiciones abusivas, cuya Exposición de Motivos enumera exten-

samente hasta 28 cláusulas de este tipo, recomendando a los Estados que procuren restablecer el equilibrio de las prestaciones (12).

En cuanto a su *naturaleza jurídica*, se ha llegado a discutir si constituyen o pueden originar normas de Derecho objetivo. La concepción normativa ha sido defendida por alguno de nuestros mercantilistas (13), frente a la concepción contractual, más propia y elaborada, preconizada por civilistas y otros mercantilistas (14). Esta última defiende que las condiciones generales sólo son fruto de la autonomía de la voluntad de los particulares, que pueden generar una disciplina contractual, pero sin que lleguen a adquirir la categoría de Derecho objetivo.

No faltan posiciones eclécticas (15) de los que piensan que debe distinguirse entre los diferentes tipos de condiciones generales. Si, por regla general, son de orden contractual, aquellas condiciones generales que requieren aprobación o autorización de la Administración Pública, o que han sido recogidas en disposiciones generales, participan de la naturaleza normativa y serán fuente de Derecho objetivo o ley en sentido material con la obligatoriedad de la norma que recoja las pólizas o contratos tipo.

Sin embargo, puede replicarse (16) que cuando las condiciones generales obtienen una gran difusión en el tráfico y son aceptadas durante cierto tiempo por un sector del mismo, pueden originar usos normativos, pero el Derecho objetivo no surge de las condiciones generales en sí, sino de los usos normativos. Lo mismo sucede cuando una ley establece unas determinadas condiciones generales para la contratación: la fuente del Derecho está en la ley y no en las condiciones generales.

Lo mismo debe decirse cuando tales condiciones han sido sometidas a la aprobación administrativa previa a su utilización. El acto de aprobación no tiene la virtud de convertir las condiciones generales en un acto normativo,

(12) Por lo que respecta a España, se ha publicado la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones generales de la contratación, que se complementa con el 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.º3 de la Ley reseñada, y el Real Decreto 1828/1999, de 3 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Registro de condiciones generales de la contratación.

(13) Véase GARRIGUES, J., *Curso de Derecho Mercantil*, 3.ª edic., revisada y puesta al día por E. Verdura, Madrid, 1959, pág. 114, y BROSETA PONT, M., *Manual de Derecho Mercantil*, 8.ª edic., reimpresión, Edit. Tecnos, Madrid, 1991, pág. 65.

(14) Véase DE CASTRO, F., *Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes*, 2.ª edic., Cívitas, Madrid, 1985; GARCÍA AMIGO, M., *Condiciones generales de los contratos (civiles y mercantiles)*, Madrid, 1969, y RUBIO, J., *Introducción al Derecho Mercantil*, Edit. Nauta, Barcelona, 1969.

(15) VICENT CHULIÀ, *op. cit.*, tomo I, vol. I, Madrid, 1991, pág. 48.

(16) SÁNCHEZ CALERO, F., *Instituciones de Derecho Mercantil*, 15.ª edic., Edersa, Madrid, 1991, pág. 450.

sólo tiene una finalidad de control, de verificación, de policía, y las condiciones generales, aun después de su autorización, permanecen como acto del empresario y no puede decirse que emanen de la Administración, por lo mismo que no debe confundirse el acto aprobado con el acto de aprobación.

Puede concluirse con GONDRA (17) que aunque ofrezcan apariencia de normas objetivas de carácter general por el reflejo de la estandarización de la moderna contratación en serie y con frecuencia porque el hecho de su imposición forzosa, el fundamento último de su vigencia radica en la aceptación expresa, por incorporación o remisión, o tácita, de las citadas condiciones, como marco jurídico contractual de la respectiva transacción.

Condiciones generales y contratos tipo implican, si se quiere, una nueva técnica en la elaboración del contenido del contrato y, en definitiva, en la formulación de la voluntad negocial, en el sentido de que a la deliberación mutua e individualizada que constituye el paradigma contractual clásico sustituye una predeterminación de su contenido, bien impuesto por una de las partes (contrato de adhesión), bien negociado con carácter previo en el ámbito de categoría profesional entre los interesados y en el concreto sector del tráfico (contrato colectivo).

Pero su imposición, más o menos generalizada en el tráfico, no basta para atribuirles carácter normativo, con independencia de que puedan considerarse, aceptando la formación gradual de la costumbre, el germen de futuros usos mercantiles o de que contengan referencias a un uso (uso negocial), las condiciones generales no constituyen *per se* fuentes de Derecho objetivo en nuestro ordenamiento (18).

Los contratos tipo y las condiciones generales de la contratación que responden al fenómeno llamado la estandarización de los contratos, consistente en la divulgación de modelos y cláusulas generales de contratos de venta y otros, elaborados por Organismos y Asociaciones profesionales que a través de su uso repetido han ido también convirtiéndose en norma consuetudinaria para los sectores implicados, deben diferenciarse oportunamente, porque frecuentemente se confunden entre sí. Los contratos-tipo se redactan por organizaciones profesionales para disponer de un modelo que contiene las condiciones generales de un contrato que carece de fuerza obligatoria mientras no sean incorporadas por las partes en el contrato individual. Las condiciones generales son cláusulas establecidas y firmadas de antemano, a modo de reglas abstractas a regir en todos los negocios que puedan ulteriormente concluirse entre las partes.

(17) GONDRA, J. M., *La moderna lex mercatoria*, cit., pág. 27.

(18) Un estado muy completo de la cuestión de la naturaleza jurídica de estas condiciones generales puede hallarse en la monografía de ALFARO AGUILA-REAL, J., *Las condiciones generales de la contratación. Estudio de las disposiciones generales*, Edit. Cívitas, Madrid, 1991.

En su configuración responden al principio de autonomía de la voluntad del artículo 1.255 del Código Civil, por virtud de la cual los contratantes tienen libertad para contratar o no, y establecer el contenido de ese contrato de la manera que tengan por conveniente, en los límites establecidos por la ley y la moral, y sin perjuicio de terceros. Se completa con el artículo 1.091 id., expresivo de las obligaciones que nacen de los contratos tendrán fuerza de ley entre las partes contratantes y deberán ser cumplidas al tenor de los mismos.

Estos preceptos han encontrado eco en los PU, cuyo artículo 1.1 establece que las partes tienen libertad para celebrar un contrato y determinar su contenido, que se completa con el llamado efecto vinculante de aquello que se ha contratado, recogido en el artículo 1.3, expresivo de que todo contrato, válidamente celebrado, es obligatorio para las partes. Sólo puede ser modificado o extinguido conforme con lo que en él se disponga, por acuerdo de las partes o de algún otro modo dispuesto en estos principios.

La manifestación más significativa de este tipo de cláusulas, por su difusión y conocimiento, son las denominadas condiciones ECE, publicadas por la Comisión para Europa de las Naciones Unidas (CEPE), que ha formulado diversas Condiciones Generales de venta, terciando de modo relevante en un proceso de armonización de las muchas existentes que, generalmente, tienen en cuenta los intereses de los organismos que las dictan, o se basan en el Derecho interno del país al que éstos pertenecen. Citemos, por muy conocidas, las siguientes:

- * En el sector de maquinaria y otros equipos mecánicos y eléctricos:
 - Condiciones Generales para el suministro de plantas y maquinaria para la exportación (ECE 188 y 574).
 - Condiciones Generales para el suministro y montaje de plantas y maquinaria para la importación y exportación (ECE 188 y 574 A).
 - Cláusulas Adicionales para la supervisión y montaje de plantas y maquinaria en el exterior (ECE 188 y 574 B).
 - Condiciones Generales para el montaje de plantas y maquinaria en el exterior (ECE 188 D y 574 D).
- * En el sector de bienes de consumo duradero:
 - Condiciones Generales de venta para la importación y exportación de bienes de consumo duradero y otros productos de las industrias mecánicas (ECE 730).
- * En el sector de la madera:
 - Condiciones Generales para la importación y exportación de serraduras resinosas, troncos frondosos y serraduras frondosas de zona templada (ECE 410 y 420).

Por otra parte, la Comisión ha difundido algunos modelos de contrato-tipo para la venta de cereales y de combustibles sólidos. Y, por su parte, algunas Asociaciones han divulgado modelos de Condiciones Generales en el marco de sus respectivas profesiones:

- la Federación Internacional de Ingenieros Consultores (FIDIC), en relación a los contratos de ingeniería, de construcción de obra civil y de trabajos eléctricos y mecánicos;
- la Association of West European Shipbuilders, sobre contratos de construcción de buques; the Grain and Feed Trade Association (GAF-TA), sobre contratos de venta y embarque de cereales;
- la Institution of Electrical Engineers, sobre contratos en el sector siderúrgico, y el Committee of European Foundry Association, sobre contratos de fundición.

Finalmente, existen las

- del sector de la madera: la Federación Belga del Comercio de Importación de Madera, la Asociación Sueca de Exportadores de la Madera, la Asociación de Propietarios de Aserraderos Finlandeses, The Timber Trade Federation of the United Kingdom;
- del papel, como la Finnish, Norwegian and Swedish Papermaker's Association;
- del algodón en rama, como el Centro Algodonero Nacional y la American Cotton Shippers Association, etc.

2.5. PRELACIÓN DE FUENTES

Teniendo en cuenta lo hasta aquí examinado, podemos establecer el siguiente orden de regulación de la contratación internacional:

a) Se aplicará, primero, el principio de autonomía de la voluntad, por virtud del cual los contratantes pueden establecer el contenido del contrato libremente, respetando los límites de leyes imperativas, de orden público, de la moral y el interés de terceros. En el ejercicio de esa libertad pueden, bien redactar el contrato con su propia imaginación, adecuándolo a específicas y concretas necesidades, bien confeccionar algunos extremos poco encajables en regulaciones generales y dejar el resto de la regulación para bloques normativos establecidos por el uso como los PU, los Incoterms y Reglas Uniformes de la CCI, las Condiciones Generales de Contratación del sector que consideren procedentes, bien entendido que han de incorporarlas por una cláusula expresa del contrato, o tratarse de un uso no excluido por las partes,

o vinculante por ser ampliamente conocido y generalmente aceptado en el tráfico mercantil de que se trate (art. 1.8 PU y 9 CV).

A tal fin, podrían tenerse en cuenta las reglas específicas de los PU con relación a las cláusulas estándar. Se entiende por tal aquellas preparadas con antelación por una de las partes para su uso general y repetido, y que son utilizadas, de hecho, sin ser negociadas con la otra parte. Carecerá de eficacia toda estipulación incorporada en cláusulas estándar cuyo contenido o redacción, material o formal, no fuese razonablemente previsible por la otra parte, salvo que la acepte expresamente. En caso de contradicción entre una cláusula estándar y otra que no lo sea, prevalecerá esta última [art. 2.19(2); 2.20(1) y 2.21 PU].

b) En segundo término se aplicarán los convenios internacionales ratificados por el país donde haya de cumplirse el contrato, y en su caso, enjuiciarse su incumplimiento y la ejecución de dicha resolución, siempre que no hayan sido excluidos, en todo o en parte, por los contratantes en el documento por ellos redactado.

c) Por último, en cualquier caso, no podrán eludirse por pacto ni por elección de otra ley que no tenga suficiente cobertura para el contrato, las disposiciones que sean imperativas en el país de cumplimiento del mismo o de algunas modalidades de su ejecución (art. 14 PU), porque a tenor del artículo 1.4 del propio texto, estos principios no restringen la aplicación de reglas imperativas, sean de origen nacional, internacional o supranacional, que resulten aplicables conforme a las normas pertinentes de Derecho internacional privado.

3. ASPECTOS SUSTANTIVOS DEL CONTRATO INTERNACIONAL

Entramos ahora en la regulación minuciosa y concreta de un determinado contrato internacional en el que, como en todo contrato, puede distinguirse un plano estático que hace referencia a su estructura, esqueleto, elementos o requisitos, y un plano dinámico, o la «movida del contrato», que empieza con su nacimiento o formación y continúa con las diversas vicisitudes de su vida: cumplimiento, incumplimiento, modificación y extinción. Tales aspectos no se conciben por separado en el contrato, pues se trata de una diferenciación puramente docente, sin perjuicio de su conjunto orgánico.

3.1. LA ESTRUCTURA DEL CONTRATO

Es clásica la distinción entre elementos personales o sujetos de la contratación, reales, o bienes y servicios que son objeto de intercambio en las

correspectivas prestaciones de las partes, y formales, o solemnidades documentales que reviste la misma, o bien la absoluta falta de formalidades:

a) *Los sujetos* no presentan otros problemas que el de su capacidad para contratar, y a veces su representación legal o voluntaria por otras personas, que no ofrecen dificultades en el tráfico internacional por cuanto la buena fe (art. 1.7 PU y 7.1 CV) y la agilidad de las negociaciones conducen a minimizar cualquier obstáculo al respecto, toda vez que la gestión comercial no puede detenerse a comprobar requisitos que se producen aparentemente y, si faltan, suelen subsanarse en la mayoría de los casos mediante ratificación o aprobación posterior de quien suplementa o tiene la verdadera capacidad o del *dominus negotii* en el caso de apoderamiento para que no pueda frenarse el engranaje de contrataciones sucesivas propio de relaciones de comercialización repetidas y estables.

Ello explica que los PU excluyan la invalidez del contrato causada por incapacidad o falta de legitimación o de disposición de los bienes objeto del contrato en el momento de celebrarlo (arts. 3.1 y 3.3). Por lo demás, en materia de representación, nos remitimos al capítulo 6 de esta obra, donde se tratan los problemas a plantearse con carácter general.

b) En relación al *objeto* de la contratación internacional depende del tipo de negocio que se celebre, pero en todo caso serán, como recuerda el artículo 1.271 y siguientes de nuestro Código Civil, cosas y servicios que estén dentro del comercio de los hombres que sean posibles, lícitas y determinadas, aún cuando la indeterminación en la cantidad no será obstáculo a la existencia del contrato cuando pueda ser determinada sin necesidad de nuevo convenio entre los contratantes.

Estas ideas han sido recogidas en el artículo 5.6 PU, expresivo de que cuando la calidad de la prestación no ha sido precisada ni puede ser determinada en base al contrato, la prestación debe ser de una calidad razonable, y en ningún caso inferior a la mediana, según las circunstancias.

Si nos referimos al precio, el artículo 5.7 PU señala que si el contrato no fija el precio ni prevé su determinación, a falta de cualquiera indicación en contrario, se entenderá que las partes se refirieron al generalmente cobrado por tales prestaciones al momento de celebrarse el contrato, en circunstancias semejantes dentro del respectivo ramo comercial. Si no se establece el precio de esta manera, se entenderá que las partes se remitieron a un precio razonable. Si la determinación queda a cargo de una de las partes y la cantidad así determinada es manifiestamente irrazonable, se sustituirá por un precio razonable, sin admitir disposición en contrario.

El precepto es mucho más completo que el artículo 55 del CV, coincidente parcialmente, pero remitiéndose al precio de mercado, que puede o no ser razonable, y no prevé la posibilidad de fijación por una de las partes, tal vez

por influencia del derecho interno de los países, que suele contener una norma parecida al artículo 1.256 del Código Civil, expresivo de que la validez y el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes.

c) En relación con la *forma*, se consagra el principio de absoluta libertad, habitual en los ordenamientos internos. Al efecto, el artículo 1.2 PU y 11 CV, expresan que no es necesario que el contrato se celebre o tenga que ser probado por medio de un escrito, pudiendo serlo por cualquier medio, incluso por testigos, salvo que la legislación de un Estado lo imponga como condición de validez de la venta y haga una reserva en tal sentido en cualquier momento, en los términos del artículo 12 id. En todo caso, es recomendable algún tipo de constancia, por seguridad de interpretación o justificación, especialmente porque la expresión por escrito comprende el telegrama y el télex (art. 13 CV), y por la misma razón el fax, homologable a los anteriores, y más usado en la actualidad.

Una peculiaridad en materia de forma está representada en la actualidad por la contratación electrónica. Se entiende por tal la que se realiza mediante la utilización de un elemento electrónico que tiene o puede tener una incidencia real y directa sobre la formación de la voluntad o el desarrollo e interpretación futura del acuerdo. De ahí dos notas fundamentales, la realización a través de un medio electrónico que, a su vez, permite su constancia a través de este medio.

Una de las aplicaciones más interesantes y útiles que proporciona la informática jurídica es el llamado comercio electrónico. Se entiende por tal cualquier forma de transacción o intercambio de información comercial basada en la transmisión de datos sobre redes de comunicación como, por ejemplo, Internet. Incluye la compra y venta electrónica de bienes, información o servicios, así como el uso de la red para actividades anteriores posteriores a la venta, como publicidad, búsqueda de información sobre productos y proveedores u otros factores, la negociación entre comprador y vendedor, la atención al cliente antes y después de la venta, cumplimentación de trámites administrativos relacionados con la actividad comercial, o la colaboración entre empresas con negocios comunes.

Este tipo de comercio plantea, además de los problemas comunes a todo tipo de transacción internacional, algunos particulares como el de la validez legal de las transacciones o contratos sin que medie documento, y por tanto, su valor probatorio, incluido el soporte informático, la protección contra la publicidad engañosa, la dificultad de comparar ofertas y evaluar la fiabilidad del vendedor y comprador, los accesos restringidos a usuarios, etc.

Por lo que se refiere al primero de ellos, esto es la validez de este tipo de transacciones sin documento escrito, no hay obstáculo en emitir el consentimiento a través de y transmitirlo por medio de la electrónica como medio de

exteriorización de la voluntad, del mismo modo que puede manifestarse de palabra, por correo, telegrama, fax, etc., de suerte que es el medio de exteriorización lo que entra en juego, sin que pueda hablarse, por tanto, de un consentimiento electrónico, como algunos dicen, por cuanto que la voluntad es exclusiva del hombre y no de la máquina, puro elemento conductor. Lo único que tiene que advertirse son las peculiaridades que la utilización de este medio puede comportar en la contratación.

Otro problema, aunque adelantemos conceptos del epígrafe siguiente, pero aquí ineludibles por su relación con este punto, es el relativo a la conjunción de sus elementos: oferta y aceptación. Si ambas son transmitidas por medio electrónico, puede ocurrir que se desarrollen a seguidas una de otra, o que transcurra un espacio de tiempo entre ellas, el necesario para que la otra parte se haga su composición de lugar y pueda contestar oportunamente. En el primer caso, aunque los contratantes no están presentes, puede hablarse de contratación entre ausentes casi en tiempo real. En el segundo se produce un intervalo temporal significativo entre oferta y aceptación. Es sólo en este último cuando procede plantearse las teorías del conocimiento de la oferta, de la emisión y de la aceptación.

Pero mucho más importante que todo esto es determinar su regulación. Como el empleo de medios electrónicos en la contratación produce, entre otros, el de venta a distancia, ha de tenerse en cuenta la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia, que ha sido recogida entre nosotros por la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista. Su artículo 38 define las ventas a distancia como las celebradas sin la presencia física simultánea del comprador y del vendedor, transmitiéndose la propuesta de contratación del vendedor y la aceptación del comprador por un medio de comunicación a distancia de cualquier naturaleza.

El tema más desarrollado hasta ahora en materia de estos contratos se refiere a la forma, y en su sede la llamada firma electrónica que ha sido objeto de regulación especial en España mediante el Real Decreto-ley 14/1999, de 17 de septiembre (*BOE* 224 del día siguiente). Del mismo se infiere que la firma electrónica adquiere plena eficacia y el mismo valor jurídico que la firma manuscrita y es admisible en juicio como medio de prueba respecto de los datos signados.

Modalidad específica es la «firma electrónica avanzada» 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 que se refiere, lo que permite que sea detectable cualquier modificación ulterior de éstos. Además de identificar al suscribiente, controla la integridad del documento, basándose en un certificado reconocido, expedido por un prestador acreditado en este tipo de servicios. Pero si la firma no

reúne estos requisitos, no significa la total privación de efectos jurídicos ni que, por ser electrónica, se niegue su admisión como medio de prueba en juicio.

Lo importante es resaltar que el régimen aplicable a los prestadores de servicios de certificación no modifica las funciones que realizan los fedatarios públicos, será de libre competencia, sin necesidad de autorización previa, si bien para que sus servicios de certificación ostenten la condición de «reconocidos» habrán de inscribirse en el Registro *ad hoc* llevado en el Ministerio de Justicia, y ellos mismos mantendrán un archivo de certificados, comprobarán la identidad y demás datos del solicitante, indicarán el coste y condiciones de utilización del dispositivo de firma, demostrando y garantizando asimismo la fiabilidad y seguridad de sus servicios, con medios adecuados de personal cualificado y recursos suficientes para garantizar el 4 por 100 de las transacciones de sus certificados.

A fin de confirmar la identidad de lo certificado, los datos de verificación de firma se vinculan al signatario. El certificado reconocido deberá titularse con ese nombre, incluyendo información relativa a un identificativo único, datos del certificador y su firma, los del signatario y otros relativos a éste siempre que dé su consentimiento, y por último, los límites de vigencia, valor y uso del certificado.

En lo que respecta a la UE, los Ministros del Mercado Interior han aprobado una «posición común» sobre los criterios que deben regular el ejercicio del comercio electrónico. Convertida en Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el Comercio Electrónico, DOCE, L 178/1 de 17 de julio de 2000). Igualmente debe citarse la Directiva 2000/46/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de septiembre, sobre el acceso a la actividad de las entidades de dinero electrónico y su ejercicio, así como la supervisión cautelar de dichas entidades (DOCE, L 275, de 27 de octubre).

Prácticamente exime de responsabilidad al operador que alberga un sitio de venta electrónico donde se produce tráfico ilegal, mientras no haya originado la transmisión, o seleccionado al destinatario, o seleccionado o modificado los datos transmitidos (art. 12). Pero tan pronto conozca que alberga una página donde se comete una ilegalidad, ejemplo: una denuncia, deberá comunicarlo a la autoridad competente si no quiere ser responsable de las consecuencias.

Ello plantea, de entrada, un serio conflicto de cara a los derechos de los consumidores. El texto no se pronuncia sobre ellos, por lo que deja que sea la autoridad del país comprador y no la del vendedor la que dirima los conflictos derivados de transacciones entre usuarios europeos. Hubiera sido más

fácil que la exención de responsabilidad, la creación de un seguro obligatorio por el riesgo que engendra la utilización de este medio electrónico de contratación.

Por otro lado, a partir del principio de libre circulación de los servicios entre los Estados miembros, el texto establece que el vendedor deberá suministrar al comprador su nombre, domicilio, dirección electrónica y su inscripción, si existiera, en el Registro Mercantil o Colegio profesional de su país, así como la sujeción o no de su actividad al IVA. La comunicación deberá ser clara y garantizará al usuario el derecho a negarse a la recepción del pedido, si estuviese contemplado en la legislación del comprador.

Un tema complejo, en caso de conflicto, es fijar qué Autoridad o Tribunal debe entender del asunto siendo distintos, como ocurre en todo caso de comercio electrónico internacional, el país del vendedor y el del comprador. El texto guarda silencio sobre este punto, pero resulta lógico que el Tribunal competente sea el del país del comprador, por ser el de perfección del contrato, lo cual debe extenderse al supuesto de trato comercial entre empresas (que por ello no tienen consideración de consumidores). Pero en este supuesto, las partes pueden pactar en el contrato la nacionalidad del Tribunal que debe dirimir el conflicto si llega a presentarse.

En cualquier caso, esta normativa choca con la de Estados Unidos, donde se acostumbra a reclamar la jurisdicción de su país, no obstante las dificultades para ejecutar la sentencia en el otro país implicado, lo que incide en una nueva mentalidad de cambio de hábito. Finalmente, otros aspectos del texto son el reconocimiento del derecho de los usuarios a no recibir correo electrónico que no desee, y una actitud favorable a la autorregulación de los agentes comerciales.

3.2. LA FORMACIÓN DEL CONTRATO

La doctrina distingue entre formación instantánea cuando las partes intercambian sus declaraciones de voluntad de modo inmediato, de suerte que, una vez emitidas, llegan a conocimiento del destinatario, sin opción a modificar oferta y aceptación desde el momento en que se formulan, y sucesiva cuando, por razón de la distancia o medios de comunicación o por decisiones propias, se permite un intervalo de tiempo entre oferta y aceptación.

En el comercio internacional se encuentran indistintamente ambas modalidades, pero la ubicación de las partes en lugares sucesivos, aún cuando el acuerdo se plasme en un mismo documento, supone fechas y lugares distintos para cada contratante, lo cual influye para determinar la ley aplicable al contrato, de no mediar elección expresa. Los PU y la CV han organizado esta problemática a través del proceso de oferta, aceptación y perfeccionamiento

contractual. Antes de ese proceso se producen simples tratos preliminares. Veámoslo por su orden:

a) *Tratos preliminares.* Desde el momento de la perfección del contrato empieza para las partes la necesidad de cumplirlo, desarrollando los derechos y obligaciones comprometidas para satisfacer sus intereses. Pero cabe preguntarse si existe alguna obligación con anterioridad a la perfección, en la fase denominada «gentleman's agreement» o acuerdo entre caballeros, es decir, aquellos tratos preliminares que posiblemente han hecho a las partes concebir esperanzas sobre la futura contratación, y acaso en tales previsiones han realizado algún tipo de gasto que pueda ser indemnizado.

A tal fin, el artículo 2.15 PU señala que cualquiera de las partes es libre de entablar negociaciones y no incurre en responsabilidad si no se culmina el acuerdo. Sin embargo, la parte que ha negociado o interrumpido las negociaciones con mala fe será responsable de los daños causados a la otra parte, especialmente al entrar en ellas o continuarlas con la intención de no llegar a un acuerdo (art. 2.15 PU). Y en todo caso, si una de las partes proporciona información confidencial durante el curso de las negociaciones, la otra tiene el deber de no revelarla ni utilizarla injustificadamente en provecho propio, aunque no se celebre el contrato. La responsabilidad derivada del incumplimiento de esta obligación podrá incluir una compensación proporcional al beneficio recibido por el transgresor (art. 2.16 PU).

b) *La oferta.* Toda propuesta de celebración de contrato constituye una oferta, si es suficientemente precisa e indica la intención del oferente de quedar vinculado en caso de aceptación (art. 2.2 PU). Coincide con el artículo 14 de la CV, que añade el requisito de estar dirigida a una o varias personas determinadas porque, si no lo está, será considerada como una simple invitación a hacer ofertas, a menos que la persona que haga la propuesta indique claramente lo contrario. Para el Convenio, la remisión a persona determinada comporta mayor intención de quedar obligada una parte en caso de aceptación de la otra. En definitiva, los requisitos de la oferta son que sea seria, lo que excluye las declaraciones por broma o *iocandi causa*; completa, entendiéndose por tal la que indica las mercaderías y expresa o tácitamente señala las cantidades y el precio o prevé un medio para determinarlas (art. 14.1 *in fine* CV); y en definitiva, sin necesidad de ninguna otra aprobación posterior por el oferente o representado.

La oferta nace o surte efectos desde el momento que llega al destinatario (art. 2.3 PU, que coincide exactamente con el art. 15.1 CV). Y se extingue cuando la comunicación de su rechazo llega al oferente (art. 2.5 PU, coincidente con el 17 CV). Pero no puede mantenerse indefinidamente porque cambian las circunstancias económicas y ello plantea el problema de su posible revocación. A tal fin cabe distinguir dos supuestos:

* Si se declara que es irrevocable, aún así podrá revocarse si la comunicación de desistimiento llega al destinatario antes o al mismo tiempo que la oferta (art. 2.3.2 PU y 15.2 CV). La razón es clara. Hay una manifestación de voluntad que es enervada simultáneamente, o con anterioridad a su conocimiento.

* Si nada se declara, cualquier oferta puede ser revocada hasta que el contrato se celebre, si la comunicación de su revocación llega al destinatario antes de que éste haya enviado la aceptación (art. 2.4.1 PU y 16.1 CV).

* En todo caso no podrá revocarse si en ella se indica que es irrevocable, ya sea señalando un plazo fijo para su aceptación o por darlo a entender de alguna otra manera; o si el destinatario pudo considerar razonablemente que la oferta es irrevocable y ha procedido de acuerdo con ella (art. 2.4 PU, coincidente con el 16.2 CV).

c) *La aceptación.* Constituirá aceptación toda declaración o cualquier acto del destinatario que manifieste su asentimiento a una oferta. Ni el silencio ni la conducta omisiva, por sí solos, implican aceptación (art. 2.6.1 PU, y sustancialmente con el art. 18.1 CV).

Sus requisitos son los mismos que los de la oferta y uno más: que se corresponda exactamente con ella porque, en caso contrario, la respuesta a una oferta hecha en términos de aceptación, pero con adiciones, limitaciones u otras modificaciones, se considerará como un rechazo de la oferta y constituirá una contraoferta. Si aquéllas no alteran sustancialmente la oferta, se entiende aceptación, a menos que el oferente, sin demora injustificada, objete tal discrepancia.

Las estipulaciones del contrato serán las de la oferta con las modificaciones contenidas en la aceptación (art. 2.11 PU coincidente con el art. 19.1 y 2 CV). Se considerará que los elementos adicionales o diferentes alteran sustancialmente los elementos de la oferta si se refieren, en particular, al precio, al pago, a la calidad y la cantidad de las mercaderías, al lugar y la fecha de la entrega, al grado de responsabilidad de una parte con respecto a la otra o a la solución de controversias (art. 19.3 CV).

La aceptación de la oferta produce efecto cuando la manifestación de asentimiento llegue al oferente o cuando en virtud de la oferta o como resultado de las prácticas que las partes hayan establecido entre ellas o de los usos, el destinatario manifestara su asentimiento ejecutando un acto sin comunicárselo al oferente, desde el momento de su realización (art. 2.6.2 y 3 PU, coincidente con el 18.2 y 3 CV).

La oferta no permanece indefinidamente porque deberá ser aceptada dentro del plazo fijado por el oferente o, si no se hubiere fijado, del que sea razonable, teniendo en cuenta las circunstancias, incluida la velocidad del medio de comunicación empleado por el oferente.

Una oferta verbal tendrá que aceptarse inmediatamente, a menos que las circunstancias indiquen otra cosa (art. 2.7 PU, coincidente con el 18.2 *in fine* CV). No obstante, la aceptación tardía producirá efectos si, conforme el oferente, informa al destinatario sin demora injustificada, a menos que se hiciera por carta o cualquier otro escrito, enviada en circunstancias tales que, si su transmisión hubiera sido normal, habría llegado oportunamente al oferente. En tal caso, surtirá efectos como aceptación, a no ser que se informe al destinatario sin demora injustificada que la oferta ya había caducado (art. 2.9 PU, coincidente con el 21 CV).

En cuanto a su revocación, la aceptación puede ser retirada siempre que la comunicación de su retiro llegue al oferente antes que la aceptación o simultáneamente a ella (art. 2.10 PU y 22 CV).

d) *Perfección del contrato*. Está constituida por el momento de conjunción entre la oferta y la aceptación. Así, el artículo 2.1 PU establece que todo contrato podrá celebrarse mediante la aceptación de una oferta o por la conducta de las partes que sea relevante para demostrar la existencia del mismo. Precepto que coincide con el artículo 23 CV, más retorcido, en cuanto expresa que el contrato se perfeccionará en el momento de surtir efecto la aceptación de la oferta, es decir, cuando ésta llegue al oferente. Sin embargo, los Principios Unidroit completan esta regulación con los siguientes supuestos:

* Cuando en el curso de las negociaciones una de las partes insistiera en que el contrato no se entenderá celebrado sino una vez logrado un acuerdo sobre cuestiones específicas o cubierta una forma determinada, no se considerará celebrado mientras no se cumplan tales requisitos (art. 2.13 PU).

* Si las partes han tenido el propósito de celebrar un contrato, el hecho de que intencionalmente hayan dejado un punto sujeto a negociaciones ulteriores, o a su determinación por un tercero, no impedirá la celebración del contrato, cuya existencia no se verá afectada si con posterioridad las partes no se ponen de acuerdo acerca de dicho punto, o el tercero no lo determina, siempre y cuando haya algún modo razonable de determinarlo, teniendo en cuenta las circunstancias y la común intención de las partes (art. 2.14 PU). Es una de tantas manifestaciones del principio *in favor negotii*, que venimos examinando.

3.3. LA INVALIDEZ DEL CONTRATO

Puede ocurrir que aunque el contrato pueda perfeccionarse, no resulte válido porque adolece de ineficacia originaria que en los sistemas latinos viene tratada juntamente con la ineficacia sobrevenida, provocando la importante y confusa distinción entre nulidad y anulación, o nulidad absoluta y relativa, en el primer caso, y la rescisión, revocación y resolución en el se-

gundo, con las diferentes consecuencias que subsiguen. En el sistema de los PU, en cambio, la sobrevenida se confunde con el incumplimiento que, si no es esencial, acaba reajustando el contrato, y si lo fuere, resulta tan significativo que se estudia aparte como forma de terminación del contrato, y no de incumplimiento contractual.

De esta suerte, los PU han sabido combinar una feliz mezcla de los sistemas anglosajón y latino, regulando separadamente estos planos de la contratación. Pero lo más importante es que, en contraste con todos los textos internacionales que son claramente dispositivos o sujetos a lo que dispongan las partes en la contratación, las disposiciones de este capítulo (se refiere al 3, titulado «Validez»), son imperativas, salvo en lo que se refiere a la fuerza vinculante del mero acuerdo, a la imposibilidad originaria de cumplimiento y al error, y se aplicarán, con las modificaciones pertinentes, a toda comunicación de intención que una parte dirija a la otra (arts. 3.19 y 3.20 PU):

a) *Causas de invalidez.* Todo contrato queda celebrado, modificado o extinguido por el mero acuerdo de las partes, sin ningún otro requisito (art. 3.2 PU). Según esta idea, los contratos internacionales se conciben abstractos, sin necesidad de causa, ni «consideration» (según sea sistema latino o anglosajón). Por ello, el propio texto añade que no afecta a la validez contractual la incapacidad, falta de legitimación, inmoralidad o ilegalidad, ni la imposibilidad de ejecutar la obligación contraída al tiempo de la celebración, así como no estar facultado para disponer en dicho memento de los bienes objeto del contrato (3.1 y 3.3 id.). Recordemos que el CV, en cambio, deja fuera de su ámbito de aplicación, salvo pacto en contrario, la validez del contrato o alguna de sus estipulaciones o de cualquier uso (art. 4.b).

El acuerdo de las partes, según acabamos de ver, es el único punto de referencia para la eficacia originaria de un contrato, y comporta la expresión simultánea o encontrada de dos consentimientos en punto a unos intereses recíprocos que, como tales, pueden estar viciados, provocando la invalidez contractual, que el texto llama anulación, por algunas de las siguientes causas:

* *Error* que consiste en una concepción equivocada sobre los hechos o sobre el derecho, que debió existir al tiempo de la celebración del contrato de tal magnitud para el contratante que una persona razonable y en la misma situación, no habría contratado o lo habría hecho en términos sustancialmente diferentes, de haber conocido la realidad de las cosas, siempre que el otro, aún incurriendo en el error, lo conoció o debió conocerlo, y deja al primero persistir en el mismo con violación de criterios comerciales razonables de lealtad negocial.

En tal caso, cualquiera de las partes podrá dar por anulado un contrato basándose en el error, a menos que la otra no hubiese actuado aún de conformidad con el contrato, o quien anula no ha incurrido en culpa grave al come-

ter el error, o éste versa sobre una materia en que la parte equivocada ha asumido el riesgo o debió soportarlo en consideración a las circunstancias del caso (cfr. arts. 3.4 y 3.5 PU).

Los PU recogen otros efectos del error como el que se produce en la expresión o transmisión de una declaración será considerado de la parte de quien emanó y, en todo caso, no puede invocarse el error por la parte equivocada si los hechos en que basa su pretensión le otorgan o podrían otorgarle derechos y acciones por incumplimiento (arts. 3.6 y 3.7 id.).

* *Dolo*, en cuyo supuesto cualquiera de las partes puede dar por anulado un contrato cuando fue inducida a celebrarlo mediante maniobras dolosas de la otra, incluyendo palabras o prácticas o la omisión de información que debía haber sido revelada conforme a criterios comerciales razonables de lealtad negocial (3.8 id.).

* *Amenazas*, en que cualquiera de las partes pueda dar por anulado un contrato cuando fue inducida a celebrarlo mediante una amenaza injustificada de la otra parte, tan inminente y grave que no quedó otra alternativa razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso. La injustificación se considera si la acción u omisión con la que el promitente fue amenazado es intrínsecamente ilícita, o era ilícito emplear la amenaza como medio para obtener la celebración del contrato (art. 3.9 PU).

* *Excesiva desproporción*. Cualquiera de las partes puede dar por anulado un contrato o alguna de sus disposiciones, si en el momento de su celebración se otorga a la otra parte una ventaja excesiva, teniendo en cuenta el haberse aprovechado injustificadamente de la dependencia, aflicción económica o necesidades apremiantes de la impugnante o de su falta de habilidad en la negociación y la naturaleza o finalidad del contrato. El texto prevé, asimismo, la posibilidad de que la anulación, o en su caso, la adaptación del contrato, sea concedida por un Tribunal (art. 3.10 id.).

Si el error, dolo, amenaza o excesiva desproporción sean imputables o conocidos o que debieran serlo por un tercero de cuyos actos es responsable la otra parte, en que la anulación procede en los mismos términos que si los defectos apuntados a ella se debieran, y si no es responsable, también podrá darse la anulación si conoció o debió conocer tales defectos, o en el momento de dar por anulado el contrato no había actuado todavía de conformidad con lo dispuesto en el contrato (art. 3.11 PU).

b) *Efectos de la anulación*. Son los siguientes:

* *No habrá lugar a la anulación del contrato* si la parte facultada lo confirma, expresa o tácitamente, una vez comenzado el plazo para comunicar la anulación (art. 3.12 PU), o por pérdida del derecho, en caso de error, si la parte no errada declara querer cumplir el contrato en los términos previstos por quien quiso anularlo, en cuyo caso, el contrato se considera celebrado en

dichos términos y el interesado en cumplir comunica su deseo o cumple, inmediatamente, tan pronto sea informada del modo en que se entendió el contrato y antes de proceder a obrar de conformidad con la comunicación de anulación (cfr. art. 3.13 id.).

Si la causa de anulación afecta sólo a algunas cláusulas del contrato, la ineficacia se limita a las mismas, a menos que teniendo en cuenta las circunstancias, no sea razonable conservar la validez del resto del contrato (art. 3.16). Son tres manifestaciones relevantes del principio de conservación del negocio, *in favor negotii*, que sólo permite cumplir su oficio a la nulidad en lo estrictamente imprescindible, resolviéndose por el menor destrozo, como es regla habitual en todos los ordenamientos internos.

* *Retroacción y restitución*. La anulación tendrá efectos retroactivos, dice el artículo 3.17 PU sin más, pero entendemos que se extiende al momento de celebración del negocio. El texto simplifica los derechos internos y la doctrina que separa la nulidad de la anulación, una de cuyas diferencias es precisamente ésta. Y es que la ineficacia sobrevenida del contrato se contempla en otro lugar como supuesto de terminación contractual.

Añade el precepto que la anulación habilita a cada parte para pedir la restitución de lo entregado conforme al contrato o a las cláusulas que sean anuladas, siempre que proceda al mismo tiempo a restituir lo recibido en los propios términos, y si una de las partes no puede restituir, compensará adecuadamente a la otra.

* *Indemnización de daños y perjuicios*. Independientemente de que el contrato se anule, la parte que conoció o tenía que conocer la causa de la anulación habrá de resarcir a la otra, colocándola en la misma situación en que se encontraría de no haber celebrado el contrato (art. 3.18 PU).

3.4. INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO

Los criterios de interpretación aparecen recogidos en el texto de los PU de modo muy parecidos a los Códigos latinos, en contraste con el CV que carece de reglas generales interpretativas de la venta:

- En primer término se recoge la común intención de las partes, y si no puede establecerse, se hará conforme al sentido que le habrían dado personas sensatas de la misma condición, colocadas en las mismas circunstancias. Si la intención no fuere común, las declaraciones y demás conductas de cada una de las partes se interpretarán conforme a su intención. Para aplicar estas reglas se tendrán en cuenta las negociaciones previas entre las partes, las prácticas que hayan establecido entre sí, la conducta observada luego de celebrarse el contrato, su

naturaleza y finalidad, el sentido comúnmente dado a los términos y expresiones en el respectivo ramo comercial y los usos (art. 4.1 a 3 PU).

- En segundo lugar, hay que tener en cuenta el sentido global del contrato, como se deduce de los artículos 4.4 y 4.5 id., expresivos de que las cláusulas y expresiones se interpretarán en función del contrato en su conjunto o de la disposición en la cual se encuentren, y en todo caso, en el sentido que todas produzcan algún efecto, antes de privárselo a alguna de ellas. Es otro exponente del principio *in favor negotii*.

El mismo criterio exige que cuando las partes no se hayan puesto de acuerdo acerca de una disposición importante para la determinación de sus derechos y obligaciones, se considerará integrada al contrato aquella disposición que resulte más apropiada a las circunstancias. Para ello se tendrá en cuenta la intención de las partes, la naturaleza y finalidad del contrato, la buena fe y la lealtad negocial y el sentido común (art. 4.8 PU).

- Finalmente, la buena fe que debe presidir la contratación exige que si las cláusulas de un contrato dictadas por una de las partes no son claras, se preferirá la interpretación que perjudique a dicha parte. Y en caso de discrepancia entre varias versiones idiomáticas del mismo contrato, todas con la misma jerarquía, se preferirá la versión en que fue redactado originariamente (arts. 4.6 y 4.7 PU).

3.5. EL CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO

Suele la doctrina integrar en un mismo epígrafe lo que llaman contenido y cumplimiento del contrato, o lo que es igual, la serie de derechos y obligaciones que en el mismo se agitan. Sin embargo, los Principios Unidroit dedican dos capítulos distintos al contenido del contrato, como una suerte de aspecto estático y estructural de las obligaciones que comprende, y a su cumplimiento, especie de veste dinámica en que estas obligaciones adquieren vida y se contemplan funcionando en el contrato, de acuerdo con lo previsto por las partes y, además, con las previsiones de la buena fe y lo que resulta razonable.

Así se comprende en los ordenamientos del sistema anglosajón. Por el contrario, los ordenamientos de corte latino prefieren hablar de eficacia del contrato o la serie de efectos que ellos producen, tanto entre las partes como en relación a terceros. La regulación internacional (entre ellos los PU y el CV) resultan más inspirados en aquéllos que en éstos. Veamos:

- a) *Contenido*. En la sede estructural aludida cabe distinguir obligaciones expresas o implícitas que dimanen de la naturaleza y finalidad del contrato,

de las prácticas establecidas entre las partes y los usos, de la buena fe y la lealtad negocial y, por último, del sentido común (arts. 5.1 y 2 PU).

Igualmente pueden distinguirse obligaciones de resultado, en la medida en que la obligación de una de las partes implique el deber de conseguir un resultado específico, o de medios, en la medida en que implique el deber de desplegar los medios apropiados en la ejecución de una actividad, en cuyo caso la parte estará obligada a hacerlo tal y como una persona razonable de la misma condición colocada en las mismas circunstancias. Para determinar una y otra se tendrá en cuenta, entre otros factores, la manera en que la obligación se expresa en el contrato, el precio y demás elementos del mismo, el nivel de riesgo normalmente involucrado en la obtención del resultado esperado y el influjo de las habilidades de la otra parte en la ejecución de la obligación (arts. 5.4 y 5 PU).

b) *Cumplimiento propiamente dicho*. En sede dinámica del contrato, el cumplimiento es el momento fundamental para el que se ha llevado a cabo la negociación. Con el mismo se alcanza el fin del contrato y se da satisfacción a los intereses de las partes, de suerte que cuanto mayor sea la reciprocidad, mayor será la posibilidad de crear riqueza y de circularla, en beneficio de las partes, de subcontratantes totales o parciales, de proveedores y otros terceros. Por ello la regulación del cumplimiento contractual comporta una delicada tarea y recibe una especial importancia en todos los textos de derecho interno, y con mayor razón, internacional.

Sin embargo, el cumplimiento minucioso de las prestaciones de las partes depende en cada caso del tipo de negociación concertado, y habría de estudiarse en sede del contrato correspondiente (franquicia, *leasing*, *factoring*, etc.). Por eso, desde un punto de vista de teoría general de los contratos internacionales, cabe plantearse el tiempo, forma y lugar del cumplimiento, de una parte, y su posible modificación por excesiva onerosidad, por otra:

* en relación al *tiempo* de cumplimiento, el artículo 6.1.1 PU establece que cada parte debe cumplir sus obligaciones en el momento estipulado en el contrato o determinable según éste; en cualquier momento, dentro del término estipulado en el contrato o determinable según éste, a menos que las circunstancias indiquen que a la otra parte le corresponde escoger el momento de cumplimiento; en los demás casos, en un plazo razonable después de celebrado el contrato. Coincide sustancialmente con el artículo 33 CV, que dispone también los artículos 58 y 59 en relación al precio.

Si se dispone de un plazo para realizar la prestación, pactado o razonable, se hará de una sola vez, siempre que sea posible y las circunstancias no indiquen otro modo de cumplimiento (art. 6.1.2 PU). Por la misma razón, y porque el contrato tiende a la mayor reciprocidad de intereses, en la

medida de lo posible, las partes cumplirán sus obligaciones de forma simultánea y en la medida que el cumplimiento de sólo una de las partes requiera un período de tiempo, deberá cumplir primero, a menos que las circunstancias, en cualquiera de ambos casos, indiquen otro modo de cumplimiento (art. 6.1.4 id.).

El tiempo de cumplimiento puede infringirse anticipada o tardíamente. En el primer caso, el artículo 6.1.5 PU, concordante con el 52.1 CV, dispone que el acreedor puede rechazar el cumplimiento anticipado de la obligación, a menos que carezca de interés legítimo para hacerlo. La aceptación del acreedor no cambia el plazo de cumplimiento de sus propias obligaciones, si se fijó independientemente del de la otra parte. Los gastos adicionales causados por el cumplimiento anticipado serán de cargo de quien se anticipa, sin perjuicio de cualquier otra pretensión que pueda corresponder. El cumplimiento tardío será examinado en sede de incumplimiento:

* En cuanto al *lugar* de cumplimiento, si no se determina en el contrato, ni puede hacerse en base a aquél, el deudor habrá de cumplir en el establecimiento de acreedor cuando se trate de obligaciones de dinero, o en su propio establecimiento, cuando se trate de cualquier otra obligación. El incremento de gastos ocasionados por el cambio de establecimiento de una de las partes con posterioridad a la celebración del contrato, serán a cargo de dicha parte (art. 6.1.6 PU, coincidente en parte con el 57 CV).

* Finalmente, en cuanto a la *forma* de hacerse la prestación, será íntegramente, sin perjuicio de las modalidades que revista. Así, el artículo 6.1.3 PU establece que el acreedor puede rechazar la oferta de un cumplimiento parcial hecha cuando deba cumplirse la obligación, independientemente de si el deudor garantiza o no el cumplimiento del resto, a menos que el acreedor carezca de interés legítimo para el rechazo. Los gastos adicionales causados son a cargo del deudor, sin perjuicio de cualquier otra pretensión que pueda corresponder al acreedor. La solución parece distinta a la ofrecida en el artículo 51 CV, toda vez que remite al incumplimiento de la obligación con las medidas allí definidas.

Cuestión aneja a la forma son las diferentes modalidades de pago de la prestación. El principio general se recoge en el artículo 6.1.7 PU, expresivo de que el pago puede efectuarse en cualquier forma utilizada en el curso ordinario de los negocios en el lugar de pago. No obstante, se presumirá que el acreedor que acepta un cheque u otra orden o promesa de pago, en virtud del inciso anterior o espontáneamente, lo acepta bajo la condición de que el instrumento o promesa de pago sea cumplido. Es una idea consagrada en todos los ordenamientos nacionales, y entre nosotros recogida en el artículo 1.170 del Código Civil.

El texto de los PU recoge reglas especiales para el caso de que la validez del contrato o su cumplimiento necesite autorización pública y procedimiento de obtenerlo (arts. 6.1.14 a 17, inclusive id.), o que el pago de la prestación haya de hacerse por transferencia (6.1.8 id.), o en moneda diferente a la del lugar de pago o indeterminada (6.1.9 y 10 id.). En esta materia habrán de tenerse en cuenta, igualmente, las Reglas Uniformes de la CCI enumeradas con anterioridad.

Y, por último, puede ocurrir que una misma persona tenga varias obligaciones simultáneamente, debiendo señalarse los criterios de imputación de pago. Los artículos 6.1.12 y 13 PU proclaman al respecto que el deudor de varias obligaciones de dinero a favor del mismo acreedor puede indicar al momento de pagar a cuál de ellas se imputará su pago.

Sin embargo, el pago ha de imputarse, en primer lugar, a cualquier gasto, luego a los intereses vencidos, y fijamente al pago del capital. Si no hiciera tal indicación, podrá el acreedor, dentro de un plazo razonable después del pago, indicar al deudor a qué lo imputa, siempre que dicha obligación se encuentre vencida y no haya controversia respecto a ella. A falta de una y otra, el pago se imputará, en su orden, a la obligación vencida y, si hubiere varias, a la que venció primero; a la que cuente con menos garantías para el acreedor; a la más onerosa para el deudor; a la que surgió primero. De no ser aplicables los criterios precedentes, se imputará a todas las obligaciones de forma proporcional. La misma regla, con las adaptaciones del caso, se aplicará a la imputación del pago de las obligaciones no dinerarias.

* Uno de los supuestos del cumplimiento más interesante por la frecuencia de su aplicación es el de variación de las circunstancias que rodearon la celebración del contrato en relación con las que se dan al momento del cumplimiento, produciendo *excesiva onerosidad* para una de las partes y no para la otra, con ruptura del equilibrio contractual que debe imperar entre ellas. Es la cláusula conocida en el argot del comercio internacional y en el derecho anglosajón en general como la «cláusula hardship».

A tal efecto, los PU establecen un criterio general alusivo a que las partes continuarán obligadas a cumplir sus obligaciones a pesar de que dicho cumplimiento se haya vuelto más oneroso para una de ellas (6.2.1). Sin embargo, el propio texto señala que en los casos de «excesiva onerosidad» (hardship), la parte en desventaja puede solicitar la renegociación del contrato.

Tal solicitud deberá realizarla sin demora injustificada, con indicación de los fundamentos en los que se basa, y no autoriza en sí misma a suspender el cumplimiento de las obligaciones. En caso de no llegarse a un acuerdo en un tiempo prudencial, cualquiera de las partes podrá acudir a un Tribunal que, si lo considera razonable, podrá dar por terminado el contrato en una fecha

determinada y en los términos que fije, o adaptarlo para restablecer su equilibrio (art. 6.2.3 id.).

Se entiende excesiva onerosidad cuando ocurren sucesos que alteran fundamentalmente el equilibrio del contrato, ya sea por incremento del costo de la prestación a cargo de una de las partes, o bien por una disminución del valor de la prestación a cargo de la otra, cuando ocurren o son conocidos por la parte en desventaja después de la celebración del contrato y no pudieron ser razonablemente previstos en ese momento, o escapan a su control y no asumió el riesgo de los mismos (art. 6.2.2 id.).

3.6. EL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO

Los contratos, como antes decíamos, se dan para su cumplimiento, como momento culminante en la satisfacción de recíprocos y continuados intereses que cuajan en relaciones estables de negociación. Libre el deudor y dueño de sus actos, debe cumplir, pero puede no hacerlo, defraudando las legítimas expectativas del acreedor, cuyo derecho no por eso se aminora, toda vez que el ordenamiento jurídico reacciona arbitrando medios y disponiendo recursos para que el patrimonio del acreedor quede restablecido mediante la indemnización oportuna si es imputable al deudor, u otras diferentes en caso contrario. Medidas, pues, distintas, según el tipo de incumplimiento producido, por lo que se apuntan dos aspectos de una misma problemática: causas o tipos de incumplimiento y consecuencias de los mismos.

El incumplimiento puede definirse, en general, como la falta de ejecución por una de las partes de cualquiera de sus obligaciones contractuales, e incluye tanto el defectuoso como el tardío (art. 7.1.1 PU). Sin embargo, lo que cuenta es la naturaleza del incumplimiento porque sobrevuela toda esta materia el ya conocido principio *in favor negotii* que conduce a la prevalescencia del contrato, si puede hacerse por cualquier medida de subsanación, si media voluntad en el incumplimiento voluntario, o por lo menos a la inmodificabilidad de los patrimonios si se produjo por eventos de fuerza mayor, o por el contrario, a la terminación del contrato si el incumplimiento es esencial, y a la resarcibilidad de los perjuicios en todo caso.

a) *Incumplimiento mediando voluntad*. El texto de los PU establece una serie de reglas encadenadas que son otros tantos efectos diferentes de esa situación. Así:

- Una parte no podrá valerse del incumplimiento de la otra en la medida en que haya sido causado por actos u omisiones de la primera, o por cualquier otro evento cuyo riesgo asumió (7.1.2 PU).

- Si el cumplimiento es simultáneo, cada parte puede suspender su prestación hasta que la otra la ofrezca, y si es sucesivo, la que cumpla después puede suspenderlo hasta el cumplimiento de la que debe hacerlo primero (7.1.3 id.).
- El que incumple podrá subsanar, a su cargo, el defecto, siempre que comunique ésta su intención, el plazo y la forma en que ha de hacerlo, la subsanación sea sin demora y apropiada a las circunstancias, y la parte perjudicada carezca de interés legítimo en rechazarla.

El derecho a subsanar persiste, pese a la comunicación de terminar el contrato, pues los derechos del perjudicado, incompatibles con la prestación del incumplidor, quedarán suspendidos desde que se comunica la intención de subsanar hasta finalizar el plazo para ello, y en el entretanto, la parte perjudicada podrá aplazar su propia prestación y conserva el derecho a reclamar el resarcimiento por el retraso o daño causado o que no pudo evitarse por la subsanación (art. 7.1.4 id.).

- En caso de incumplimiento, la parte perjudicada podrá conceder a la otra un plazo adicional para que cumpla, suspender sus prestaciones correlativas y reclamar el resarcimiento, pero no podrá ejercitar ninguna otra acción, a menos de recibir comunicación de la otra parte, expresiva de que tampoco cumplirá en ese plazo, o éste transcurra sin cumplimiento.

Si la demora en el cumplimiento no es esencial, transcurrido el plazo adicional de duración razonable podrá darse por terminado el contrato, y si no es razonable, podrá aún ampliarse, con la prevención de que, transcurrido, el contrato quedará terminado automáticamente, y todo ello, a menos que la prestación incumplida sea tan sólo una mínima parte de la obligación (art. 7.1.5 id.).

- En todo caso, la cláusula que limite o excluya la responsabilidad por incumplimiento, o permita a una parte ejecutar una prestación sustancialmente diferente a lo que la otra podía razonablemente esperar, no podrá invocarse si falta manifiestamente a la equidad en función de la finalidad del contrato (7.1.6 PU).

b) *Fuerza mayor*. El incumplimiento de una parte es excusable cuando se debió a un impedimento ajeno a su control y que no cabría razonablemente esperar al momento de celebrarse el contrato, ni haber evitado o superado el mismo o sus consecuencias. Si el impedimento es sólo temporal, la excusa tendrá efecto durante un período de tiempo razonable en función del efecto que cause en el cumplimiento del contrato.

El que incumple debe comunicar a la otra parte el impedimento y su efecto sobre la aptitud para cumplir el contrato, y si no se recibe la comunicación en plazo razonable a partir del conocimiento o deber de conocerlo, será

responsable del daño que cause a la otra parte. Todo ello, sin perjuicio del derecho de dar por terminado el contrato, aplazar su cumplimiento, o reclamar intereses por el dinero debido (art. 7.1.7 PU y parcialmente el art. 79 CV). El precepto naturalmente ha de ponerse en relación con lo dispuesto anteriormente sobre la excesiva onerosidad que da lugar a la posible invalidación contractual, y aparece estudiada en dicha sede.

3.7. TERMINACIÓN DEL CONTRATO

a) *Supuestos*

Una parte podrá dar por terminado el contrato si el incumplimiento de la otra se califica de esencial. Se tendrá por tal, si priva al perjudicado de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, a menos que la otra parte no hubiera previsto ni podido prever razonablemente ese resultado, o si el cumplimiento estricto era esencial dentro del contrato, o si el incumplimiento fuese intencional o temerario, u otorga al perjudicado razones para creer que no puede confiar en el cumplimiento futuro de la otra o, finalmente, la terminación del contrato haría sufrir a la parte incumplidora una pérdida desproporcionada como consecuencia de su preparación o cumplimiento. El derecho a terminar el contrato se ejerce mediante comunicación a la otra parte. En caso de demora, el perjudicado podrá dar por terminado el contrato, si la otra parte no cumple en el plazo adicional previsto en el artículo 7.1.5 (arts. 7.3.1 y 3.2.1 PU, y sustancialmente 49.1 y 64.1 CV).

Si la prestación hubiere sido ofrecida tardíamente o es defectuosa, el perjudicado pierde el derecho a dar por terminado el contrato, a menos que comunique su decisión en tal sentido a la otra parte en un plazo razonable después que supo o debió saber de la prestación defectuosa. Y si con anterioridad a la fecha de cumplimiento de las partes queda claro que habrá un incumplimiento esencial por una parte, la otra puede dar por terminado el contrato (7.3.2,2 y 3.3 PU, y sustancialmente 49.2 y 64.2 CV).

b) *Efectos de la terminación*

- En general, releva a las partes de la obligación de efectuar y aceptar prestaciones futuras, pero no excluye el derecho al resarcimiento por el incumplimiento, ni altera las disposiciones contractuales relativas a la resolución de controversias o cualquier otra cláusula del contrato destinada a tener efecto aún después de su terminación (art. 7.3.5 PU coincidente con el 81.1 CV).

- A la terminación del contrato, cada parte puede reclamar a la otra la restitución de lo que haya entregado en razón del contrato y devuelva lo que recibió. Si no es posible o apropiada la restitución en especie, deberá hacerse una compensación en dinero, siempre que sea razonable. Con todo, si el contrato es divisible y su cumplimiento se extendió durante algún tiempo, la restitución cabe sólo en relación a lo dado y recibido con posterioridad a la terminación del contrato (art. 7.3.6 PU y 81.2 CV).

3.8. RESARCIMIENTO DE DAÑOS Y PERJUICIOS

Como principio general, puede establecerse que todo incumplimiento otorga a la parte perjudicada un derecho al resarcimiento, ya sea exclusivo o en concurrencia con otras pretensiones, salvo que sea excusable conforme a los PU. La reparación integral comprende, tanto cualquier pérdida sufrida, como ganancia estorbada, que se extiende a supuestos no pecuniarios como el sufrimiento físico y la angustia emocional (7.4.1 y 4.2 PU y 74 CV con los límites allí establecidos).

a) *Requisitos del daño*

- El primero es el de su certeza. Así, solamente es resarcible el daño que puede determinarse con un grado razonable de certeza, aún cuando sea futuro. La pérdida de expectativas podrá resarcirse en la medida en que sea probable. Si no puede establecerse la cuantía de los daños con suficiente certeza, quedará a discreción del Tribunal fijar el monto del resarcimiento (art. 7.4.3 id.).
- El segundo es su previsibilidad. La parte incumplidora es responsable solamente del daño previsto o que razonablemente se previere al momento de celebrar el contrato como consecuencia probable de su incumplimiento (art. 7.4.4 id.).
- El tercero es su prueba. Para delimitarla existen una serie de criterios. Así, la parte perjudicada que dio por terminado el contrato y efectuó una operación de reemplazo en término y modo razonables, podrá recobrar la diferencia entre el precio del contrato y el de la operación de reemplazo, así como el resarcimiento de otros daños adicionales. Si no la efectuó, pero la prestación contractual tiene un precio corriente, podrá recuperar la diferencia entre el precio del contractual y el precio corriente al tiempo de la terminación del contrato, así como el resarcimiento de cualquier daño adicional (arts. 7.4.5 y 4.6 id.).

b) *Efectos*. Aparte del principio general de derecho a resarcimiento arriba establecido, pueden señalarse los siguientes, según cada caso específico:

- Si el daño se debe en parte a un acto u omisión de la parte perjudicada o a otro evento cuyo riesgo asumió, la cuantía del resarcimiento se reducirá en la medida en que tales factores hayan contribuido al daño, tomando en consideración la conducta de cada una de las partes. En todo caso, la parte incumplidora no es responsable del daño sufrido por la parte perjudicada en cuanto ésta podía haberlo reducido adoptando medidas razonables que no adoptó, y tendrá derecho a recuperar los gastos hechos razonablemente tratando de reducir el daño (arts. 7.4.7 y 4.8 id.).
- Si una parte no paga una suma de dinero cuando corresponde, el perjudicado tiene derecho a cobrar intereses, desde el vencimiento de la obligación hasta el momento del pago, sea o no excusable su falta, y a razón del promedio bancario u otro corriente o el más apropiado en el Estado de la moneda de pago, sin perjuicio de la indemnización adicional que proceda por otros mayores daños. Los intereses sobre la restitución correspondientes al incumplimiento de obligaciones no dinerarias comenzarán a devengarse desde el momento del incumplimiento (arts. 7.4.9 y 10 id.).
- En cuanto a la forma de pago de la indemnización, se hará globalmente, salvo cuando la naturaleza del daño lo justifique, en que podrá pagarse a plazos y podrá ser indexada, es decir, establecida ordenadamente. El resarcimiento se fijará según sea más apropiado, bien en la moneda en que la obligación dineraria es expresada, o en aquélla en la cual se ha sufrido el perjuicio (arts. 7.4.11 y 4.12 PU).
- Finalmente, cuando el contrato estipule que el incumplidor pagará una suma determinada a la parte perjudicada por el incumplimiento, ésta tiene derecho a cobrarla con independencia del daño sufrido. Con todo, pese al pacto contrario, la suma estipulada podrá reducirse a un monto razonable cuando fuere notablemente excesiva en relación al daño ocasionado por el incumplimiento y a las demás circunstancias (art. 7.4.13 id.).

4. ASPECTOS CONTENCIOSOS DEL CONTRATO INTERNACIONAL

Una vez que ha surgido un conflicto de intereses entre las partes en punto a la interpretación y cumplimiento del contrato, deben solucionar sus diferencias, bien por la vía de la renegociación, lo que no es más que una novación o modificación del contrato, bien sometiendo la controversia al conocimiento de los Tribunales o al Arbitraje.

4.1. VÍA JUDICIAL

Cuando resuelve un juez porque así se ha pactado por las partes, o porque no puede llevarse a cabo el arbitraje, el proceso judicial se tramita con arreglo a las normas internas del país en que radique el juez o tribunal que conozca del litigio. Será juez competente aquél que designen las partes expresa (art. 57 LEC) o tácitamente (art. 58 id.), o bien en función de las reglas del Convenio de Bruselas, de 27 de septiembre de 1968, ratificado por España en 29 de octubre de 1990, entrando en vigor el 1 de febrero de 1991.

El Consejo de la Unión Europea ha aprobado un Reglamento sobre Competencia Judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (DOCE, L núm. 12 de 16 de enero de 2001). Inspirado en el Convenio de Bruselas de 1968, simplifica los trámites, a fin de lograr un reconocimiento y ejecución de las resoluciones judiciales de los Estados miembros, de modo más rápido y sencillo, con carácter vinculante. Los litigios deberán presentar un nexo con el territorio de los países comunitarios, y quedan excluidas las materias fiscales aduaneras y administrativas.

Si no media sumisión a juez, o éste no resulta de reglas de Convenio Internacional porque se trata de partes domiciliadas en Estados no miembros, el artículo 21 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, de 2 de agosto de 1985, prevé la competencia de los Tribunales españoles en los juicios que se susciten en territorio español entre extranjeros, y entre españoles y extranjeros, con arreglo a lo establecido en dicha ley y en los tratados internacionales en los que España sea parte. La STS, de 10 de noviembre de 1993, señala una cierta línea de apertura al conocimiento por los Tribunales extranjeros.

4.2. VÍA ARBITRAL

Si las partes deciden, bien con carácter previo (cláusula compromisoria), bien una vez nacido el litigio (compromiso) sustraer al conocimiento de los Tribunales estatales el conocimiento de la controversia, que será sometida a uno o varios particulares, elegidos por los contratantes, se habla entonces de arbitraje comercial internacional cuando versa sobre un contrato en el que se ventilan intereses del comercio internacional.

a) *Ventajas e inconvenientes*

Ninguna tan gráfica como aquélla que contrapone al arbitraje con el procedimiento judicial, destacando al primero con las notas de rápido, fácil y barato, y caracterizando al segundo de lento, complejo y caro. Pero lo barato

del arbitraje no resulta a menudo de acuerdo con la realidad. Las partes, por otro lado, siguiendo el procedimiento judicial, no tienen que pagar a los jueces y los árbitros, por lo general profesionales de gran prestigio cobran honorarios elevados, aparte las costas del procedimiento arbitral que no admite la defensa por pobre.

Sin embargo, la rapidez del procedimiento importa mucho al litigante de buena fe, especialmente industriales y comerciantes por la inmovilización de capitales y el deterioro de mercaderías, agilidad que no cubren los procesos judiciales con un sistema de doble instancia, que no ocurre en el arbitraje. Y en contraste, la simplicidad del procedimiento arbitral no se logra cuando una de las partes se niega a cooperar o pone obstáculos al desarrollo de las diligencias, impugnando la competencia, recusando árbitros, etc.

El arbitraje, por su parte, evita la publicidad, pues al árbitro se confían secretos e intimidades del negocio muy útiles para la competencia, pero con la pérdida de garantías que supone el secretismo y sus secuelas, fraudes fiscales, conductas ilegales que quedan así ocultas a los Tribunales. Otras veces, más que un técnico en derecho, interesa un experto en la especialidad comercial de que se trate y, en fin, el laudo arbitral requiere la colaboración del juez para su ejecución y para realizar ciertas pruebas y medidas preventivas.

Todo ello nos lleva a considerar que no existen reglas generales. Cada caso demanda una solución adecuada, jurisdiccional o arbitral, sin que pueda desconocerse el hecho de que ocho o nueve de cada diez contratos internacionales contienen una cláusula compromisoria o son objeto de un acuerdo arbitral, proporción que aumenta en el sector marítimo.

b) *Clases*

Puede clasificarse atendiendo a los siguientes criterios:

- Por razón de las partes intervinientes se distingue el que se lleva a cabo entre particulares, sean personas físicas o jurídicas, o entre particulares y Estados. En este último caso se trata de contratos de concesión, joint-ventures, desarrollo económico, etc., en los que aparecen como contratantes Estados y empresas pertenecientes a bloques de distinto desarrollo social y económico.
- En atención al órgano y procedimiento arbitral, se distingue un arbitraje *ad hoc* e institucional. En el primero, específico para un negocio, se designan los árbitros y el procedimiento a seguir, lo cual requiere conocimientos jurídicos nada despreciables y de importante coste, que no están siempre al alcance de los empresarios, por lo que este tipo de arbitraje es poco frecuente. Sólo subsiste en los grandes contenciosos

en que las partes disponen de la estructura arbitral y desean mantener en sus manos el control del procedimiento, ejemplo: las concesiones petrolíferas en Oriente Próximo.

Es más frecuente pactar en la cláusula compromisoria la referencia a un Reglamento ya existente que ofrece la ventaja de liberar a las partes de establecer el suyo propio y permite, por otra parte, la intervención de una tercera instancia preconstituida, que podrá desbloquear obstáculos de procedimiento, por ejemplo, el negarse al nombramiento de un árbitro concreto. Este arbitraje institucional se desarrolla bajo los auspicios de una organización que presta su asistencia a las partes, ordinariamente, aunque no de forma exclusiva, designando en su lugar los árbitros a partir de unas listas de expertos previamente elaboradas para que resuelvan las diferencias conforme a un Reglamento arbitral propio. Tales arbitrajes pueden ser generales para cualquier materia, ejemplo: la Cámara de Comercio Internacional, o especializados en temas concretos, por ejemplo, The Coffee Trade Association.

Y por la solución dada al fondo del asunto, se resuelve *ex equo et bono*, es decir, como resolverían amigables componedores, o con arreglo a derecho, que atribuye la misión de resolver de la misma manera que un juez, aplicando el ordenamiento jurídico pertinente.

c) *En cuanto a su régimen jurídico*

Son de destacar la Convención sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, suscrita en New York el 10 de junio de 1958 (BOE de 11 de julio de 1977), y el Convenio Europeo de Ginebra de 21 de abril de 1961 (BOE de 4 de octubre de 1975). Y habrán de tenerse en cuenta, además, las normas de conflicto expresadas en los artículos 60 a 63 de la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje. Y desde el punto de vista privado, cabe citar el Reglamento de Conciliación y el de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de 1988 y 1998, respectivamente.

MANUEL MEDINA DE LEMUS
Profesor Titular de Derecho Civil

BIBLIOGRAFIA

- ALVAREZ GONZÁLEZ (1992): *Condiciones generales en la contratación internacional*, ed. La Ley, Madrid.
- ANDERSON, M. (1997): *Drafting and negotiating commercial contracts*. Butterworths. London, Edinburg, Dublin.

- BALLARINO a cura di (1994): *Convenzione di Roma sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, Milano.
- BALLESTEROS GARRIDO, J. A.: *Las condiciones generales de los contratos y el principio de autonomía de la voluntad*. Edit. J. M. Bosch, Barcelona, 1999.
- BALLESTEROS ROMÁN, A. J. (1999): *Comercio exterior. Teoría y práctica*. Ed. Universidad de Murcia.
- BASIC DOCUMENTS ON INTERNATIONAL TRADE LAW (1999): Chia-Jui-Cheng. Kluwer Law International. Third edition, London, Cambridge, Dordrecht.
- BENTO y MOURA (1986): *Contratos internacionais*, Coimbra.
- BERGER, K. P. (1999): *The creeping codification of the lex mercatoria*. Kluwer law international. The Hague, London, Boston.
- BONELL, M. J. (1976): *Le regole oggettive del commercio internazionale. Clausole tipiche e condizioni generali*. Giuffrè, Milano.
- BONELL, M. J., e BONELLI, F. (1997): *Contratti commerciali internazionali e Principi Unidroit*. Giffrè ed. Milano.
- BONOMI, A. (1998): *Le norme imperative nell diritto internazionale privato (Considerazioni sulla Convenzione europea sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali del 19 giugno 1980 nonché sulle leggi italiana e svizzera di diritto internazionale privato)*, Zurich.
- CAMPBELL, D. & REINHARD PROKSON (1998): *International business trade. Commentary forms. Including word processing software*. 2 vols. Kluwer. London, Amsterdam, 1989, incluye nueve entregas de hojas recambiables.
- CARBONE, S. M., e LUZZATO, R. (1984): *I contratti del commercio internazionale*, en P. RESCIGNO, *Trattato di Diritto Privato*, vol. 11, Torino.
- CARDEÑES SANTIAGO, M. (1999): *La aplicación de la regla de reconocimiento mutuo y su incidencia en el comercio de mercancías y servicios en el ámbito comunitario e internacional*. Eurolex, Madrid.
- CARRILLO DEL POZO (1994): *El contrato internacional: la prestación característica*. Zaragoza.
- CASTELLANOS RUIZ, E. (1998): *Autonomía de la voluntad y Derecho uniforme en la compraventa internacional*. Ed. Comares. Col. Ciencia Jurídica y Derecho Internacional, Granada.
- CASTRONOVO (2000): «I principi di diritto europeo dei contratti», Parte I e II, en la *Revista Europa e Diritto Privato*, núm. 2.
- CESARO E., con la collaborazione di CIRILLO, G. DE ESPOSITO, C. (1997): *Le condizioni generali di contratto nella Giurisprudenza*, a cura di. Cedam, Padova.
- CHARLESWORTH'S BUSINESS LAW (1997): General Editor P. Dobson, 16.^a edic., London.
- CONFEMETAL, FUNDACIÓN (1999): *Modelos de contratos internacionales*, 3.^a edición revisada por De la Fuente, M. y Echarri, A., Madrid.
- DE CASTRO (1958): «Las leyes nacionales, la autonomía de la voluntad y los usos en el Proyecto de la Ley Uniforme sobre la venta», en *Anuario de Derecho Civil*, pág. 1003 y sigs.
- DESANTES LEAL (1994): *Las obligaciones contractuales internacionales en moneda extranjera. Problemas relativos al ámbito de la ley aplicable*. Ed. La Ley, Madrid.

- DÍAZ VERGARA, M. (1999): *Manual de contratos internacionales. Contratos internacionales. Régimen de aduanas. El Euro y la exportación. Fomento. Fiscalidad.* Ed. Deusto. Madrid, Barcelona, Bilbao.
- ESPIAU ESPIAU, S. (editor) (1999): *Las condiciones generales de la contratación y la Ley 7/1998, de 13 de abril.* Jornada jurídica de la Universidad de Lleida. Intervienen ULMER, P.; COCA PAYERAS, M., y RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. Ed. Marcial Pons, Barcelona, Madrid.
- EXPÓSITO, C. D. (1999): *La Organización Mundial del Comercio y los particulares.* Dykinson, Madrid.
- FERNÁNDEZ ARROYO (1994): *La codificación del Derecho Internacional Privado en América Latina (Ambito de producción jurídica y orientaciones metodológicas),* Madrid.
- FERRARI, F. (1999): *La vendita internazionale. Applicabilità ed applicazioni della Convenzione di Vienna del 1980.* Vol. XXI del Trattato di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico dell'Economia diretto da Galgano. CEDAM, Padova, 1997. Hay traducción española, ed. Tirant lo Blanch, publicaciones del Bufete Cuatrecasas, Valencia.
- FURMSTON, M.; NORISADA, T., y POOLE, J. (1998): *Contract formation and letters of intent.* London, Charlottesville, Dublin, Durban, Edinburgh, Kuala Lumpur, Singapore, Sydney, Toronto, Welington.
- GALGANO, F. (1993): *Lex mercatoria.* Il Mulino. Universale paperbacks, Bologna.
- GANDOLFI, G. (1992): «Pour in Code européen des contrats», en *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1992, pág. 707 y sigs. (1993): «L'unificazione del diritto dei contratti in Europa: mediante o senza legge», en *Rivista di Diritto Civile*, 1993, pág. 149 y sigs. (1995): «Verso il tramonto del concetto di obbligazione nella prospettiva di un Codice unico per L'Europa», en *Riv. Dir. Civ.*, 1995, pág. 204 y sigs.
- GARCÍA LÓPEZ, R. (2000): *La liberalización del comercio de servicios en la OMC.* Ed. Tirant lo Blanch, Valencia.
- GARCIMARTÍN ALFÉREZ (1993): *Contratación internacional y medidas de coerción económica.* Madrid.
- GINÉS PARREÑO, C. A. (1998): *El contrato de inspección en el comercio internacional.* Ed. Tirant lo Blanch, Col. Biblioteca Jurídica Cuatrecasas, Valencia.
- GONDRA ROMERO (1978): «La moderna *lex mercatoria* y la unificación del Derecho del Comercio Internacional», en *Revista de Derecho Mercantil*, 1973, pág. 7 y sigs.
- «Condiciones generales de la contratación y protección de la parte más débil en el marco del Derecho uniforme de la compraventa internacional», en *Estudios en Homenaje al profesor Uría*, Civitas, Madrid.
- GOODE ROY (1995): *Commercial law.* Second edition. Bouterworths, London, Edimbourg & Dublin.
- GOZLAN, A. (1999): *International letters of credit. Resolving conflict of law disputes.* The Hague.
- HERRERO MALLOL, C. (1999): *Precios de transferencias internacionales.* Ed. Aranzadi, Pamplona.

- HEUZE (1990): *La réglementation française des contrats internationaux. Etude critique des méthodes*. GLN Joly, Paris.
- HONNOLD: *Uniform law for International sale*, 3.^a ed., Kluwer Law International. The Hague, 1999. Hay traducción española de la 1.^a edición, titulada *Derecho Uniforme sobre compraventas internacionales*. Edersa, Madrid, 1987.
- JIMÉNEZ, G. (1999): *Guía de la CCI dels elements basic del comerc internacional. Aspectes jurídics i del transport*. Barcelona.
- KASSIS, A. (1993): «Théorie générale des usages du commerce», *LGDJ*, Paris, 1984. — «Le nouveau Droit européen des contrats internationaux», *LGDJ*, Paris.
- KLOTZ, J. M., y BARRETT, J. A. (1998): *International sales agreements. An annotated drafting and negotiating guide*. The Hague.
- LANDO (1987): The 1985. *Hague Convention on the law applicable to sales*, en *Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, vol. 51.
- LANDO & BEALE ed. (2000): *Principles of European Contract Law, Parts I and II*, prepared by The Commission on European Contract Law, Chairman: Ole Lando. The Hague-London-Boston.
- LEGISLACIÓN COMERCIAL INTERNACIONAL (1997): *El sistema multilateral de comercio y su incidencia en el Derecho comunitario europeo*. Edición coordinada por A. Ortiz-Arce de la Fuente y preparada por P. Alvarez Tames, L. Moreno Blesa y C. Otero García. Castrillón, Madrid.
- LESQUILLONS, H. (1990): *Contrats internationaux*, Lamy, Paris, hojas actualizables.
- LÓPEZ LÓPEZ, A. (1997): «La interpretación del contrato en la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de mercaderías», en *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 225, julio-septiembre.
- LOS PRINCIPIOS DE UNIDROIT (1998): *¿Un derecho común de los contratos para las Américas?* Congreso Interamericano celebrado en Valencia-Venezuela, noviembre de 1996, Roma.
- MAGGIOLO, M. (1996): *Il contratto predisposto*. CEDAM, Padova.
- MAURA COSTA, L. (1998): «Le crédit documentaire. Etude comparative», en *LGDJ*, Col. Bibliothèque de Droit privé, Paris.
- MCGREGOR, H. (1997): *Contract Code*. Proyecto redactado por encargo de la Law Commission inglesa. J. M. Bosch, editor. Barcelona.
- MEDINA DE LEMUS, M. (1992): *La venta internacional de mercaderías*. Tecnos, Madrid, y (2000): *Contratos de Comercio Exterior*, 2.^a edición, Dykinson, Madrid.
- MÉNDEZ PINEDO, E. (1999): *La protección de consumidores en la Unión Europea. Hacia un derecho procesal comunitario del consumo*. Ed. Marcial Pons, Madrid.
- MOZOS, J. L. (1993): «Integración europea. Derecho comunitario y Derecho común», en *Revista de Derecho Privado*, pág. 211.
- MULLIS, A. (1998): *The Vienna Convention for contracts for the international sale of goods*. London.
- ORDUÑA MORENO, F. J. (2000): «Derecho de la contratación y condiciones generales», en la *Revista de Derecho Patrimonial*. Ed. Aranzadi, núm. 4 y 5.
- OSMAN, F. (1992): «Les principes généraux de la lex mercatoria. Contribution à l'étude d'un ordre juridique anational», en *LGDJ*, Paris.
- OWSIA (1994): *Formation of contract. A comparative study under English, French, Islamic and Iranian law*. London.

- PAGADOR LÓPEZ, J. (1998): *La Directiva comunitaria sobre cláusulas contractuales abusivas*. Ed. Marcial Pons, Madrid, y también (1999): *Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas. La Ley de condiciones generales de la contratación*. Ed. Marcial Pons, Madrid, Barcelona, 1999.
- PETERSMANN, E. U. (1997): *International Trade law and the GATT/WTO dispute settlement system*. The Hague.
- QUIGLEY, C. (1998): *European Community contract law*. Vol. 1: «The effect of EC legislation on contractual rights, obligations and remedies». Vol. 2: «EC Legislation». The Hague. También editado en francés, misma ciudad y año.
- SACERDOTI e FRIGO (1992): *La Convenzione di Roma sul diritto applicabile ai contratti internazionali*. Giuffrè, Milano.
- SÁNCHEZ ANDRÉS: «El control de las condiciones generales en Derecho comparado», en *Revista de Derecho Mercantil*, 1980.
- SCHMITTHOFF: *Export trade. The law and Practice of International Trade*. Tenth edition. Sweet & Maxwell. London, 2000.
- SIERRALTA RÍOS (1998): *Contratos de Comercio Internacional*. Pontificia Universidad Católica del Perú, 3.^a edición.
- STEIN, P. (1993): *Incontro di studio su il futuro Codice europeo dei contratti*. Ed. Giuffrè, Milano.
- STRUCTURING INTERNATIONAL TRANSACTIONS (1999) (Editor D. Campbell): The Hague.
- TORRALBA MENDIOLA, E. (1997): *La responsabilidad del fabricante. Aplicación de la ley extranjera y normativa comunitaria*. Ed. Marcial Pons, Madrid.
- TOSI: *Comercio Internacional y Mercosur*. Ed. La Rocca, Buenos Aires, 1999.
- TOWARDS EUROPEAN CIVIL CODE (1998) (editors A. Hartkamp, M. Hesselink, E. Hondius, E. du Perron and C. Joustrat), 2.^a edición. The Hague.
- VETTORI, G. (1999): *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*. Cedam, Padova.
- VV.AA.: *Lex Mercatoria and arbitration*. Revised edition. Ed. Thomas Carbonneau. Iuris Publishing. Kluwer law international.
- (1991): *Les clauses abusives dans les contrats types en France et en Europe*. Actes de la Table ronde du 12 décembre 1990, sous la direction de Jacques Ghestin. Centre de Droit des obligations de l'Université Paris I, ed. LGDJ.
- (1991): *Les clauses limitatives de responsabilité en Europe*. Actes du Colloque des 13 et 14 décembre 1990, sous la direction de Jacques Ghestin. Centre de Droit des Obligations de l'Université, Paris I, LGDJ.
- (1999): *Comentarios a los principios UNIDROIT para los contratos del comercio internacional*. Coordinador: David Morán Bovio. Ed. Aranzadi, Pamplona.
- (1999): *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*. Coordinadores: Arroyo y Miquel. Ed. Tecnos, Madrid.
- (1999): *La unificación jurídica europea*. Seminario organizado por el Consejo General del Notariado en la UIP (Director: J. M. García Collantes), Civitas, Madrid.
- WTO SECRETARIAT (2000): *From Gatt to the WTO: The multilateral trading system in the new millennium*. Ed. Walter Kluwer.
- ZIMMERMANN, R. (2000): «Rasgos fundamentales de un Derecho contractual europeo», en *Estudios de Derecho Privado Europeo*, Civitas. Madrid.

EN PARTICULAR, SOBRE COMERCIO ELECTRONICO

- AGUILAR, A. (1991): «El derecho de la prueba y la informática. Problemática y perspectivas», en la *Revista Informática y Derecho*, núm. 2, editada en Mérida.
- ALCOVER, G.; CABANILLAS, S., y HUGUET, L. (1994): *Repercusiones jurídicas de la incorporación del EDI (Estudio interdisciplinar encargado por la Consellería de Economía y Hacienda)*, Palma de Mallorca.
- ALCOVER GARAU, G. (1994): «La firma electrónica como medio de prueba (valoración jurídica de los criptosistemas de claves asimétricas)», en la *Revista Cuadernos de Derecho y del Comercio*, núm. 13. Y también (2000): «El Real Decreto-ley sobre firma electrónica», en la *Revista de la Contratación Electrónica*, núm. 1.
- ALCOVER GARAU, G., y HUGUET, L. (1995): «Seguridad en la transmisión electrónica EDI: validez jurídica», en *VIII Encuentro sobre Informática y Derecho (contratación electrónica y contratación informática)*, Madrid.
- ALVAREZ CIENFUEGOS SUÁREZ, J. M. (2000): *La firma y el comercio electrónico en España*. Ed. Aranzadi, Pamplona.
- AMERICAN BAR ASSOCIATION (1990): *Commercial Use of Electronic Data Interchange*. Report, The Business Lawyer, vol. 45.
- AMORY, B., y SCHAUS, M. (1991): *Edi as a way to conclude contracts, Law and computers*, vol. II (selected papers from the 4th International Conference of the Italian Corte Suprema di Cassazione. Rome Spring 1988). Milano. Y también (1987): «La formation des contrats par des moyens électroniques», en la *Revista Droit de l'Informatique*, núm. 4, año 1987 de Bruxelles.
- BARRIUSO RUIZ, C. (1998): *La contratación electrónica*. Ed. Dykinson, Madrid.
- BOCHURBERG, L. (1999): *Internet et commerce électronique. Site WEB. Applications multimedia. Contrats. Responsabilité. Contentieux*. Ed. Delmas, Paris.
- CARRASCOSA LÓPEZ, V.; POZO ARRANZ, M. A., y RODRÍGUEZ DE CASTRO, E. (2000): *La contratación informática: el nuevo horizonte contractual. Los contratos electrónicos e informáticos*, 3.^a edición, Comares, Granada.
- CHISSICK KELMAN (2000): *Electronic commerce*. Law and practice. Sweet & Maxwell. London.
- DAVARA, M. A. (2000): *La protección de los intereses del consumidor ante los nuevos sistemas de comercio electrónico*. Ed. CEACCU, Madrid.
- DÍAZ MORENO, A. (2000): «Concepto y eficacia de la firma electrónica en la Directiva 1999/93/CE, de 13 de diciembre de 1999, por la que se establece el marco comunitario para la firma electrónica», en la *Revista de Contratación Electrónica*, núm. 2, febrero.
- FERNÁNDEZ DEL POZO y VICENT CHULIÁ (2000): «Internet y Derecho de Sociedades: una primera aproximación», en *RDM*, núm. 237, julio-septiembre.
- FIRMA ELECTRÓNICA Y COMERCIO ELECTRÓNICO (2000): Número monográfico de la *Revista de Cuadernos de Derecho y del Comercio*. Colegio de Corredores Oficiales de Comercio, Madrid.
- GARCÍA VIDAL, A. (2000): «Los contratos de acceso a Internet», en la *Revista de Contratación Electrónica*, núm. 6, junio.
- GARZANITI LAURENT (2000): *Telecommunications broadcasting and the internet. EU competition law and regulations*. Ed. Sweet & Maxwell.

- GRINGRAS, C. (1997): *The laws of the Internet*. London.
- GOUFF, S. (1999): *Droit des Telecommunications, des Technologies de l'Information et du Multimedia. Vers un cadre commun. Telecommunications informations technologies and Multimedialaw. Toward a common framework*, Bruxelles.
- ILLESCAS ORTIZ, R. (2001): *El derecho de la contratación electrónica*. Ed. Civitas, Madrid, 2000.
- JULIA BARCELÓ, R. (2000): *Comercio electrónico entre empresarios. La formación y prueba del contrato*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia.
- (2000): «La responsabilidad de los intermediarios de Internet en la Directiva de comercio electrónico: problemas no resueltos», en la *Revista de Contratación Electrónica*, núm. 6, junio.
- LLANEZA GONZÁLEZ, P. (2000): *Internet y comunicaciones digitales*. Ed. Bosch, Barcelona.
- MADRID PARRA, A. (2000): «Proyecto de Reglas Uniformes de la CNUDMI-UNCITRAL sobre firma electrónica», en la *Revista de Contratación Electrónica*, núm. 4, abril.
- MARTÍN CASTRO, M. P. (2000): «Nuevas formas de documentación del contrato de transporte: la sustitución del soporte material por la documentación electrónica», en la *Revista de Contratación Electrónica*, núm. 7, julio-agosto.
- MARTÍNEZ NADAL, A. (2000): *La Ley de Firma Electrónica. Y otro libro titulado Comercio electrónico, firma digital y autoridades de certificación*, ambos en Ed. Civitas, Madrid.
- MIGUEL ASENSIO, P. A. (2000): *Derecho Privado de Internet*. Ed. Civitas, Madrid.
- NIMMER, R. (1999): «Revisión del Código Comercial uniforme estadounidense: la edad de la comunicación en materia de contratos», en la *Revista de Derecho de la Alta Tecnología*, núm. 100-101.
- RIBAS ALEJANDRO, J. (1999): *Aspectos jurídicos del comercio electrónico en Internet*. Aranzadi, Pamplona.
- RODRÍGUEZ ADRADOS (2000): «La firma electrónica», en *Anales de la Academia de Jurisprudencia y Legislación*.
- UNCITRAL (1997): *Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Informe del Grupo de trabajo sobre Comercio Electrónico acerca de la labor de su 31 período de Sesiones* (New York, 18 a 28 de febrero de 1997) A/CN.9/437, de 12 de marzo (1996), y también *Planificación de la labor futura sobre comercio electrónico: firmas digitales, autoridades certificadoras y asuntos jurídicos conexos. Nota de la Secretaría*, A/CN.WG.IV/WP.71, de 31 de diciembre de 1996.
- VV.AA. (1999): *Il commercio elettronico. Verso nuovi rapporti tra imprese e mercati*. A cura di Scott, W. G.; Murtula, M., y Stecco, M. Ed. UTET, Torino.
- (2000): Coordinados por Mateu de Ros y Cendoya Méndez de Vigo, *Derecho de Internet. Contratación electrónica y firma digital*. Ed. Aranzadi, Pamplona.
- «Informática y Derecho» (1999 y 2000, respectivamente), en *Revista Iberoamericana de Derecho Informático*, UNED. Centro Regional de Extremadura. Números monográficos 30 a 32, y 33.

La anotación preventiva de embargo en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero: su eficacia en la determinación del alcance de la ejecución respecto de titulares registrales posteriores a ella

La redacción de las siguientes notas tiene su origen en la confusión que en su autor generó el estudio de las normas a través de las cuales la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero, regula la eficacia que la anotación preventiva de embargo haya de tener en la determinación del alcance con el que la ejecución afectará a los titulares registrales de la finca embargada que inscribieron o anotaron su derecho con posterioridad a la anotación, y en el intento de superar tal confusión a través, por un lado, de la interpretación directa del contenido de la propia ley y, por otro, de la lectura de las principales interpretaciones ya realizadas.

Así, a través de las opiniones que a continuación se exponen, se pretende colaborar en la determinación del criterio que sigue la Ley 1/2000, de 7 de enero, al regular el alcance con el que la ejecución en la que se haya acordado la práctica de un embargo, del que se haya tomado anotación preventiva en el Registro de la Propiedad, ha de afectar a los titulares de derechos inscritos o anotados sobre el bien embargado con fecha posterior a la de la anotación preventiva de embargo, ya se trate de terceros poseedores, de titulares de otros derechos reales de goce, de garantía o adquisición preferente, o de titulares de créditos o derechos anotados preventivamente.

Para ello, y a partir del contenido de los preceptos incluidos en el Título IV de la Ley 1/2000, en los que se regula la ejecución forzosa, se tratará de determinar el alcance con el que la ejecución seguida contra bienes determinados afecta a:

- Terceros poseedores adquirentes de tales bienes en otra ejecución.
- Terceros poseedores adquirentes de tales bienes en virtud de un acto de disposición realizado voluntariamente por el titular contra el que se sigue la ejecución.
- Titulares de derechos inscritos y anotados sobre el bien embargado con posterioridad a la práctica de la anotación preventiva de embargo que no tengan la condición de terceros poseedores.

La búsqueda del criterio seguido por la LEC, en relación con esta materia, se ha de centrar en la de la respuesta a la siguiente pregunta:

¿Sigue la nueva regulación establecida por la LEC, el criterio de que la expresión del importe de la obligación en la anotación preventiva de embargo, de conformidad con lo exigido por el artículo 72 LH, genera un límite de responsabilidad por encima del cual la ejecución en curso no podrá perjudicar a titulares registrales que hayan inscrito o anotado su derecho con posterioridad a la anotación o, por el contrario, se sigue el criterio de que la expresión registral de las cantidades inicialmente reclamadas por cada concepto no excluye la posibilidad de que, por ser la cantidad finalmente reclamada superior a la fijada en la anotación, los titulares registrales posteriores puedan verse afectados también en la cantidad no consignada en el Registro?

La adopción de uno u otro criterio tendrá las siguientes consecuencias:

- De entenderse que la fijación del importe de la obligación en el Registro determina desde que se produce el límite máximo por encima del cual no podrá la ejecución perjudicar a titulares posteriores resultará:
 - Que el tercer poseedor, o titular de derechos inscritos o anotados con posterioridad a la anotación, podrá liberar el inmueble embargado o subrogarse en la posición del acreedor satisfaciendo a éste el importe de las cantidades que resulten del Registro, y ello sin que pueda exigírsele una cantidad mayor cuando por razón de intereses devengados durante la ejecución, costas de ésta, o nuevos vencimientos del crédito, el importe de lo finalmente reclamado sea superior.
 - Que el tercer poseedor, o titular de derechos inscritos o anotados que soporte la ejecución y permita la realización del valor en cambio del inmueble embargado, pueda exigir la consignación a su favor de la cantidad en que el producto de lo obtenido exceda de las cantidades consignadas en la anotación preventiva.
 - Que en caso de que con posterioridad a la extensión de la anotación preventiva de embargo se produzca un aumento de la cantidad reclamada, tal ampliación podrá tener acceso al Registro mediante una nueva anotación preventiva, pero no podrá perjudicar a los titulares

registrales que hayan inscrito o anotado con posterioridad a la anotación inicial y antes de que se extienda la que publique el aumento. Así, la anotación preventiva en la que se haga constar la ampliación de la ejecución, y por tanto del embargo, tendrá el rango registral que corresponda a su fecha, de lo que resulta, por un lado, que de existir terceros poseedores de la finca al tiempo en que se pretenda su extensión, la anotación habrá de denegarse por figurar la finca inscrita a favor de persona distinta de aquélla contra la que se decretó el embargo y, por otro, que de existir titulares de créditos hipotecarios o anotados preventivamente, éstos tendrán prioridad frente a la anotación posteriormente extendida en la que se haga constar la ampliación.

· De entenderse que la fijación del importe de la obligación en el Registro no determina un límite por encima del cual los titulares registrales posteriores no puedan quedar perjudicados, ocurriendo por tanto que éstos pueden quedar afectados por la ejecución hasta donde sea necesario para la total satisfacción del acreedor ejecutante, resultará:

- Que dichos titulares no podrán liberar el bien del embargo, o subrogarse en la situación jurídica del acreedor ejecutante, sin satisfacer a éste la totalidad de lo que en ese momento sea objeto de la reclamación, y ello aunque dicho importe exceda de lo fijado en el Registro.
- Que en caso de que dichos titulares soporten la ejecución y permitan la enajenación del inmueble embargado, sólo se entenderá que existe sobrante que puedan reclamar, una vez se haya abonado al acreedor la totalidad de lo reclamado, aunque exceda de las cantidades señaladas en el Registro.
- Que en caso de producirse un aumento de la cantidad reclamada, la constancia de dicho aumento o ampliación en el Registro podrá tener lugar, ya mediante una nueva anotación preventiva, ya mediante la extensión de una nota al margen de la primitiva anotación y, en todo caso, con la misma prioridad que ésta, de modo que, por un lado, la existencia de un tercer poseedor no cerrará el Registro a la nueva anotación de la que resulte la ampliación y, por otro, tanto dicho tercer poseedor como cualesquiera titulares de cargas o gravámenes inscritos o anotados con anterioridad a la anotación de la ampliación se verán perjudicados por ésta.

La determinación de cuál de los referidos criterios sigue la LEC 1/2000, en relación con esta materia, y de si éste es uno de los dos expuestos o constituye una mezcla de ambos, exige partir de lo establecido en el artículo 613, redactado bajo el epígrafe «Efectos del embargo. Anotaciones preventivas y terceros poseedores», e incluido en la Sección IV, «De la priori-

dad del embargante y de la tercería de mejor derecho» del Capítulo III, «Del embargo de bienes» del Título IV. De tal precepto será necesario llevar a cabo una interpretación sistemática que ponga su contenido en relación con lo establecido en otros preceptos de la propia LEC, y con lo establecido en la legislación hipotecaria.

Asimismo, al estudiar el modo en que cada una de las referidas posiciones jurídicas quedará afectada por la ejecución, será necesario distinguir según que las personas que en ellas se encuentren adopten una actitud pasiva frente a aquélla, permitiendo la realización del valor en cambio del inmueble embargado o, por el contrario, acudan al procedimiento para satisfacer el importe de lo reclamado y, con ello, según los casos, puedan liberar la finca de la ejecución, o quedar subrogados en la situación jurídica del ejecutante.

De acuerdo con ello, procedo a estructurar el estudio de la materia distinguiendo en él las siguientes cuestiones:

1. *Estudio del alcance con el que el embargo sujeta el valor realizable del bien o derecho embargado a la satisfacción del acreedor. Criterio seguido por la LEC 1/2000.*

2. *Criterio seguido por la LEC 1/2000 en la determinación de la eficacia que haya de tener la anotación preventiva de embargo respecto de la existencia y extensión del embargo anotado.*

3. *Eficacia que la expresión en la anotación preventiva de embargo, o en un asiento posterior, de las cantidades a que se refiere el artículo 72 LH, haya de tener en la concreción del alcance con el que la ejecución dineraria perjudicará a los terceros poseedores y titulares de derechos inscritos o anotados sobre la finca embargada.*

4. *La constancia en el Registro de la ampliación de la ejecución a cantidades no liquidadas al tiempo de extenderse la anotación de embargo, en casos en que existen titulares de derechos inscritos o anotados con posterioridad a la anotación.*

1. ESTUDIO DEL ALCANCE CON QUE EL EMBARGO SUJETA EL VALOR REALIZABLE DEL BIEN O DERECHO EMBARGADO A LA SATISFACCION DEL ACTOR. CRITERIO SEGUIDO POR LA LEC

En la determinación del alcance con que el embargo sujeta el valor del bien embargado al cumplimiento de la obligación, considero necesario partir del contenido del artículo 1.911 del Código Civil, que establece un principio general de responsabilidad patrimonial conforme al cual, «Del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con la totalidad de sus bienes presentes y futuros».

Se configura por tal precepto una regla de responsabilidad patrimonial y universal a través de la cual se establece, como elemento integrante de toda relación jurídica de obligación, un vínculo de garantía legal en cuya virtud la totalidad de los bienes y derechos que integran el patrimonio del deudor, quedan sujetos al cumplimiento de sus obligaciones, de forma tal que el acreedor, ante el incumplimiento de la obligación, podrá aplicar a su satisfacción el valor realizado en cambio de cualquiera de los referidos bienes o derechos.

No obstante, la actuación directa del acreedor contra el valor realizable en cambio de un bien determinado, exige un acto previo de individualización de dicho bien, a través del cual su valor quede trabado o vinculado a la satisfacción del crédito. Dicha traba, específica de un bien concreto, podrá tener lugar en dos momentos distintos:

- *En un momento anterior al incumplimiento*, mediante la constitución de una garantía real, la cual refuerce el juego del principio de responsabilidad patrimonial universal atribuyendo al acreedor un derecho real, cuyo contenido le confiera la facultad de realizar el valor en cambio del bien que constituye su objeto y de aplicar el producto a la satisfacción de su crédito. Por tanto, la sujeción del bien o derecho gravado al cumplimiento de la obligación, no tiene su origen en la concreción sobre el mismo de la garantía general establecida por el artículo 1.911 del Código Civil, sino en el contenido que la ley atribuye a un determinado derecho real de garantía.

De ello resultan dos consecuencias: por un lado, la posibilidad de constituir la garantía real sobre bienes no pertenecientes al deudor y, por tanto, no sujetos a la responsabilidad patrimonial universal y, por otro, la necesaria determinación *ab initio* de la extensión con que la carga sujeta el valor del bien o derecho. Así, al tiempo de constituirse la garantía, será preciso fijar el importe exacto que queda asegurado o, al menos, el máximo por encima del cual el valor del bien no estará sujeto a la satisfacción del crédito.

- *En un momento posterior al incumplimiento*, mediante el embargo de uno o varios de los bienes o derechos del deudor, que se acuerde en un proceso de ejecución enderezado a hacer efectivo el cumplimiento de la obligación. Así, entendida la ejecución como aquella actividad jurisdiccional o administrativa a través de la cual se hace efectiva la responsabilidad patrimonial universal mediante su concreción sobre un bien o derecho determinado, la realización de su valor en cambio, y la aplicación del producto obtenido a la satisfacción del acreedor, cabe considerar el embargo, con carácter general, como aquel acto de carácter judicial o administrativo, integrado en un procedimiento de ejecución o de apremio administrativo, a través del cual, y una vez ha sido desatendido el requerimiento de pago realizado al deudor, se concreta sobre bienes o derechos determinados del mismo la responsabilidad

patrimonial universal que vincula su patrimonio al cumplimiento de sus obligaciones, de forma que el valor realizable en cambio del bien o derecho embargado quede, directa e inmediatamente, sujeto a la satisfacción del importe de la obligación.

Cabe, asimismo, la posibilidad de que el embargo, y la concreción de responsabilidad que el mismo genera, sea utilizado como una medida dirigida a asegurar la efectividad de la tutela judicial que pueda resultar de una sentencia todavía no dictada, apareciendo así como una de las medidas cautelares reguladas por la LEC de 7 de enero de 2000 en su Título VI.

Entrando ya en el estudio de la extensión del embargo sobre el valor realizable en cambio del bien embargado y, limitando dicho estudio al embargo ejecutivo, esto es, el acordado en el seno de un proceso de ejecución o de un procedimiento administrativo de apremio, la primera consideración a realizar es la de que, según lo expuesto, el establecimiento de la traba en que el embargo consiste presupone la existencia de un incumplimiento de la obligación cuyo importe se pretende obtener y, con ello, el inicio de un procedimiento de ejecución, el cual, una vez sustanciados los trámites a través de los cuales se desarrolla, culminará con la satisfacción del acreedor. Así, se ha de tener en cuenta:

- Que dicha satisfacción se producirá cuando se abone al acreedor, no sólo el importe de su crédito en el momento de realizar la reclamación, sino el de las cantidades derivadas de dicho crédito que le sean adeudadas por razón del tiempo transcurrido entre la reclamación y el abono de lo adeudado, en su caso, por intereses, nuevos vencimientos, o por gastos generados por la propia ejecución.
- Que, por tanto, la determinación del importe exacto con cuya entrega quedará satisfecho el acreedor, no podrá ser realizada en tanto no haya finalizado la ejecución y se haya liquidado el importe de los intereses y nuevos vencimientos devengados durante la misma, y las costas de ésta.

Así, cuando el artículo 1.911 del Código Civil, sujeta la totalidad de los bienes y derechos del deudor al cumplimiento de sus obligaciones, se ha de entender que son tales obligaciones todas aquéllas que surjan de la relación jurídica existente entre el acreedor y el deudor, ya hayan sido inicialmente determinadas, ya lo hayan sido con posterioridad, y bien resulten de lo inicialmente pactado, de la determinación legal o judicial del contenido de la obligación, de la falta de cumplimiento, del retraso en el pago, o de los gastos realizados para su obtención.

De acuerdo con ello, y dado que el embargo se limita a concretar dicha responsabilidad patrimonial universal sobre bienes o derechos determinados, su extensión será la de la obligación que aquella responsabilidad garantice,

esto es, la que permita obtener la satisfacción del acreedor por ser suficiente para cubrir todas las cantidades referidas.

La LEC 1/2000 se refiere a la extensión del embargo sobre los bienes embargados en los siguientes preceptos:

- El artículo 613, párrafos 1 y 2, que establecen que *«El embargo concede al acreedor ejecutante el derecho a percibir el producto de lo que se obtenga de la realización de los bienes embargados a fin de satisfacer el importe de la deuda que conste en el título, los intereses que procedan y las costas de la ejecución. Sin estar completamente reintegrado el ejecutante del capital e intereses de su crédito y de todas las costas de la ejecución, no podrán aplicarse las sumas realizadas a ningún otro objeto que no haya sido declarado preferente por sentencia dictada en tercería de mejor derecho»*.
- El artículo 575.1, que establece que *«La ejecución se despachará por la cantidad que se reclame en la demanda ejecutiva en concepto de principal e intereses ordinarios y moratorios vencidos, incrementada por la que se prevea para hacer frente a los intereses que, en su caso, puedan devengarse durante la ejecución y las costas de ésta. La cantidad prevista para estos dos conceptos, que se fijará provisionalmente, no podrá superar el 30 por 100 de la que se reclame en la demanda ejecutiva, sin perjuicio de la posterior liquidación. Excepcionalmente, si el ejecutante justifica que, atendiendo a la previsible duración de la ejecución y al tipo de interés aplicable, los intereses que puedan devengarse durante la ejecución y las costas de ésta superarán el límite fijado en el párrafo anterior, la cantidad que provisionalmente se fije por esos conceptos podrá superar el límite indicado»*.
- El artículo 578, referido al caso de que iniciada la ejecución se produzca el vencimiento de nuevos plazos o de la totalidad de la deuda, que establece:
 1. Si, despachada ejecución por deuda de una cantidad líquida, venciera algún plazo de la misma obligación en cuya virtud se procede, o la obligación en su totalidad, se entenderá ampliada la ejecución por el importe correspondiente a los nuevos vencimientos de principal e intereses, si lo pidiera así el actor y sin necesidad de retrotraer el procedimiento.
 2. La ampliación de la ejecución podrá solicitarse en la demanda ejecutiva. En este caso, al notificarle el auto que despache la ejecución, se advertirá al ejecutado que la ejecución se entenderá ampliada automáticamente si, en las fechas de vencimiento, no se hubieren consignado a disposición del Juzgado las cantidades correspondientes.

Cuando el ejecutante solicite la ampliación automática de la ejecución, deberá presentar una liquidación final de la deuda, incluyendo los vencimientos de principal e intereses producidos durante la ejecución. Si esta liquidación fuera conforme con el título ejecutivo y no se hubiera consignado el importe de los vencimientos incluidos en ella, el pago al ejecutante se efectuará con arreglo a lo que resulte de la liquidación presentada.

3. *La ampliación de la ejecución será razón suficiente para la mejora del embargo y podrá hacerse constar en la anotación preventiva de éste conforme a lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 613 de esta Ley.*

En el caso del apartado anterior, la ampliación de la ejecución no implicará la adopción automática de estas medidas, que sólo se acordarán, si procede, cuando el ejecutante las solicite después de cada vencimiento que no hubiera sido atendido.

Así, según resulta de lo expuesto, ocurre que, si bien la constitución del embargo supone un acto procesal realizado en un momento determinado del procedimiento y ajustado al importe de lo inicialmente reclamado, su extensión final dependerá de circunstancias posteriores a su constitución, circunstancias que serán, principalmente, el devengo de intereses, el vencimiento de plazos durante la tramitación del procedimiento de ejecución, o la realización de gastos generados por ésta.

Por tanto, no resulta posible fijar, al tiempo de acordarse la traba y de forma definitiva, la parte del valor realizable en cambio del bien o derecho embargado que queda sujeta a la ejecución, sino sólo precisar el alcance inicial de dicha sujeción y valorar, de forma PROVISIONAL, cuál puede ser su alcance definitivo, dentro, en todo caso, del límite máximo que resulta del total valor del bien o derecho embargado.

Totalmente distinto es el fundamento de la determinación del alcance con el que una garantía real sujeta el valor del bien o derecho gravado. En efecto, constituido un derecho real de garantía, la sujeción del valor del bien o derecho que constituye su objeto al cumplimiento de la obligación, se produce en un momento anterior a la existencia de incumplimiento y como un refuerzo voluntario, y en todo caso excepcional, de la garantía legal establecida por el artículo 1.911. Por ello, la garantía real sólo podrá tener la extensión que a tal refuerzo se haya querido dar, de modo que sólo asegurará las cantidades inicialmente fijadas por las que se determina su extensión.

Fuera de tales cantidades o máximos establecidos al constituir la garantía, ésta no despliega su contenido, de modo que no podrá asegurar cualesquiera otras cantidades que, por haberse devengado con posterioridad y no haber sido previstas, no se hayan incluido en ella. De acuerdo con ello, y a la vista

de lo establecido en los artículos 682, 689 y 692 de la LEC, resulta que, cuando se sigue la ejecución directa contra bienes hipotecados y, por tanto, se actúa a través de un proceso de ejecución el contenido del derecho real de garantía, las cantidades que por razón del mismo puede obtener el acreedor ejecutante, no podrán exceder del límite de la respectiva cobertura hipotecaria, y ello, tanto en el caso de que el proceso termine con la realización del valor del bien, como en el caso de que el acreedor ejecutante obtenga satisfacción al haberle sido satisfecho el importe de lo garantizado por algún tercer poseedor del bien hipotecado o por el titular de algún derecho inscrito o anotado sobre el mismo.

Por ello, se ha de entender que la remisión realizada por el artículo 689.2 y 3, a los artículos 662.3 y 659.3, es realizada de forma que, tratándose de la ejecución directa contra bienes hipotecados, el límite de las cantidades que los titulares posteriores a la inscripción de la garantía hayan de abonar para liberar los bienes o para subrogarse en el lugar del acreedor ejecutante será el de las cantidades por las que se haya constituido la hipoteca.

Así, mientras la constitución de un derecho real de garantía no sólo permite, sino que precisa, la fijación inicial y exacta del alcance máximo con el que su contenido sujeta el valor realizable en cambio del bien gravado, en cuanto tal determinación expresa la extensión con que el acreedor y el deudor han considerado oportuno reforzar su vínculo obligatorio, en el caso de que la individualización del bien cuyo valor haya de ser realizado para pagar al acreedor se produzca ya iniciado el procedimiento de ejecución y a través del embargo, tal determinación no podrá ser realizada sino una vez la ejecución haya finalizado y la totalidad de las cantidades a las que se extiende hayan sido debidamente liquidadas.

Es por ello que el artículo 575 LEC, antes transcrito, establece la cantidad por la que se despachará la ejecución fijando su importe sobre la base de una estimación y provisionalmente, SIN PERJUICIO DE LA POSTERIOR LIQUIDACION. Por la misma razón, el artículo 578 prevé la posibilidad de ampliación de la ejecución a los plazos que venzan durante su desarrollo, si así lo pidiera el actor, y sin necesidad de retrotraer el procedimiento, produciéndose dicha ampliación aunque no sea solicitada por el acreedor la mejora del embargo o la expresión de la ampliación en su anotación preventiva.

Esta inevitable determinación a posteriori de la extensión exacta con que el embargo sujeta el bien o derecho embargado, ha de cohonestarse con la necesidad, impuesta por los principios de seguridad jurídica, determinación procesal de la pretensión y proporcionalidad de las medidas de garantía con el alcance de aquélla, de que se atribuya una extensión inicial a la traba, fijando un importe que se prevea suficiente para cubrir el total de lo reclamado (en este sentido, el art. 575.1 antes expuesto), de modo que al acreedor ejecutante pueda exigírsele cierta diligencia en la progresiva adecuación de

dicho importe a las variaciones que a lo largo de la ejecución se vayan produciendo, y ello a través de las medidas de ampliación, reducción o mejora del embargo que se establecen en la Ley.

2. CRITERIO SEGUIDO POR LA LEC EN LA DETERMINACION DE LA EFICACIA DE LA ANOTACION RESPECTO DE LA EXISTENCIA Y EXTENSION DEL EMBARGO PREVENTIVAMENTE ANOTADO

Establece en su primer inciso el artículo 629.1 LEC, que *«Cuando el embargo recaiga sobre bienes inmuebles u otros bienes o derechos susceptibles de inscripción registral, el tribunal, a instancia del ejecutante, librará mandamiento para que se haga anotación preventiva de embargo en el Registro de la Propiedad, o anotación de equivalente eficacia en el Registro que corresponda»*.

A partir de lo establecido en dicho artículo y en los demás que en la legislación procesal e hipotecaria regulan la anotación preventiva de embargo, resulta la posibilidad de que en la ejecución seguida contra bienes inmuebles o derechos reales inscritos en el Registro de la Propiedad a favor de la persona contra la que se sigue el procedimiento, el acreedor ejecutante, desarrollando una actuación procesal diligente, solicite del Juez que mande tomar anotación preventiva del embargo acordado, es decir, que mande hacer constar la existencia del embargo en el folio o registro particular de la finca embargada, y ello a través de un asiento principal y temporal de anotación preventiva.

Así, antes de entrar en el estudio de la eficacia de la anotación de embargo se ha de precisar que, según resulta de lo establecido en el artículo 629 de la LEC, su extensión no es interesada de oficio por el Juez que haya acordado el embargo, sino que deberá ser el acreedor ejecutante el que inste a aquél para que acuerde la práctica de la anotación y libre al efecto el correspondiente mandamiento al Registro de la Propiedad. Es así el ejecutante a quien corresponde velar por que se adopten las medidas precisas para asegurar la efectividad de la ejecución, desarrollando al efecto una actuación diligente. Su falta de diligencia, en el caso de que no solicite la práctica de anotación preventiva, no impedirá que el embargo produzca los efectos que le son propios y que se lleve a efecto la ejecución hasta la correspondiente enajenación, mas podrá provocar una falta de efectividad en la traba si surge un tercero protegido frente a ella por la fe pública.

Esta subordinación expresa de la extensión de la anotación preventiva a la actuación diligente del ejecutante es novedad introducida por la Ley 1/2000, no recogida en la Ley de 1881, cuyo artículo 1.453 establecía que

«Del embargo de bienes inmuebles se tomará anotación preventiva en el Registro de la Propiedad, con arreglo a las disposiciones de la Ley Hipotecaria y de su Reglamento, expidiéndose al efecto el oportuno mandamiento, por duplicado».

Por tanto, la nueva LEC refuerza la configuración de la anotación preventiva como una medida de garantía y publicidad del embargo que tiene su origen en la actuación diligente del acreedor ejecutante.

Entrando ya en el estudio de su eficacia respecto de la existencia y extensión del embargo anotado, nos referiremos a una y otra por separado.

Eficacia de la anotación de embargo respecto de la existencia del embargo anotado: Planteada la cuestión de si su práctica es requisito constitutivo del embargo de bienes inmuebles o derechos reales, la Ley 1/2000 recoge claramente la postura seguida por la jurisprudencia y la doctrina mayoritaria, que entiende que la práctica de la anotación preventiva no tiene carácter constitutivo del embargo, sino que éste nace desde el momento en que se acuerda mediante la correspondiente resolución judicial, y ello, aunque no se haya practicado la anotación. Así, el artículo 587 establece que

«1. El embargo se entenderá hecho desde que se decreta por resolución judicial, o se reseña la descripción de un bien en el acta de la diligencia de embargo, aunque no se hayan adoptado aún medidas de garantía o publicidad de la traba.

2. Lo dispuesto en el párrafo anterior se entenderá sin perjuicio de las normas de protección del tercero de buena fe que deban ser aplicadas».

Por lo tanto, la nueva LEC sigue un criterio con arreglo al cual, la publicidad material que genera la práctica de la anotación preventiva de embargo no tiene alcance constitutivo de éste, y sí únicamente conformador de la plena eficacia del mismo respecto de terceros. Así, la anotación, al recoger en el folio registral de la finca embargada la existencia del embargo, coloca la traba y la ejecución de la que resulta en una situación de cognoscibilidad general, excluyendo la posibilidad de que surja un titular registral posterior a la anotación que, por haber confiado en la libertad de cargas que resulte del Registro, pueda quedar protegido frente a aquella traba por la fe pública registral.

Resulta asimismo necesario para fijar la eficacia de la anotación preventiva de embargo, llevar a cabo la determinación del objeto de su fuerza publicitaria, es decir, precisar aquello a lo que da publicidad la anotación. De lo hasta aquí expuesto, resulta que lo que la anotación preventiva de embargo publica queda constituido, no sólo por el embargo, es decir, por la afección del valor realizable en cambio de los bienes de que se trate al abono de

determinadas cantidades, sino, también, por la existencia de un proceso de ejecución del que el embargo anotado constituye un acto procesal más.

Es por ello que, al considerar la posición del titular registral de los bienes embargados que haya inscrito su derecho con posterioridad a la anotación, se ha de entender que éste tiene conocimiento, no sólo del hecho de que el bien adquirido tiene su valor realizable en cambio afecto al cumplimiento de una obligación, sino también del hecho de que dicha afección ha sido acordada en el curso de un procedimiento pendiente al que, si lo estima conveniente, podrá acudir para liberar el bien adquirido.

Así, al estudiar la eficacia de la anotación preventiva de embargo respecto del embargo anotado, se pone de manifiesto una diferencia fundamental entre el alcance publicitario respectivo de los asientos de inscripción y de anotación preventiva.

El primero, de carácter definitivo, tiene por objeto publicar la existencia o inexistencia de un derecho real inmobiliario, resultante de un negocio jurídico íntegro y completo, cuyo contenido constitutivo, modificativo, o extintivo de un derecho real, queda perfectamente fijado en el momento en que ha de acceder al Registro.

Frente a ello, la anotación preventiva es un asiento temporal que da publicidad a las consecuencias presentes o futuras de una situación interina, y por tanto temporal, cuyo contenido no se halla suficiente o definitivamente determinado, y cuyo último y preciso alcance constitutivo, modificativo, o extintivo de un derecho real, dependerá del modo en que se produzca su desarrollo o terminación.

Ocurre por tanto que la anotación preventiva de embargo, al dar publicidad a una situación procesal, la existencia de un proceso ejecutivo, y a una consecuencia del mismo, el embargo acordado sobre la finca inscrita fija en el Registro el alcance de la ejecución sobre el bien anotado, permitiendo a quien vaya a adquirir algún derecho sobre dicho bien conocer los datos precisos, tanto para evaluar la conveniencia de tal adquisición como, en el caso de que ésta se llegue a producir, para acudir al proceso y liberar la finca adquirida.

Eficacia de la anotación respecto de la extensión del embargo anotado. En su estudio, se ha de partir de lo establecido en el artículo 72 de la LH, que establece que «*las anotaciones que deban su origen a providencia de embargo o secuestro expresarán la causa que haya dado lugar a ello y el importe de la obligación que los hubiere originado*».

Completa tal precepto el artículo 166.3 RH que establece que «*si la anotación se practicara a consecuencia de mandamiento de embargo o secuestro, o en cumplimiento de alguna ejecutoria, se expresará así, manifestando el importe de lo que por principal y, cuando proceda, por intereses y costas se trate de asegurar*».

De tales preceptos resulta la necesidad de que la anotación preventiva de embargo exprese aquellas cantidades, «que se trate de asegurar», es decir, el importe reclamado por principal y, en su caso, por intereses y costas que pretenda hacerse efectivo sobre el valor realizable en cambio del bien embargado. Tal concreción del alcance del embargo es exigible para la práctica de la anotación, de tal modo que la falta de determinación de dichas cantidades en el mandamiento por el que se interese su práctica impedirá su extensión. Así lo imponen el principio hipotecario de especialidad, la necesidad de evitar una amortización del bien embargado ante la imposibilidad de conocer el alcance de la responsabilidad a que está sujeto, y, finalmente, la necesidad de conocer el valor real del bien embargado para el caso de que pudiera quedar trabado en una ejecución posterior.

No obstante, la exigencia hipotecaria de determinación de la extensión de la traba no puede ir más allá de lo que resulte posible, según el grado de desarrollo temporal del proceso de ejecución y la naturaleza y características del crédito para cuya satisfacción se procede. Así, únicamente resulta posible fijar de modo preciso y definitivo aquellas cantidades reclamadas que corresponden a los importes vencidos y liquidados al tiempo de acordarse el embargo, importes que serán el del principal del crédito que se reclame y, en su caso, el de los intereses remuneratorios y moratorios vencidos al iniciarse la ejecución. Por el contrario, sólo de forma estimada o aproximada podrá fijarse el importe de aquellas cantidades que también habrán de hacerse efectivas sobre la cosa embargada, pero cuyo importe exacto sólo podrá ser conocido al tiempo de finalizar la ejecución en cuanto depende de la duración y de las vicisitudes de ésta. Así ocurrirá, según lo ya visto, con el importe de los intereses que se devenguen durante la ejecución, las costas de ésta y, para el caso de que la obligación tuviera vencimientos sucesivos, el de aquellos vencimientos que se hayan producido durante la ejecución y a los cuales ésta se extienda.

Por lo tanto, se ha de entender que, si bien la práctica de la anotación preventiva de embargo impone una inicial determinación del alcance de la traba anotada y la constancia de tal alcance en el Registro de la Propiedad, como parte del contenido mínimo del asiento practicado, ello no puede llevar a desconocer la influencia del tiempo en la determinación de la extensión del embargo y, por tanto, en la determinación de la extensión de su anotación. Es por ello que la expresión de unas cantidades ciertas en la anotación preventiva de embargo, no supone la determinación definitiva de la extensión de la traba sino, únicamente, la fijación de un importe inicial sujeto, en todo caso, a las vicisitudes del posterior desarrollo de la ejecución de la que resulta.

De acuerdo con todo lo expuesto, se hace necesario establecer la posibilidad de que las cantidades que por intereses, costas o nuevos vencimien-

tos de la obligación garantiza el embargo, concretándolas sobre el valor de la cosa embargada, puedan tener acceso al Registro de la Propiedad una vez sean conocidas y se haya liquidado su importe. Así, el artículo 613.4 establece:

«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 las costas de ésta, acreditando que unos y otras han superado la cantidad que, por tales conceptos, constaran en la anotación anterior».

Por su parte, el artículo 578, referido al caso de que durante la ejecución se produjera el vencimiento de nuevos plazos o de la totalidad de la deuda, establece, en su número 3, que

«La ampliación de la ejecución a tales importes será razón suficiente para la mejora del embargo y podrá hacerse constar en la anotación preventiva de éste conforme a lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 613».

De acuerdo con el criterio general establecido en el artículo 629 de la LEC, que según lo antes expuesto, hace depender de la diligencia del acreedor ejecutante la extensión de la anotación preventiva de embargo, habrá que entender que la constancia de la ampliación de la ejecución, y por tanto del embargo, a las cantidades posteriormente liquidadas por intereses, costas o nuevos vencimientos, dependerá también de dicha actuación diligente, debiendo el ejecutante instar del Juez que conozca de la ejecución que mande hacer constar tales cantidades en la anotación.

De no hacerlo, quedará expuesto a la posibilidad de que el bien o derecho embargado quede liberado del embargo mediante el abono de las cantidades que en el momento de realizarse el pago consten expresadas en la anotación preventiva, según lo que posteriormente se estudiará. Por tanto, la actuación diligente del acreedor ejecutante ha de producirse no sólo en un momento determinado del proceso de ejecución, sino en cuanto éste tiene una extensión temporal a lo largo de todo su desarrollo.

De los preceptos hasta aquí estudiados y de la interpretación realizada resulta que la LEC traslada al Registro de la Propiedad y, con ello, al contenido de la anotación preventiva de embargo, la influencia del transcurso del tiempo en la determinación de las cantidades definitivas por las que se despacha la ejecución, y cuyo conocimiento preciso sólo podrá tener lugar una vez finalizada ésta.

3. CRITERIO SEGUIDO POR LA LEY 1/2000, EN LA DETERMINACION DE LA EFICACIA QUE LA EXPRESION DE LAS CANTIDADES A QUE SE REFIERE EL ARTICULO 72 DE LA LH EN LA ANOTACION DE EMBARGO O EN SU POSTERIOR AMPLIACION, HAYA DE TENER EN LA CONCRECION DEL ALCANCE DE LA EJECUCION RESPECTO DE TERCEROS POSEEDORES Y OTROS TITULARES DE DERECHOS INSCRITOS O ANOTADOS SOBRE LOS BIENES EMBARGADOS

Se trata de precisar el contenido de la situación jurídica de aquellos titulares registrales respecto de los cuales ha de desplegar sus efectos la anotación preventiva de embargo o la posterior constancia en el Registro de su mayor alcance.

Así, en la determinación de tales posiciones jurídicas, resulta necesario distinguir:

1. La posición de tercer poseedor de los bienes o derechos sobre los que se ha tomado la anotación preventiva de embargo. La delimitación procesal de tal posición es realizada por la LEC en su artículo 662, que en sus números uno y dos establece:

«1. Si antes de que se venda o adjudique en la ejecución un bien inmueble y después de haberse anotado su embargo o de consignado registralmente el comienzo del procedimiento de apremio, pasare aquel bien a poder de un tercer poseedor; éste, acreditando la inscripción de su título, podrá pedir que se le exhiban los autos en la secretaría, lo que se acordará sin suspender el curso del procedimiento, entendiéndose también con él las actuaciones posteriores.

2. Se considerará asimismo tercer poseedor a quien, en el tiempo a que se refiere el artículo anterior, hubiere adquirido solamente el usufructo o dominio útil de la finca hipotecada o embargada, o bien la nuda propiedad o dominio directo».

Del precepto expuesto parece resultar que la condición de terceros poseedores corresponde a todos aquellos titulares registrales cuyos asientos de inscripción se hayan extendido con posterioridad a la anotación preventiva de embargo que les afecte, y cuyo derecho les atribuya el dominio pleno o menos pleno de la finca embargada. Parece, por tanto, que aunque el precepto transcrito no los incluye, habrá de considerarse que son terceros poseedores tanto el titular registral de un derecho de superficie, como el titular del dominio residual del suelo.

2. La posición de los titulares de derechos inscritos o anotados con posterioridad a la práctica de la anotación preventiva de embargo que no tengan la consideración de terceros poseedores, es decir, de los titulares de derechos inscritos o anotados distintos del dominio pleno, usufructo, nuda propiedad, dominio útil o directo. En definitiva, la posición de aquellos titulares que lo sean de derechos reales de goce limitados a una parte de la finca (servidumbres, derechos de sobreelevación o subedificación), de derechos reales de garantía, o la de los acreedores a cuyo favor se hayan practicado anotaciones preventivas de embargo posteriores.

Si bien no es objeto de las presentes notas el estudio de los problemas que plantea la existencia de derechos adquiridos con anterioridad al embargo o a su anotación y que sean inscritos con posterioridad a ella, al configurar la posición jurídica de tercer poseedor o titular de derechos inscritos o anotados con posterioridad a la anotación es preciso señalar que quedan incluidos en ella todos aquellos titulares registrales que hayan obtenido una inscripción o anotación a su favor con fecha posterior a la de la anotación, y ello, con independencia de la fecha en que hayan adquirido su derecho y, por tanto, sin distinguir según tal fecha sea anterior o posterior a la de la anotación.

Así lo impone lo establecido por los artículos 593 y siguientes de la LEC, que regulan el embargo de bienes de terceros y la tercería de dominio, y por los artículos 674 LEC y 175.2 del RH, referidos a la cancelación de asientos posteriores a la anotación, preceptos de los que resulta que la determinación del alcance con el que la ejecución ha de afectar a los titulares de derechos sobre la finca embargada, se determina atendiendo exclusivamente a una fecha tabular, la de la publicidad registral del derecho, y sin consideración, en principio, a la fecha de su adquisición, de modo que el que adquiere con anterioridad a la fecha del embargo o de su anotación y, desarrollando una actuación poco diligente, se retrasa en acudir al Registro, permitiendo con ello que el embargo se anote sobre la finca todavía inscrita a favor del deudor, queda en la misma situación que el que adquirió con posterioridad a la anotación, y ello sin perjuicio, en todo caso, de que el adquirente anterior a la fecha de la traba pueda, previa inscripción de su derecho, hacer valer su preferencia sustantiva a través de la correspondiente tercería de dominio.

La determinación del contenido de la posición jurídica de los terceros poseedores y titulares de derechos inscritos o anotados sobre los bienes embargados, tanto respecto del embargo anotado como de la ejecución en que se acordó, exige dar contestación a las siguientes preguntas:

· ¿Puede el tercer poseedor que adopte una actitud activa y diligente, acudir al proceso y liberar la finca embargada abonando al acreedor el importe de las cantidades que consten en la anotación, aún cuando el importe al que se extiende la ejecución sea superior? ¿Puede el titular de derechos inscritos

o anotados con posterioridad a la anotación desarrollar esa misma actuación con la finalidad de subrogarse en la posición jurídica del acreedor?

· ¿Puede el tercer poseedor o titular de derechos inscritos o anotados con posterioridad a la anotación, en caso de que adopte una actitud pasiva y deje que culmine la ejecución con la realización del valor del bien embargado, exigir que se consigne a su favor el importe en que el producto de la realización exceda de las cantidades consignadas en la anotación?

· ¿Puede hacerse constar en el Registro la ampliación de la ejecución a nuevas cantidades devengadas y liquidadas con posterioridad a la anotación preventiva de embargo, aun cuando exista en el Registro un tercer poseedor o un titular de derechos inscritos o anotados con posterioridad a la anotación? y, en tal caso, ¿afectará a éste el contenido de la ampliación que haya tenido acceso al Registro con posterioridad a la inscripción o anotación de su derecho?

La determinación de cómo contesta la LEC a tales preguntas exige, en primer lugar, fijar los criterios generales que informan la regulación establecida en dicha ley. Cabe entender que son tales criterios:

- Por un lado, y según lo antes expuesto al estudiar la naturaleza jurídica del embargo, el hecho de que el alcance de éste, es decir, el importe de las cantidades que tiene por objeto garantizar, no pueda quedar definitivamente fijado sino en el momento en que finaliza la ejecución, dada la imposibilidad de conocer con anterioridad el importe líquido de las cantidades devengadas durante la ejecución por intereses, nuevos vencimientos o costas de la propia ejecución, y a las cuales ésta se extiende.
- Por otro, la consideración de la anotación preventiva de embargo, no como un asiento constitutivo de una especial garantía de carácter registral, sino como un asiento a través del cual se evita que surja un tercero protegido por la fe pública registral frente a la ejecución que se sigue sobre los bienes a que se refiere la anotación, y ello, conformando en situación de posible conocimiento por todo aquél a quien interese el bien de que se trate, tanto la misma existencia del procedimiento ejecutivo, como la de la traba acordada en el mismo.

De las referidas consideraciones resultan dos consecuencias que pueden parecer en principio incompatibles:

- Por un lado, la necesidad de garantizar, a través del embargo, la plena y total satisfacción del acreedor ejecutante, de modo que éste pueda obtener, mediante la realización del valor en cambio de los bienes embargados, el capital del crédito, el de los intereses que procedan, y

el de todas las costas de la ejecución. Así lo establecen los dos primeros párrafos del artículo 613 LEC. A partir de tal exigencia, habría de admitirse la posibilidad de que el acreedor ejecutante exija, en todo caso, la entrega de la totalidad de lo adeudado por todos los conceptos, y ello tanto en el caso de que un adquirente posterior pretenda liberar la finca abonando el importe de lo reclamado, como en el caso de que, finalizada la ejecución y existiendo titulares registrales posteriores, se haya realizado el valor en cambio del bien embargado.

- Por otro, la necesidad de proteger al que adquiere un bien embargado confiando en el contenido de los asientos practicados en el Registro de la Propiedad, de modo que no pueda verse perjudicado por la ejecución en un importe superior al de las cantidades expresadas en la anotación preventiva de embargo. En este sentido, el artículo 662.3 establece que: *«En cualquier momento anterior a la aprobación del remate o a la adjudicación a favor del acreedor, el tercer poseedor podrá liberar el bien satisfaciendo lo que se deba al acreedor por principal, intereses y costas, dentro de los límites de responsabilidad a que esté sujeto el bien, y siendo de aplicación, en su caso, lo dispuesto en el artículo 613.3 LEC»*. Por su parte, el artículo 659.3 establece que: *«Cuando los titulares de derechos inscritos con posterioridad al gravamen que se ejecuta 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 las de sus créditos o derechos respectivos, mediante la presentación en el registro de acta notarial de entrega de las cantidades entregadas o del oportuno mandamiento judicial, en su caso»*.

Por tanto, la determinación de los efectos de la ejecución sobre los bienes inmuebles inscritos en el Registro de la Propiedad exige armonizar los intereses que sobre los bienes embargados o sobre su valor realizado corresponden, por un lado, al acreedor ejecutante y, por otro, al adquirente de los mismos que confía en el contenido del Registro e inscribe su derecho, armonización que, a mi modo de ver, lleva a cabo la Ley 1/2000, a partir de una idea fundamental que informa el contenido de los diferentes preceptos que regulan la materia: *el de la mayor o menor diligencia con la que los afectados por el proceso ejecutivo y sus consecuencias actúen en el mismo*.

Así, al considerar en qué consiste tal actuación diligente respecto de cada posición jurídica afectada por el proceso, cabe señalar:

- Respecto de la posición del acreedor ejecutante, su diligencia consiste en la adopción o promoción de las medidas que aseguren la existencia de numerario suficiente para cubrir el importe de la totalidad de lo reclamado, lo cual le llevará, según los casos, a solicitar la práctica de la anotación preventiva del embargo acordado, a solicitar la constancia, en la anotación o en asiento posterior, de la ampliación de la ejecución a cantidades superiores a las inicialmente consignadas en la anotación, o a solicitar la mejora de embargo, es decir, el embargo de nuevos bienes por considerar que el valor de los inicialmente embargados era insuficiente para cubrir el importe de lo reclamado, y su anotación preventiva en el Registro.

- Respecto del tercer poseedor o titular de derechos inscritos o anotados sobre los bienes embargados, su actuación diligente respecto de la ejecución que afecta a los bienes adquiridos le impone realizar lo necesario para conservar su titularidad o la efectividad de su derecho, debiendo al efecto acudir al proceso de cuya existencia tiene conocimiento a través del Registro, para, previo abono de las cantidades reclamadas dentro de los límites que resulten de la anotación, ya liberar aquéllos, ya subrogarse en la posición jurídica del ejecutante.

A la vista de lo expuesto, las ventajas y desventajas del desarrollo de una actuación diligente o no diligente por las personas que se hallan en tales situaciones jurídicas, son evidentes. Así, el acreedor ejecutante que sea diligente, se asegurará la posibilidad de obtener la totalidad de lo reclamado al deudor. Por su parte, el tercer poseedor o titular de derechos inscritos o anotados que sea diligente logrará, según cuál sea su derecho, liberar los bienes y planificar su titularidad, o evitar que su garantía pierda efectividad, no viéndose perjudicado por la ejecución en un importe de cuya cuantía exacta no pudo tener conocimiento al tiempo de su adquisición.

Por el contrario, una actuación carente de diligencia perjudicará, tanto al acreedor ejecutante, quien por no solicitar la adopción de las medidas antes referidas podrá dejar de obtener la totalidad de lo reclamado, como al adquirente tercer poseedor o titular de derechos inscritos o anotados, quien, por no acudir a la ejecución perderá la titularidad adquirida o su garantía, y se verá perjudicado por la ejecución en la totalidad de la cuantía a la que se pueda extender.

De acuerdo con tal fundamento, la Ley 1/2000, regula la materia en los referidos artículos 662.3, 659.3, antes transcritos, y en el artículo 613, cuyos números 3 y 4 establecen las siguientes reglas:

3. Sin perjuicio de lo establecido en los apartados anteriores, cuando los bienes sean de las clases que permiten la anotación preventiva de su embargo, la responsabilidad de los terceros poseedores que hubieran adquirido dichos

bienes en otra ejecución, tendrá como límite las cantidades que, para la satisfacción del principal, intereses y costas, aparecieran consignadas en la anotación en la fecha en que aquéllos hubieran inscrito su adquisición.

4. *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 las costas de ésta, acreditando que unos y otras han superado la cantidad que, por tales conceptos, constara en la anotación anterior.*

Un examen inicial de lo establecido en los referidos preceptos lleva a la consideración de que la LEC, no obstante reconocer al acreedor ejecutante la posibilidad de obtener, a través de la ejecución, plena satisfacción y, con ello, la totalidad de los importes que por cualquier concepto le sean adeudados (art. 613.1 y 2), limita tal posibilidad para todo caso en que existan titulares registrales posteriores a la anotación preventiva de embargo a que la ejecución dio lugar, en cuanto reconoce al tercer poseedor o titular de derechos inscritos o anotados sobre el bien embargado la posibilidad de liberar el bien adquirido o sobre el que recae su derecho, satisfaciendo al acreedor el importe de lo reclamado dentro del límite que resulta de las cantidades expresadas en el Registro, aun cuando la totalidad de lo reclamado alcance un importe superior (arts. 659.3 y 662.3).

Sin embargo, del artículo 613.3 LEC, podría inferirse que el contenido de los referidos preceptos sólo juega respecto de determinados terceros poseedores, aquéllos que hayan adquirido los bienes en otra ejecución, en cuanto sólo respecto de ellos establece como límite de responsabilidad el determinado «por las cantidades que para la satisfacción de principal, intereses y costas aparezca consignado en la anotación preventiva en la fecha en que hubieren inscrito su adquisición».

Podría así pensarse que los terceros adquirentes que lo sean en virtud de una transmisión voluntaria realizada por el deudor, y los titulares de derechos inscritos y anotados que no sean terceros poseedores, no quedan protegidos por dicho límite.

Tal aparente contradicción entre el contenido de los artículos 659.3 y 662.3 por un lado, y 613.3 por otro, entiendo que queda salvada por lo establecido en dos preceptos:

- el último inciso del número tres del artículo 613, en cuanto establece como momento en el que respecto del adquirente de los bienes en otra ejecución se concreta el límite de responsabilidad que resulta del Registro aquél en que tal adquirente inscribe su derecho,
- y del número cuatro del artículo 613, en cuanto establece la posibilidad de hacer constar en el Registro la extensión de la ejecución y del

embargo en ella acordado, a las cantidades liquidadas por razón de intereses devengados y de costas de la ejecución y, por remisión del artículo 578.3, a los nuevos vencimientos producidos durante el procedimiento.

Puesto el contenido de tales reglas en relación con el resto de los preceptos que regulan la materia resulta, según a continuación se verá, que la consignación en la anotación de las cantidades reclamadas podrá actuar como un límite por encima del cual la ejecución en curso no afectará, no sólo a titulares registrales posteriores a la anotación que sean terceros poseedores adquirentes en otra ejecución, sino también a aquellos otros terceros poseedores o titulares de derechos inscritos o anotados que no tengan aquella condición.

No obstante, la determinación de dicho límite, es decir, la concreción registral del alcance de la ejecución, se producirá, respecto de una y otras posiciones jurídicas, de acuerdo con distintas reglas. Procedo así al estudio de unas y otras:

1. *Tercer poseedor adquirente de los bienes en otra ejecución.* Respecto de tal posición jurídica, y según resulta del artículo 613.3, el límite de responsabilidad que resulte del Registro es aquél determinado por las cantidades que, para la satisfacción de principal, intereses y costas, aparecieran consignadas en la anotación en la fecha en que aquellos hubieran inscrito su adquisición.

Por tanto, dicho tercer poseedor, cualquiera que sea su actuación posterior a la inscripción, no podrá quedar afectado por la ejecución distinta a aquélla en la que remató el bien sino en los términos que, en la fecha en que inscribió su derecho, resulten de la anotación preventiva de embargo o de su ampliación. Por ello, y según lo que luego se dirá, para el caso de que se admita la posibilidad de que con posterioridad a la práctica de la inscripción a favor del tercer poseedor, el acreedor ejecutante pueda obtener, conforme al artículo 613.4, la constancia en el Registro de la ampliación de la ejecución, el contenido de tal ampliación no afectará a dicho tercer poseedor.

Es consecuencia de lo anterior la posibilidad de que el tercer poseedor adquirente en otra ejecución libere los bienes de la traba subsistente, satisfaciendo al acreedor la cantidad reclamada dentro del límite fijado en el Registro al tiempo de su inscripción. Tal actuación la podrá llevar a cabo en cualquier momento posterior a su inscripción y cualquiera que sea el grado de desarrollo de la ejecución, siempre que no se haya producido la aprobación del remate o la adjudicación al acreedor.

Por tanto, la aparición de un tercer poseedor adquirente de los bienes en otra ejecución exceptúa lo establecido en los dos primeros párrafos del artículo 613 LEC, y genera un perjuicio al ejecutante, que ya no podrá obtener su plena satisfacción. Para justificar tal efecto se ha de tener en cuenta:

1. Que tal perjuicio no tiene su origen en la voluntad del deudor, quien, a través de un acto de disposición, frustra la posibilidad de plena satisfacción del acreedor, sino en la falta de diligencia del propio acreedor, el cual:

- Permitió que otra ejecución, seguida sobre el bien por él perseguido, culminara con su enajenación e inscripción a favor del rematante, sin acudir a ella para hacer efectiva la preferencia crediticia que en su caso le pudiera corresponder.

Así, de conformidad con lo expuesto, cabe entender que la extensión de una posterior anotación preventiva de embargo y, por tanto, la constancia registral de una ejecución cuya terminación puede perjudicar al acreedor que obtuvo una primera anotación, así como la inscripción de la enajenación en que dicha ejecución culmine, son operaciones registrales cuya práctica deberá ser comunicada por el registrador al órgano que ordenó practicar la primera anotación, y ello de conformidad con lo establecido en el artículo 143 RH, que prevé la comunicación referida cuando se practiquen asientos de los que resulte una disminución del derecho embargado. Tal disminución tiene lugar en el supuesto estudiado, por cuanto si culmina la ejecución que provocó la segunda anotación con el remate del bien, y el rematante inscribe su derecho, el primer anotante verá el ámbito de su reclamación limitado a las cantidades resultantes del Registro en el momento de inscribirse el remate, y ello aunque lo efectivamente reclamado sea un importe superior.

- No se preocupó de instar la constancia en el Registro de la extensión de la ejecución y del embargo en ella acordado, a las cantidades liquidadas por costas de la ejecución o por intereses o costas devengados durante su tramitación, antes que el rematante de los bienes en otra ejecución inscribiera su derecho.

2. Que al procederse a la realización del valor en cambio del inmueble contra el que se sigue la ejecución, la determinación de su valor y, por tanto, de las condiciones en que ha de producirse su enajenación judicial, se realiza, conforme al artículo 666 LEC, deduciendo de su avalúo, *«el importe de todas las cargas y derechos anteriores al gravamen por el que se hubiera despachado ejecución cuya preferencia resulte de la certificación de dominio y cargas o, en su caso, el que se haya hecho constar en el Registro con arreglo a lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 657»*. La deducción se realizará, *«...descontando del valor por el que haya sido tasado el inmueble el importe total garantizado que resulte de la certificación de cargas...»*.

Así, el importe a descontar, para fijar el valor del bien, se determina según la «foto fija» que resulta de la certificación de cargas y, en su caso, y conforme al artículo 657 LEC, de lo comunicado al Tribunal por los titulares de créditos anteriores que sean preferentes al del ejecutante indicando el saldo vivo de los mismos, de modo que los postores en todo caso conocer con

exactitud el valor actual y real del bien que se les ofrece y, a partir de ello, formar su voluntad negocial, no viéndose afectados por las alteraciones de tales cargas o gravámenes que accedan al Registro con posterioridad a su adquisición.

Resulta así de lo expuesto, que la diligencia exigible al rematante para quedar protegido frente a una ampliación posterior del alcance de las cargas que afectan al bien rematado, alcanza sólo a la inscripción de su derecho en el Registro, requisito necesario para ser considerado como tercer poseedor en la ejecución que le pueda afectar (art. 662 LEC), y no le impone la realización de ninguna actuación posterior por la cual haya de acudir al procedimiento que le afecta para liberar el bien.

2. *Terceros poseedores que hayan adquirido los bienes en virtud de un acto de disposición realizado voluntariamente por el deudor.* Respecto de tal posición jurídica, el momento en que se consideran las cantidades consignadas en la anotación preventiva de embargo, como límite de responsabilidad por encima del cual la ejecución que provocó la anotación preventiva no les podrá afectar, no es, a diferencia del caso anterior, aquél en que el tercer poseedor inscribe su derecho, sino aquél en que el tercer poseedor observa una diligencia especial y acude al proceso para liberar los bienes adquiridos.

Por tanto, si una vez el tercer poseedor ha inscrito su derecho, y antes de que acuda al proceso para liberar el bien, el acreedor ejecutante observa una actuación diligente y obtiene la constancia registral de la ampliación de la ejecución, de acuerdo a lo establecido en el artículo 613.4, dicho tercer poseedor no podrá liberar los bienes sino abonando la cantidad en que tal ampliación se haya producido.

Así resulta de lo establecido,

1. Por un lado, en el artículo 662.3, en cuanto establece la posibilidad de que el tercer poseedor, sin distinción según cuál sea su título de adquisición, pueda liberar el bien satisfaciendo lo que deba al acreedor por principal, intereses y costas, dentro de los límites de responsabilidad a que esté sujeto el bien, límite este que se ha de entender es el determinado por las cantidades expresadas en el Registro,

2. y, por otro, de lo establecido en el artículo 613.3, al que aquél se remite, y que precisa su contenido respecto de los terceros poseedores que hayan adquirido los bienes en otra ejecución, en cuanto señala que dicho límite de responsabilidad quedará concretado, respecto de tales terceros poseedores, por las cantidades consignadas en la anotación preventiva de embargo, en LA FECHA EN QUE AQUELLOS HUBIERAN INSCRITO SU ADQUISICION.

Ocurre así que los artículos referidos no son incompatibles, sino que uno, el artículo 613.3, precisa el contenido del otro, artículo 662.3, en cuanto la ejecución afecte a terceros poseedores adquirentes en otra ejecución.

Fuera de tal supuesto, y para aquellos otros terceros poseedores que hayan adquirido su derecho por actos dispositivos voluntarios del deudor, el artículo 613.3 no establece precisión alguna, de modo que se aplica la regla general del artículo 662.3, el cual sólo puede interpretarse, a falta de mayor precisión, en el sentido de que el límite de responsabilidad a que se refiere, y por encima del cual la ejecución no afectará al tercer poseedor, será el que resulte del Registro en el momento en que el tercero acuda al procedimiento para liberar el bien, y ello aun cuando sea superior al consignado en la anotación en la fecha en que el tercero inscribió su derecho.

3. *Titulares de derechos inscritos o anotados con posterioridad a la anotación preventiva de embargo que no sean terceros poseedores.* Entiendo que el criterio aplicable a tales titulares es el mismo que resulta aplicable a los terceros poseedores que no hayan adquirido en otra ejecución, de modo que respecto de ellos, según se infiere de lo establecido en los artículos 659 y 613.3, el límite de responsabilidad que resulte del Registro y al que el artículo 659 se refiere, se fijará en el momento en que tales titulares acudan al proceso ejecutivo para abonar el importe de lo reclamado y, con ello, subrogarse en los derechos del actor hasta donde alcance el importe satisfecho.

Estudiado el alcance de la ejecución que haya motivado la extensión de una anotación preventiva de embargo respecto de las posiciones jurídicas de tercer poseedor y titular de derechos inscritos o anotados que no tenga tal condición, en el supuesto de que las personas que se hallan en tales posiciones hayan adoptado una actitud activa, acudiendo al proceso que les afecta, ya para liberar los bienes, ya para subrogarse en la posición jurídica del ejecutante, procedo ahora a estudiar dicho alcance para el caso de que los referidos titulares registrales adopten una actitud pasiva y, una vez inscrito o anotado su derecho, dejen que la ejecución siga su curso y culmine con la realización del valor de los bienes embargados.

Y la cuestión en este supuesto planteada es la de si una vez realizado el valor en cambio del bien embargado sin que el titular registral posterior a la anotación preventiva de embargo haya acudido al proceso, podrá dicho titular exigir que sea consignado a su favor el importe en que el producto obtenido con la enajenación del bien embargado exceda de las cantidades que consten en el Registro, ya hayan sido consignadas en la anotación preventiva, ya lo hayan sido el asiento que publique su posterior ampliación.

En la determinación del criterio seguido por la LEC, cabe de nuevo distinguir según cuál sea la posición jurídica afectada por el proceso de ejecución:

1. *Terceros poseedores adquirentes en otra ejecución:* Dado que, según lo antes expuesto, su responsabilidad no puede exceder de las cantidades que aparezcan consignadas en la anotación preventiva de embargo, o en su ampliación en todo caso anterior a la inscripción practicada a su favor, dicho tercer poseedor podrá, en todo caso, exigir, una vez realizado el valor en cambio del bien embargado, que se consigne a su favor la cantidad en que el producto de lo obtenido exceda de las cantidades consignadas en el Registro, y ello aun cuando el remanente no sea suficiente para la plena satisfacción del acreedor ejecutante.

A ello no obsta el hecho de que tal titular registral haya adoptado una actitud pasiva y no haya acudido a la ejecución a liberar el bien, pues tal actuación no le es exigida para quedar protegido, dado que la diligencia que al efecto ha de observar se agota con la práctica de la inscripción a su favor.

2. *Terceros poseedores que no hayan adquirido los bienes en otra ejecución y otros titulares de derechos inscritos y anotados sobre el bien embargado:* Entiendo que en el caso de que los referidos titulares registrales no acudan al procedimiento, y permitan que culmine con la enajenación judicial de la finca embargada, deberán soportar la ejecución con toda la extensión que ésta tenga, extensión que será la precisa para generar la plena satisfacción del acreedor, de acuerdo con lo establecido en los dos primeros párrafos del artículo 613. Así se infiere de todo lo hasta aquí expuesto y en concreto:

- Del hecho de que no se establezca por la LEC regla alguna que limite la responsabilidad de tales titulares registrales, salvo para el caso de que, desarrollando una actuación diligente, acudan al proceso de ejecución, ya para liberar los bienes, ya para asegurar la efectividad de la garantía a su favor inscrita, subrogándose en el lugar del ejecutante. Así, la falta de diligencia de dichos titulares registrales, que al no acudir al proceso y dejar que se produjera la realización del valor de los bienes embargados no observaron la conducta exigida por la ley para que el Registro desplegara a su favor sus efectos protectores, dará lugar a la aplicación de la regla general que impone la aplicación de las cantidades obtenidas al pago del crédito del ejecutante y demás cantidades reclamadas hasta su total satisfacción.

- Del hecho de que, ni el artículo 674 LEC 1/2000, ni el artículo 1.518 de la LEC 1881, precisen que la cantidad respecto de la que haya de fijarse el remanente a depositar sea la que resulte de la anotación preventiva de embargo, es decir, que exista sobrante en todo caso en que el producto obtenido exceda de lo consignado en el Registro. Parece así que de acuerdo con lo antes expuesto respecto de la extensión de la ejecución a la totalidad de las cantidades en ella reclamadas, cualquiera que haya sido el momento de su liquidación, y respecto de la necesidad de que el acreedor reciba total satisfacción, debe entenderse que no existiendo regla especial que otra cosa esta-

blezca, sólo existirá sobrante cuando, habiendo sido el ejecutante totalmente satisfecho, no haya quedado agotado el importe de lo obtenido, y que es a tal sobrante o remanente al que se refieren los artículos 674 LEC y 175.2 RH.

4. LA CONSTANCIA EN EL REGISTRO DE LA AMPLIACION DE LA EJECUCION A CANTIDADES NO LIQUIDADAS AL TIEMPO DE PRACTICARSE LA ANOTACION DE EMBARGO, EN CASO DE QUE EXISTAN TITULARES DE DERECHOS INSCRITOS O ANOTADOS CON POSTERIORIDAD A LA ANOTACION

La aplicación de los preceptos estudiados, en los términos en que su contenido ha sido interpretado, exige plantearse la cuestión de si resultará posible que el acreedor ejecutante desarrolle la actuación procesal prevista en los artículos 613.4 y 578.3 de la LEC, aún cuando se haya producido una previa inscripción a favor de un tercer poseedor. Es decir, la cuestión de si ha de admitirse la posibilidad de hacer constar en el Registro la ampliación de la ejecución a las costas, intereses o nuevos vencimientos aun cuando, con anterioridad, haya surgido un tercer poseedor, y por tanto, se haya inscrito el dominio pleno o menos pleno de los bienes embargados a favor de persona distinta de aquélla contra la que se siga la ejecución.

Entiendo que la respuesta a la pregunta formulada ha de ser afirmativa. No obstante, tal criterio ha de ser debidamente justificado, en cuanto la actuación que admite puede aparecer como contraria, o al menos no ajustada a las exigencias impuestas por los principios de prioridad y tracto sucesivo, cuya aplicación específica respecto de las anotaciones preventivas de embargo recoge el artículo 140.1 RH, al establecer que *«Si la propiedad de la finca embargada apareciere inscrita a favor de una persona que no sea aquélla contra quien se hubiese decretado el embargo, se denegará o suspenderá la anotación, según los casos»*.

Por tanto, un criterio en principio ajustado a lo previsto en el referido artículo 140.1 RH, en relación con la materia que nos ocupa, sería aquél con arreglo al cual, una vez practicada una inscripción a favor de un adquirente del dominio pleno o menos pleno del bien sobre el que se practicó la anotación preventiva de embargo, es decir, una vez aparecido un tercer poseedor, no será posible proceder de conformidad con lo establecido en los artículos 613.4 y 578, por impedirlo el hecho de hallarse la propiedad de la finca embargada inscrita a favor de persona distinta de aquélla contra la que se decretó el embargo.

No obstante, parece que la aplicación del principio de tracto sucesivo, y con él, de los principios de prioridad, legitimación y tutela judicial efectiva,

a la constancia registral de las alteraciones en la cantidad reclamada en la ejecución que provocó la extensión de una anotación preventiva de embargo, no impide tal constancia posterior a la inscripción a favor de un tercer poseedor, y ello por las razones siguientes:

1. El artículo 140.1 RH se refiere al supuesto de que la propiedad de la finca embargada figure inscrita a favor de persona distinta de aquélla contra la que se decretó el embargo en el momento en que se interesa la extensión de la anotación preventiva de embargo, es decir, en el momento en que la existencia de la ejecución, y del embargo acordado en ella, va a quedar reflejada por primera vez en el folio registral de la finca, a fin de asegurar su plena eficacia frente a terceros.

En esta situación, el titular registral de la finca inscribió su derecho sin que del contenido del Registro resultara, al tiempo de su inscripción, la existencia de carga alguna que afectara al derecho adquirido, y por tanto, depositando su confianza en una apariencia registral de libertad de cargas, confianza que es necesario proteger. Tal protección se concreta, en primer lugar, en la presunción, resultante del principio de legitimación, de que el derecho inscrito existe, y pertenece al titular registral, con la extensión y contenido que resultaba del Registro al tiempo de la presentación del título, esto es, libre de cargas y, en segundo lugar, y a partir de tal presunción, en la imposibilidad, impuesta por el principio de tracto sucesivo, de que se altere el contenido de la titularidad inscrita sin consentimiento del titular registral, o, tratándose de alteraciones que vengan impuestas por la autoridad, sin justificar que el procedimiento en que se acordaron se entendió con él.

Así, tratándose de la extensión de la anotación preventiva de embargo, aquellas exigencias se traducen en la necesidad de que sea el titular registral de los bienes sobre los que se pretende la extensión de la anotación, la persona contra la que se haya decretado el embargo, es decir, en la necesidad de que la traba haya sido acordada teniendo en cuenta la titularidad registral.

Delimitado el supuesto regulado por el artículo 140.1 RH, y el fundamento y finalidad de la regla que establece, no parece que su contenido sea aplicable a la constancia registral del aumento de las cantidades reclamadas por razón de intereses devengados durante la ejecución, del devengo de costas procesales o de la ampliación de la ejecución al importe de los vencimientos producidos durante ella, y ello por las razones siguientes:

· Al tiempo de practicarse la inscripción a favor del tercer poseedor, el Registro publica ya la existencia de la ejecución a través de la anotación preventiva de embargo, y tal publicidad, según lo antes expuesto, alcanza, no sólo a la existencia de una traba a la que se ha dado una extensión precisa para cumplir las exigencias impuestas por el principio de especialidad, sino a la existencia de un proceso de ejecución en el que aquélla se acordó, y cuyo

ulterior desarrollo influirá en la determinación última de la traba acordada. Por tanto, el adquirente de bienes anotados de embargo tiene conocimiento, a través del Registro, tanto del alcance que al tiempo de inscribir su derecho tiene la ejecución en curso, como de la posibilidad de que el desarrollo posterior de la ejecución pueda alterar dicho alcance.

· La constancia registral del aumento de las cantidades aseguradas por intereses y costas, o de la ampliación de la ejecución a los vencimientos intermedios, no supone una nueva anotación de embargo a la que sea aplicable el artículo 140.1 RH, sino una precisión del contenido de la anotación ya extendida que viene impuesta por la imposibilidad de precisar de forma exacta, en tanto no finalice el procedimiento, la cantidad efectivamente reclamada y, por tanto, la cantidad que, a través del embargo, podrá hacerse efectiva sobre el valor realizado del bien.

2. El propio texto del artículo 613.3 LEC, que parte de la posibilidad de que se haga constar en el Registro el aumento de las cantidades reclamadas, en cuanto refiere el límite de responsabilidad que protege al tercer poseedor adquirente de los bienes en otra ejecución, a las cantidades consignadas en la anotación **EN LA FECHA EN QUE AQUELLOS HUBIERAN INSCRITO SU ADQUISICION**, de lo que se infiere, a *sensu contrario*, que las cantidades que se hayan consignado en la anotación con posterioridad a la inscripción a favor del tercer poseedor quedarán fuera de dicho límite.

3. La necesidad de armonizar, según lo antes expuesto, el contenido del artículo 662.3 con el del artículo 613.3 y 4 LEC, de los cuales resulta que el tercer poseedor que no haya adquirido el bien en otra ejecución quedará afectado por ésta con el límite que resulte del Registro, no al tiempo de la inscripción practicada a su favor, sino al tiempo en que, desarrollando una actuación diligente, acuda al proceso para liberar los bienes, para lo cual deberá abonar las cantidades consignadas en el Registro conforme a los artículos 613.4 y 578, y ello aun cuando lo hayan sido con posterioridad a su inscripción.

Cabe así entender, de acuerdo con lo antes expuesto, que la posición del tercer poseedor que no haya adquirido los bienes en otra ejecución, y la de los titulares de derechos inscritos o anotados con posterioridad a la anotación de embargo que no sean terceros poseedores, impone al que se encuentra en ella una especial diligencia para recibir plena protección registral, diligencia que supone, no sólo la práctica de la inscripción o anotación a su favor, sino la intervención en el proceso que le pueda afectar.

Resulta así posible encontrar cierta similitud entre la situación de tales terceros poseedores y titulares de derechos inscritos o anotados sobre el bien ya anotado de embargo, y la situación del adquirente que inscribe su derecho y precisa observar una especial diligencia para quedar protegido por el Regis-

tro frente a la situación posesoria que le perjudica y que desconoció, diligencia que, conforme al artículo 36 LH, le impone, no sólo la inscripción de su derecho, sino la interrupción de tal situación posesoria dentro de un determinado plazo. Así, en ambos casos se exige, para que el Registro despliegue sus plenos efectos protectores, no sólo la adquisición confiada en el contenido de sus asientos y la posterior inscripción, sino además una conducta activa que, en el caso de la prescripción contra tabulas, interrumpa una situación posesoria, o que, en el caso de la adquisición de bienes anotados de embargo, interrumpa el curso de un proceso ejecutivo.

La posibilidad de hacer constar en el Registro la extensión de la ejecución, y por tanto del embargo, a cantidades liquidadas con posterioridad a la anotación, parece que ha de admitirse incluso en el caso de que se haya practicado una inscripción a favor de un tercer poseedor adquirente en otra ejecución. En tal caso, el hecho de que dicho tercer poseedor no pueda quedar afectado por la constancia registral del aumento de la ejecución posterior a la inscripción a su favor, no excluye la posibilidad de que tal constancia se produzca, y ello dado que dicha constancia posterior puede ser necesaria para precisar el alcance de la ejecución respecto de otros titulares de derechos inscritos o anotados con posterioridad a la anotación preventiva de embargo.

Pensemos en el supuesto de que con posterioridad a la anotación letra A, se haya practicado una anotación letra B, y que después de ésta, se haya inscrito el dominio a favor del rematante en otra ejecución. En este caso, la constancia en el Registro del aumento o de la ampliación, posterior a la inscripción a favor del tercer poseedor, permitirá al ejecutante exigir del acreedor que obtuvo la anotación letra B, y que quiera subrogarse en su posición jurídica, el abono de las cantidades en que el aumento o la ampliación se produjo.

Frente a ello, si la anotación letra B se extendió una vez inscrito el dominio a favor del rematante en otra ejecución, y en procedimiento seguido contra éste, no parece que la constancia registral de la ampliación posterior a la inscripción a favor de dicho rematante pueda perjudicar al anotante con letra B, en cuanto la anotación recae sobre el valor de la titularidad dominical del tercer poseedor, y este valor, según lo ya expuesto, no puede quedar afectado por el aumento o ampliación posterior a su inscripción.

De todo lo anterior resulta que la constancia en el Registro del aumento de las cantidades consignadas en la anotación preventiva de embargo, para incluir las reclamadas por intereses devengados durante el procedimiento, por las costas de la ejecución, o por la ampliación de la ejecución al importe de los vencimientos producidos durante la ejecución, no constituye una nueva anotación preventiva de embargo que haya de quedar sujeta en cuanto a su extensión a la exigencia de que la finca siga inscrita a favor del ejecutado, y cuyo rango registral haya de ser el que resulte de su fecha, sino que tal

constancia supone una precisión del contenido de la anotación primitiva cuya posibilidad responde a la necesidad de armonizar el derecho que corresponde al acreedor ejecutante de obtener a través de la ejecución la totalidad de lo que por cada concepto se le adeude, y la protección que ha de darse a quien adquiere algún derecho sobre los bienes embargados confiando en el contenido del Registro de la Propiedad.

Por ello, y para evitar que a través de la actuación prevista en el artículo 613.4, se incluyan en el importe asegurado por la traba cantidades que procedan de otros créditos, o a las que no se extienda de modo necesario la ejecución, el propio artículo exige que el acreedor que solicite la constancia registral del aumento de las cantidades reclamadas por intereses y costas, ACREDITE que tales cantidades son efectivamente superiores a las previstas, lo cual habrá de hacerse mediante la correspondiente liquidación.

Igualmente, el artículo 578 establece en el párrafo segundo de su número 2 que, *«Cuando el ejecutante solicite la ampliación automática de la ejecución, deberá presentar una liquidación final de la deuda incluyendo los vencimientos de principal e intereses producidos durante la ejecución. Si esta liquidación fuere conforme con el título ejecutivo y no se hubiere consignado el importe de los vencimientos incluidos en ella, el pago al ejecutante se realizará de acuerdo con lo que resulte de la liquidación practicada»*.

Para el caso de que a través de la ejecución se reclame el cumplimiento de una obligación con vencimientos sucesivos, cabe plantearse si la cuestión de si la constancia en el Registro del aumento de la cantidad reclamada al importe de los vencimientos intermedios, una vez la finca conste inscrita a favor de un tercer poseedor, podrá tener lugar en todo caso y cualquiera que sea el momento en que se haya solicitado la ampliación de la ejecución, o sólo en aquél en que el ejecutante haya solicitado la ampliación en la demanda ejecutiva.

El primer criterio podría apoyarse en el hecho de que todas las cantidades resultantes de vencimientos posteriores a la presentación de la demanda tienen su origen en el mismo vínculo obligacional, y deben obtenerse a través de un mismo procedimiento, el cual se extenderá necesariamente a su importe, sin necesidad de retrotraerlo, con el único requisito de que así se pida, y se justifique dicho importe mediante la correspondiente liquidación. Así, la extensión del embargo a tales importes se producirá necesariamente cualquiera que sea el momento en que se solicite, y perjudicará a los adquirentes posteriores en los términos estudiados, quedando sujeta al mismo régimen que la extensión a los mayores intereses o costas devengadas.

El segundo criterio, más ajustado a la necesidad de proteger al titular registral frente a toda circunstancia que no resulte expresamente del Registro o necesariamente de la ejecución que la anotación de embargo publica, lleva a considerar que sólo en el caso de que el ejecutante haya previsto en la

demanda ejecutiva la extensión de la ejecución a los vencimientos posteriores a su inicio, tal extensión se producirá de forma automática, a través de la correspondiente liquidación, dándose una situación idéntica a la que se produce respecto de la extensión de la ejecución a los intereses y las costas del proceso y, por tanto, debiendo aplicarse un mismo régimen a la constancia registral del aumento. Por el contrario, si el ejecutante solicita la ampliación de la ejecución a tales vencimientos con posterioridad, y una vez tomada la anotación preventiva de embargo, tiene lugar una ampliación de la pretensión ejecutiva que excede del contenido de la demanda inicial, y que no podrá perjudicar al titular registral posterior salvo en el caso de que tal ampliación acceda al Registro con anterioridad a la inscripción que se practique a su favor. Así, una vez inscrito el derecho del adquirente posterior, el artículo 140.1 RH impediría la constancia registral de tal ampliación, de forma que dicho tercero, cualquiera que sea su título adquisitivo, y de acuerdo con el artículo 662.3, podría liberar la finca sin necesidad de abonar la cantidad correspondiente a los vencimientos posteriores.

En todo caso, para que tal distinción pueda ser tenida en cuenta por el adquirente de algún derecho sobre los bienes embargados, y por el registrador a quien se solicite la constancia registral de la ampliación, sería preciso que en la resolución por la que se ordene la práctica de la anotación preventiva de embargo, se indicara que, por haber sido así solicitado en la demanda, la ejecución se entenderá automáticamente ampliada a las cantidades posteriormente vencidas, de modo que tal precisión pueda hacerse constar en la anotación como parte de la «causa que hubiere dado lugar al embargo» (art. 72.2 LH), y el adquirente posterior de los bienes pueda tener tal circunstancia en cuenta para decidir si adquiere o no los bienes embargados y, si lo hace, si acude o no al proceso para liberarlos.

Así, de seguirse el criterio expuesto, sólo sería posible la constancia registral de la ampliación de la ejecución al importe de los vencimientos posteriores, una vez surgido en el Registro un tercer poseedor, cuando de la primitiva anotación resulte que dicha ampliación ha sido solicitada y se producirá automáticamente con cada liquidación. Una precisión análoga en el contenido de la anotación no es exigible cuando se trata de la constancia en el Registro del aumento de las cantidades reclamadas por intereses o por costas, en cuanto la extensión de la ejecución a aquellas cantidades es en todo caso automática, una vez liquidado su importe, según resulta de los artículos 575 y 613 LEC.

De lo hasta aquí expuesto resulta que todo mandamiento a través del cual se interese por el Tribunal la constancia en el Registro de las cantidades a las que se extiende la ejecución de conformidad con los artículos 613.4 y 578.3 LEC, deberá expresar el concepto por el cual las cantidades de que se trate han sido liquidadas, a fin de que el registrador pueda calificar la posible

existencia de obstáculos que resulten del Registro y, según lo expuesto, apreciar si el asiento interesado tiene por objeto la constancia de la extensión de la ejecución, y por tanto del embargo, a cantidades que no pudieron hacerse constar en la demanda ejecutiva ni en la anotación de embargo por no hallarse devengadas ni liquidadas y a las que, una vez liquidadas, se extiende de modo necesario la ejecución, o si por el contrario, lo que se pretende es ampliar el alcance de la ejecución a cantidades que no pueden considerarse incluidas en su extensión determinada por el contenido de la demanda ejecutiva. En este segundo caso se ha de entender que lo interesado es una nueva anotación de embargo, y que su extensión no será posible si la finca no se halla inscrita a favor de la persona contra la que se sigue la ejecución.

En cuanto a la determinación del tipo de asiento a través del cual hacer constar en el Registro de la Propiedad el aumento de la cantidad prevista en concepto de intereses devengados durante la ejecución y de las costas de ésta, así como la extensión de la ejecución al importe liquidado de los vencimientos que se hayan producido durante su tramitación, del artículo 613.3 y 4 no resulta con claridad cuál haya de ser éste, por cuanto mientras por un lado se refiere a la posibilidad de hacer constar «en la anotación preventiva de embargo», por otro se remite a la «anotación anterior».

Parece difícil que una vez extendida la anotación preventiva de embargo puedan incorporarse posteriormente, y en su mismo cuerpo, precisiones a su contenido, pues éste queda cerrado, incluso desde un punto de vista puramente topográfico, una vez la redacción del asiento es autorizada con la firma del registrador. Por otro lado, incluso si admitimos la constancia posterior de nuevas cantidades a las que se refiere la anotación, como una suerte de rectificación del contenido inicial de ésta, para adecuarla al proceso del que resulta, tal rectificación habrá de llevarse a cabo mediante la extensión de un nuevo asiento, de conformidad con lo establecido por 215, 219 y 220 LH, y 314 RH.

Planteada finalmente la cuestión de si el asiento posterior a la anotación preventiva de embargo por el que se precise su contenido, haciendo constar la liquidación de las cantidades a las que la ejecución se extiende, habrá de ser un asiento principal de anotación preventiva, o si podrá tratarse de una nota marginal, entiendo admisibles ambas posibilidades, debiendo en ambos casos resultar con claridad del asiento de que se trate que su contenido precisa el de la anotación preventiva de embargo anterior, de conformidad con lo establecido en los artículos 613.4 ó 578 LEC, en cuanto es tal circunstancia la que va a determinar las reglas aplicables a la determinación de su rango.

RAFAEL ARNAIZ RAMOS

Una reflexión personal sobre la función notarial en el tráfico sobre inmuebles. Su relación con las distintas modalidades de organización de la seguridad preventiva

NOTA PREVIA

El trabajo que subsigue está redactado en septiembre de 1998, con la finalidad de formar parte de un libro-homenaje al especialista brasileño, Juez e Inspector de los Registros, doctor GILBERTO VALENTE DA SILVA, cuya publicación se ha retrasado por diferentes motivos. De todas formas, al releerlo con motivo de un viaje reciente a Brasil, después de la celebración del último Congreso Internacional de Derecho Registral, me ha parecido oportuno publicarlo en la Revista Crítica, en la medida en que su contenido sigue respondiendo a las mismas ideas que me llevaron a realizarlo. Por ello no he introducido en estas notas ninguna rectificación ni adaptación, pese a los casi tres densos años transcurridos desde la fecha citada. Por otra parte, quiero hacer constar mi agradecimiento a la doctora LEA EMILIA BRAUNE PORTUGAL, presidenta de ANOREG BR, Asociación de Notarios y Registradores de Brasil, por su gentileza al acceder a que tenga lugar la publicación de este artículo con anterioridad a la del propio libro homenaje, de cuya confección se encarga la Asociación mencionada.

SUMARIO: INTRODUCCION.—I. EL NOTARIADO: A) EL NOTARIO LATINO: a) *Su carácter de fedatario público*; b) *Su carácter de funcionario*; c) *Su carácter de jurista*. B) EL NOTARIO ANGLOSAJÓN.—II. LOS SISTEMAS DE SEGURO DE TITULOS Y DE REGISTRO INMOBILIARIO: A) EL SISTEMA DE SEGURO DE

TÍTULOS: a) *Sus costes financieros*; b) *La posibilidad de infraseguro*; c) *La indemnización dineraria*; d) *La eficiencia previsible del sistema*. B) LOS SISTEMAS DE REGISTRO INMOBILIARIO: a) *El registro de documentos*; b) *El registro de derechos*. 1. La eficacia del negocio traslativo. 2. La tipificación de los derechos inscribibles.—III. LA FUNCIÓN DEL NOTARIADO EN RELACION CON LAS DISTINTAS MODALIDADES DE ASEGURAMIENTO DEL TRAFICO INMOBILIARIO: A) LA FUNCIÓN NOTARIAL EN EL SISTEMA DE SEGURO DE TÍTULOS. B) LA FUNCIÓN NOTARIAL EN EL SISTEMA DE REGISTRO DE DOCUMENTOS CON EFICACIA LIMITADA AL PRINCIPIO DE INOPONIBILIDAD: a) *El origen del Notariado en su versión latina*; b) *Las características del tráfico tradicional*; c) *Las características del sistema registral basado en el efecto de inoponibilidad*. 1. La calificación jurídica del negocio documentado. 2. El enjuiciamiento sobre la titularidad y cargas del inmueble objeto de la transacción. C) LA FUNCIÓN DEL NOTARIO EN LOS SISTEMAS DE REGISTRO DE DERECHOS: a) *Sistema de transmisión abstracta*; b) *Sistema de transmisión causal*. 1. La intervención técnica del notario latino y la formación jurídica de la transacción inmobiliaria. 2. El control de legalidad desde el punto de vista registral.—CONCLUSION. LA DISTINCION ENTRE LAS CARACTERISTICAS Y LA FUNCION DEL NOTARIADO: a) *Las características de la función notarial*; b) *El contenido y los fines de la función notarial*.

INTRODUCCION

Las ideas que se van a exponer a continuación nacen de una reflexión puramente personal, como expresa el propio título del trabajo, y no suponen una primicia plena, en la medida en que he aludido a ellas en alguna ocasión, aunque siempre de forma muy breve y como cuestión lateral en relación a los temas objeto de cada intervención (1).

Adelantaré, como primera impresión que en alguna medida enmarca este breve trabajo, que, desde mi punto de vista, vivimos unos momentos históricos en los que todas las instituciones jurídicas están sujetas a revisión. Este fenómeno apunta a todo tipo de manifestación jurídica, tanto en el campo del Derecho público, como en el del Derecho privado. Es más, esta misma diferenciación entre dos ramas del Derecho, que no se evidencia demasiado en los ordenamientos anglosajones, pero que es tradicional en el llamado Derecho continental del que procedemos nosotros, se va desdibujando en la medida en que el interés público y el interés privado, nociones características de la distinción, pierden su propia identidad independiente, para interrelacionarse

(1) En este sentido, cabe señalar la conferencia pronunciada con ocasión de las sesiones inaugurales del Centro para la Investigación del Derecho Registral, Inmobiliario y Mercantil (CIDDRIM), Barcelona, 1996, o la intervención en la sesión plenaria de la Asamblea de los miembros de la Institución do Registro Imobiliario de Brasil, celebrada el día 17 de septiembre de 1997, en Belo Horizonte, bajo el título «La eficacia jurídica y económica de la función registral».

de forma decidida, como tendremos ocasión de ver luego, al tratar de las características actuales de muchos instrumentos públicos (2).

Pues bien, en el tráfico inmobiliario moderno y en las normas de Derecho objetivo por las que se rige, esta necesaria revisión también tiene lugar. Vivimos y trabajamos inmersos en instituciones centenarias que nacieron y se desarrollaron contemplando el fenómeno decimonónico del nacimiento del mercado inmobiliario. La explotación de los bienes inmuebles por la generalidad de los ciudadanos exigió en su momento una reorganización a fondo de los instrumentos jurídicos que facilitaran y permitieran su tráfico, lo que supuso el necesario aseguramiento de la titularidad de los derechos sobre tales bienes y, sobre todo, de las hipotecas constituidas sobre los mismos. Se trataba, sobre todo en los ordenamientos de la órbita jurídica de tipo germánico y latino, de dar cumplimiento, por vía de instituciones típicamente civiles, a un interés general evidente que beneficiaba a toda la comunidad.

Así, desde un punto de vista estrictamente privatístico, y en función de la tradición civil de cada país, se modernizó el Notariado y se crearon los distintos tipos de Registro Inmobiliario, que sin grandes modificaciones subsisten hasta nuestros días. Lo que se intentaba y, de hecho se conseguía, era que los operadores jurídicos definieran jurídicamente el negocio de que se tratara, y que el Registro de la Propiedad asegurara la titularidad dominical y la de los llamados derechos reales menores, es decir, los que facultan al sujeto activo para el ejercicio de determinadas facultades normalmente integradas en la propiedad.

Hoy día esta necesidad de aseguramiento del tráfico que, como decía antes, obedeció a un interés público indudable, se complementa con otras exigencias situadas directamente en el campo de la economía, o dicho de otro modo, de la ciencia y la actividad política que estudia y decide sobre la más adecuada o idónea forma de explotación de un bien escaso, como es la riqueza inmobiliaria. En este sentido, la transacción sobre bienes inmuebles está sometida a una doble necesidad:

(2) La interdependencia entre el Derecho público y el Derecho privado fue puesta de manifiesto de una forma especialmente brillante por el profesor FEDERICO DE CASTRO, al señalar que tanto en el Derecho objetivo como en las instituciones que contemplan sus normas, se produce la confluencia de dos grandes principios, el de personalidad y el de comunidad, que definen la adscripción de la norma a uno u otro campo del Derecho. Así, el primero es el esencial para que la persona realice sus fines básicos, a través de su inserción en la organización comunitaria, mientras que el segundo se constituye en la base instrumental de protección de los intereses generales de la propia comunidad jurídica, de tal forma que sin el adecuado cumplimiento de este segundo principio se hace muy difícil o imposible que la persona, sujeto último del derecho, pueda desarrollarse en libertad y justicia.

- De una parte, es esencial que quien pretende la adquisición de una situación de poder, que le permita el tipo de explotación que quiera llevar a cabo sobre el bien inmueble, obtenga con rapidez y fiabilidad los datos sobre la titularidad y el alcance del derecho que pretende adquirir, necesidad que siempre ha existido, pero que ahora se matiza con la idea de que el conocimiento de tal titularidad no origine unos costes que hagan inviable o muy costosa la transacción pretendida.
- De otra, el tráfico no puede desarrollarse, o lo hará con más dificultades y menor inversión, si el adquirente tiene que preocuparse y, por tanto, destinar una parte de la financiación de la explotación a la vigilancia jurídica de su titularidad con el fin de defenderse adecuadamente de quién, con un pretendido mejor derecho, le discuta tal titularidad o entienda que está gravada con cargas no conocidas.

Esta doble necesidad, sobre todo en su versión económica de minoración de los costes de información y de supresión de los costes de vigilancia, o dicho de otra forma, de los costes necesarios *ex ante* contrato y *ex post* contrato, constituye el centro de atención más importante en el estudio y organización del tráfico inmobiliario, hasta el punto que hace necesaria la contemplación seria y constante del problema por los que nos dedicamos al estudio de su protección jurídica (3).

La pregunta, ante esta situación, es obvia. ¿Las tradicionales instituciones notariales y registrales deben ser reestudiadas a la vista de las nuevas necesidades que rodean al tráfico moderno sobre inmuebles? La contestación positiva se apoya en una idea importante. Si estas instituciones no responden a los fines que hoy les exige el mundo actual, las naciones que las organizan experimentarán un desarrollo económico menor, puesto que la alternativa de

(3) Estas nociones, relativamente nuevas, sobre la función económica de los sistemas jurídicos de seguridad preventiva, esencialmente la notarial y la registral, vienen siendo en los últimos tiempos objeto de atención constante en los Congresos y Reuniones de Notarios y de Registradores de la Propiedad. Como resumen de las ideas mejor expuestas sobre la materia, cabe citar el trabajo del registrador español FERNANDO MÉNDEZ GONZÁLEZ, *La función calificadora: Una aproximación desde el análisis económico del Derecho*, apoyado en las tesis más actuales de la producción científica del análisis económico, especialmente de ROBBINS, COASSE, BECKER y sobre todo de NORTH y THOMAS. El criterio que inspira a MÉNDEZ parte de la idea de estos últimos de que «el crecimiento sólo tendrá lugar si la organización económica existente es eficaz y, en consecuencia, suministra a los individuos incentivos para emprender actividades socialmente deseables. Ello implica el establecimiento de un marco institucional y de una estructura de la propiedad capaces de orientar los esfuerzos económicos individuales hacia actividades que supongan una equiparación entre tasa privada y social de beneficios», es decir, a un sistema en el que los costes de transacción se contemplen como un elemento determinante de la eficiencia económica del propio tráfico.

inversión se dirigirá inmediatamente hacia los mercados que resuelven adecuadamente estos problemas.

Es más, este fenómeno se notará, con carácter más o menos inmediato, tanto en lo que se refiere a la organización interna del mercado inmobiliario, como a la inversión externa en el mismo, realidad que se está contemplando directamente en aquellos países que intentan transformarse rápidamente desde un sistema de economía de los llamados de «socialismo real» a una economía de mercado apoyada en organizaciones políticas de tipo democrático.

Por tanto, esta necesidad de revisión nos obliga a reestudiar desde nuevos tipos de vista las características esenciales del Notariado y del Registro, tal y como lo conocemos y en su previsible porvenir. Además, es preciso llevar a cabo este trabajo sin condicionamientos previos, con libertad de espíritu y mirando hacia el futuro, que es, en definitiva, en donde vamos a vivir, tanto nosotros como los que nos sucedan. Con este criterio se elabora esta reflexión que no pretende otra cosa que exponer un criterio personal en la confianza que será acogido sin reticencias, pues con esa intención se escribe.

El Notariado y el Registro Inmobiliario, como tantas veces se ha dicho, son instituciones íntimamente interrelacionadas, aunque su nacimiento histórico no coincida en el tiempo ni tampoco se produzca tal coincidencia plena en la materia objeto de ambas funciones. Sin embargo, en el ámbito del tráfico sobre los bienes inmuebles, los notarios y los registradores viven juntos los problemas que se suscitan, piensan o deben pensar también conjuntamente en sus posibles soluciones y sirven a idénticos intereses individuales y colectivos. Ahora bien, históricamente, ambas instituciones alcanzan hoy un distinto grado de intensidad y de eficacia según los distintos ordenamientos, lo que a veces genera, a mi juicio, algunas distorsiones conceptuales y determinadas situaciones polémicas nada beneficiosas para el país que las sufre ni para los profesionales que sirven estos oficios.

Por tanto, en este trabajo se examinarán separadamente las características de los diferentes tipos de Notariado y las peculiaridades de las distintas modalidades de Registro, a la luz de lo expuesto con anterioridad. No se trata, evidentemente, de realizar un examen exhaustivo de la materia, sino de fijar los presupuestos esenciales con un criterio de síntesis, para concluir con alguna idea sobre lo que podría entenderse como una solución ideal, no acomodada hoy a la realidad de ningún país, pero que puede servir de base para determinadas discusiones y para la obtención de criterios comunes.

I. EL NOTARIADO

Como decía antes, no se va a hacer aquí una exposición detallada de todas las posiciones doctrinales sobre la función notarial y sobre el notario como

profesional que la sirve. Autores prestigiosos han elevado el estudio del derecho notarial a cotas muy altas de las que solamente cabe recoger las ideas esenciales de la doctrina sobre esta rama del derecho. Por otra parte, como se deduce del propio título del trabajo que se intenta, la referencia al Notariado se reduce a su intervención, fundamental pero no única, en los negocios jurídicos de carácter inmobiliario.

Con esta intención de brevedad y de síntesis, para poder partir de una base realista en el estudio del Notariado, es necesario contemplar sus dos modalidades esenciales, con una muy breve consideración de su origen. Así, en lo que se refiere a este último punto, el nacimiento del Notariado ha sido estudiado, en términos generales, en relación con su modalidad de germánico o latino, no tanto en lo que se refiere al tipo anglosajón. Por otra parte, prescindiendo ahora de las discusiones sobre el nacimiento de la institución, que llega a remontarse, según algunos, al antiguo Egipto o a la civilización judía, lo cierto es que sus antecedentes más acreditados se centran en la Edad Media y sobre todo a lo largo de la Edad Moderna. De todas formas, lo que quiero destacar en este apartado no es tanto la identificación de su origen, sino las exigencias sociales que lo provocaron. De hecho, en el sistema jurídico continental, el criterio formal que inspira la contratación, aún en su versión consensual, y la necesidad de la prueba documental, así como de la asistencia a las partes de un jurista especializado, son razones suficientes para el nacimiento y desarrollo de una función, cuyas características esenciales se enumerarán a continuación (4).

En cambio, en el sistema civil anglosajón, especialmente en el inglés, la fuerza de la «consideration» como base contractual y la eficacia del sistema judicial, basado en el «leading cause» o precedente judicial vinculante, hacen que el Notariado no surja como una institución en la que se agrupan una serie de funciones distintas, sino que la evolución se paraliza y el notario queda convertido en un simple profesional de la fe pública con efectos muy limitados.

Por tanto, puede decirse que en la propia evolución de la figura notarial aparecen ya dos tipos de sistemas jurídicos, de tal forma que el primero fuerza a la creación de un profesional con función pública compleja y el segundo a la diversificación de funciones apoyada en un protagonismo directo del poder jurisdiccional. Ello nos lleva a la delimitación de uno y otro tipo de Notariado.

(4) Tan importante resulta la función notarial, en este tipo de ordenamientos, que ha dado lugar al nacimiento, por todos conocido, de una rama del Derecho, el Notarial, que tanto puede ser considerado como un aspecto desgajado del viejo tronco civil, como un aspecto de la ciencia jurídica con características específicas o, en la frase de ENRIQUE GIMÉNEZ ARNAU, «un derecho para el derecho», en el que destaca su aspecto adjetivo. *Derecho Notarial*, Ediciones de la Universidad de Navarra, 1976.

A) EL NOTARIO LATINO

Responde directamente a la evolución histórica a que brevemente se ha hecho referencia. En tal sentido, el notario latino se caracteriza, en general, por tres notas esenciales:

a) *Su carácter de fedatario público*

Es una de las notas básicas diferenciadoras de la función notarial. En tal sentido, la dación de fe es la función primigenia del notario, en cuanto encargado de la formación de la fe pública, de la verdad oficial. Sobre él recae la responsabilidad de la identificación de los otorgantes del documento público que autoriza y cuyo original archiva en el protocolo, de forma que dicho documento y su copia hagan prueba plena de la realidad del otorgamiento, de la literalidad de las manifestaciones de las partes y de la identidad de éstas. Sin este triple contenido al que alcanza la fe pública notarial, el negocio jurídico, y concretamente el de transacción inmobiliaria no será fiable, no tendrá el carácter de verdad oficial y no constituirá la medida adecuada para evitar el litigio sobre cualquiera de los tres aspectos citados.

b) *Su carácter de funcionario*

El notario no es un profesional que surja espontáneamente de la realidad social, como el titular de un oficio de otro tipo. Su organización está inspirada en criterios de interés colectivo. Por tanto, el número y las características de las personas que integran el Notariado está intervenida, en mayor o menor medida, por el Estado, que dota al fedatario público de un carácter funcional más o menos acusado. Es esta una característica general de su organización que nace del interés público en asegurar el tráfico jurídico en general y en dotar a las transacciones de la intervención de un técnico de preparación contrastada. Sin embargo, siempre se admite su organización profesional independiente y la posibilidad de los operadores del mercado de dirigirse al notario que estimen oportuno, en un régimen de elección libre que se reconoce universalmente.

c) *Su carácter de jurista*

Es la nota menos destacada en las legislaciones positivas, pero constituye el elemento distintivo más importante de este tipo de profesional. La transacción inmobiliaria o mercantil, el acto jurídico *mortis causa* y, en general,

todos los aspectos a los que se dirige toda la función notarial, exigen inevitablemente que el notario sea un profesional dotado de profundos conocimientos jurídicos, de tal forma que su enjuiciamiento sobre el negocio documentado le permita realizar una triple actividad:

- De una parte, el asesoramiento objetivo a todas las partes intervinientes en el negocio documentado, de tal forma que este asesoramiento se dote de un especial tipo de independencia alejado de los intereses específicos de cada parte.
- De otra, la especial atención a aquel de los otorgantes menos asesorado, menos capaz de apreciar por sí mismo los riesgos de todo tipo en que puede incurrir como consecuencia de la transacción.
- Por último, la advertencia de los requisitos legales de todo orden, cada vez más complejos, que deben complementar el otorgamiento con el fin de que el negocio llegue a cumplir los fines que las partes pretenden.

De estos tres aspectos es difícil apreciar cuál tiene más trascendencia, aunque desde el punto de vista personal, destacaría el tercero, en función de dos ideas. Por una parte, la redacción técnica del contrato exige, desde el punto de vista del Derecho civil, mercantil, e incluso registral, unos conocimientos técnicos que han acompañado al notario latino desde su origen y que cada día son más necesarios. Por otra, es cada vez más importante la intervención de la Administración en el negocio jurídico privado, hasta el punto de que se habla ya de la penetración del Derecho privado por el Derecho público, con una frase descriptiva que evidencia aquella idea de que no se puede diferenciar como compartimentos estancos el ámbito de lo privado y de lo público. En tal medida, al notario no le basta ya el conocimiento preciso de las normas vigentes sobre capacidad y representación de las partes o de las exigencias civiles sobre la validez del negocio, sino que su nivel profesional debe alcanzar al dominio de otras técnicas de derecho público y a la consciencia del conjunto de requisitos de todo orden que hace que cada tipo de instrumento público llegue a producir sin dificultades los efectos deseados por los intervinientes (5).

(5) Como resumen de lo que significa la función notarial en esta versión, cabe citar la definición que lleva a efecto la conclusión a) del primer Congreso Internacional de Notariado Latino, cuando señala que «El notario latino es el profesional del Derecho, encargado de una función pública consistente en recibir, interpretar y dar forma legal a la voluntad de las partes, redactando los instrumentos adecuados a tal fin y confiriéndoles autenticidad; conservar los originales de éstos y expedir copias que den fe de su contenido. En su función está comprendida la autenticación de hechos».

B) EL NOTARIO ANGLOSAJÓN

Como hemos visto antes, en determinados ordenamientos y países, la evolución del Notariado ha sido radicalmente diferente. Puede decirse que no ha existido evolución. La función de dar fe del hecho del otorgamiento se pone en manos de personas especialmente habilitadas, pero reducidas a esta exclusiva función. El notario no es un jurista, en algunos casos ni siquiera se le exige la licenciatura o los estudios mínimos de Derecho. El notario no asesora. Las partes se aconsejan de otros profesionales que también intervienen en la formalización del negocio jurídico, como el «barrister», que puede parificarse con el abogado; el «attorney» o procurador, o, específicamente el «solicitor» o especialista en la transacción inmobiliaria, que cuidan de los intereses de las partes, que convienen en el contenido técnico del negocio y que preparan el documento y, en su caso, lo adveran con el fin de conseguir la prueba de la existencia de la transacción. Es más, se señala que la fundamental función de este tipo de notario es la legitimación de la firma de los intervinientes, con vista a la producción de efectos del documento en otro territorio o país distinto del de la autorización. Se ha llegado a afirmar que en estos sistemas el notario es un funcionario que ejerce con miras al extranjero (6).

Los tratadistas de Derecho notarial no suelen prestar atención a este tipo de fedatario público, y ello es lógico, pues no se puede hablar en este caso del Notariado en sentido estricto, sino de la atribución parcial de una de las facultades propias del notario latino a un profesional sin conocimientos, sin prestigio jurídico y que comparte su función con una serie de profesionales del Derecho y de la intermediación económica en el negocio inmobiliario.

Lo paradójico es que a pesar de este desinterés de la doctrina latina por este sistema o falta de sistema en la organización de la fe pública, los países en donde se aplica tienen una enorme influencia en el mundo actual. Hablamos de los Estados Unidos, del Reino Unido, de Australia o de Nueva Zelanda. Así, es lógica la opinión de que la organización notarial anglosajona, si puede denominarse de esta forma, carece de interés científico, pero lo que no puede olvidarse es la enorme trascendencia e influencia de los países que no han llegado a desarrollar un sistema de Notariado técnico.

La pregunta es lógica. Si no existe un Notariado como el que nosotros conocemos y defendemos, ¿cómo es posible que el sistema económico que rige en estos países sea precisamente el dominante en la comunidad interna-

(6) GUTERIGGE, citado indirectamente por ENRIQUE GIMÉNEZ ARNAU, obra citada. En este mismo sentido, aunque no en un trabajo escrito, la intervención del especialista cubano OSCAR SALAS, afincado en Estados Unidos, en las sesiones del Comité Latinoamericano de Consulta Registral, Reunión de Buenos Aires de 1996.

cional? ¿Cuál es la razón de que no sientan la necesidad de organizar una función notarial dotada de las características de juridicidad y de prestigio social propias del notario de tipo latino? La contestación a esta pregunta es fundamental, pues en otro caso las afirmaciones sobre las ventajas que ofrece el Notariado latino se apoyarán en afirmaciones dotadas de argumentos jurídicos indiscutibles, pero que carecerán de virtualidad ante la realidad económica dominante. La respuesta a esta aparente paradoja habrá que buscarla en las instituciones de derecho preventivo en las que se mueve y ejerce ordinariamente el notario de tipo anglosajón, lo que nos lleva directamente al estudio de los mecanismos de protección y garantía del tráfico que coexisten con las distintas versiones del Notariado.

II. LOS SISTEMAS DE SEGURO DE TITULOS Y DE REGISTRO INMOBILIARIO

En ningún ordenamiento moderno es el notario el único protagonista de los mecanismos de derecho preventivo en el aseguramiento de la titularidad de los derechos sobre inmuebles y del propio tráfico sobre los mismos, sino que su labor se complementa con otras instituciones de nacimiento o aplicación más reciente, pero también esenciales. En términos generales, se vienen encuadrando dentro del estudio de la institución registral, pero personalmente he preferido distinguir el registro como tal de la otra modalidad, es decir, la de seguro de títulos (7).

De acuerdo con este criterio, se estudiará, en primer lugar, el sistema de seguros, para entrar después en las modalidades de la institución registral en sentido propio.

A) EL SISTEMA DE SEGURO DE TÍTULOS

Este procedimiento parte del criterio de la innecesidad del Registro público. El adquirente de un derecho sobre inmuebles, tanto de carácter pleno como limitado, generalmente de tipo hipotecario, corre el riesgo de que un

(7) El propio Banco Mundial, al estudiar el problema de los tipos de aseguramiento del tráfico, utiliza una clasificación trimembre, distinguiendo entre los criterios que denomina «private conveyancing systems», «registration of dead systems» y «Titles registration systems», aunque el primero tiene poco que ver, son una modalidad de aseguramiento registral. En tal sentido, en este trabajo haré referencia a los sistemas de seguro, a los registros de documentos y a los registros de derechos, denominaciones propias del idioma español y, desde mi punto de vista, mucho más ajustadas técnicamente a su propio contenido.

tercero, ajeno a la relación contractual de adquisición y desconocido para el adquirente, incoe, con posterioridad a la conclusión del contrato, una reclamación judicial o extrajudicial basada en un mejor derecho incompatible o preferente respecto del adquirido. Pues bien, este riesgo se configura como un «daño» sobrevenido, susceptible de seguro, lo mismo que cualquier otro que pueda afectar a la persona o al patrimonio de quien adquiere.

Sobre esta base conceptual, el proceso de protección del adquirente se fundamenta en la contratación de una póliza con una compañía especializada, de forma que, en caso de que el riesgo se materialice y el daño efectivamente se produzca, la privación del derecho adquirido o la pérdida de la preferencia inicialmente prevista, se indemnice de acuerdo con la póliza suscrita. En tal sentido, la contratación del seguro se convierte en una operación indispensable para el funcionamiento del mercado. No nos encontramos, por tanto, ante un mecanismo que afecte directamente al mantenimiento del derecho y de su titularidad, sino ante un procedimiento económico indemnizatorio totalmente desvinculado del negocio traslativo o de sus antecedentes.

Este sistema exige que el adquirente de una determinada titularidad inmobiliaria tenga que acudir necesariamente a una serie de agentes del mercado que desarrollan la siguiente actividad:

- De una parte, examinan, aquilatan y enjuician la titulación aportada por el transmitente, de forma que puedan llegar a la determinación, más o menos aproximada, del riesgo de evicción o de perturbación jurídica que puede sufrir el adquirente.
- En segundo término, todos los datos sobre la titularidad de las fincas que uno u otro momento acceden al mercado inmobiliario, se recogen en archivos sin valor jurídico alguno, salvo el puramente informativo, al menos en las manifestaciones más características del sistema que estamos contemplando.
- Por último, determinado el riesgo jurídico en que puede incurrir el adquirente de la finca o del derecho, cabe la posibilidad de la fijación de un criterio estadístico que permita la formalización de un contrato de seguro entre el adquirente y una compañía especializada, de forma que producido el efecto de la evicción o de la declaración de mejor derecho de un tercero, como consecuencia de la acción judicial iniciada por éste, la compañía satisface al asegurado el capital en que se fijó la indemnización como consecuencia de la producción del siniestro.

Además, cabe la posibilidad de que la Administración organice algún tipo de archivo inmobiliario, de carácter informativo, que, en su apariencia externa puede parecerse a un sistema de registro, pero sólo en su mecánica de infor-

mación, no en lo que refiere a aspectos de protección jurídica del titular, ni en la garantía de veracidad de dicha información.

El sistema funciona, evidentemente, y este funcionamiento tiene su razón de ser, de una parte, en la seriedad y en la profesionalidad de los agentes del mercado y de las propias compañías de seguros y, de otra, en el extraordinario beneficio económico que genera para las propias entidades aseguradoras, y en definitiva para la organización financiera que las apoya. Por otra parte, en cuanto a las características, los agentes del mercado, capaces de garantizar la transacción ante la ausencia de instituciones jurídicas destinadas a este mismo fin, puede decirse muy simplificada que es necesaria la intervención de tres elementos:

- De un profesional que defina el riesgo que asume el adquirente, lo que supone el estudio de los antecedentes del negocio en lo que se refiere a la titularidad del transmitente, a la fiabilidad del título de adquisición que exhibe y a los derechos o cargos a que está sujeto el inmueble y que se diversifica en las funciones que antes se enumeraban al hablar del Notariado anglosajón. Sus características son las de un profesional del Derecho al servicio de las entidades aseguradoras, que ha de intervenir necesariamente en la transacción y en la calificación del título antecedente, sin perjuicio de la asistencia letrada que contraten una o ambas partes.
- De profesionales del seguro que valoren económicamente el daño posible y la prima que ha de satisfacer el adquirente. Se trata de técnicos que se mueven en el campo de la estadística y de la evaluación de riesgos, cuya presencia resulta inevitable, si se quiere mantener una proporción entre el seguro y su coste.
- Por último, de un asegurador que pague en caso de que el daño jurídico efectivamente se produzca, cuya fiabilidad dependerá de la propia eficiencia del sistema financiero.

Un cuarto elemento, difícilmente definible, es el de la confianza social en el sistema. Evidentemente, el procedimiento no funcionaría si la prima fuese desproporcionada, si el profesional o profesionales del Derecho que intervienen no actuaran con seriedad o si el asegurador no pagase, lo que supone que, para que el complejo sistema que hemos expuesto resulte eficaz, es indispensable que se incardine plenamente en la realidad económica del país de que se trate y en la forma de ver las cosas de la comunidad donde actúa. Este último requisito de carácter cultural y psicológico nunca resulta fácilmente extrapolable, lo que nos lleva a estudiar si este procedimiento es el idóneo y si es aplicable a otros países, que, en este momento están meditando sobre cuál es el sistema más adecuado para la protección del tráfico inmobiliario y

de los derechos de los titulares que en él intervienen, siempre si se parte del criterio, también discutible, de que la protección del tráfico y la protección del derecho son cuestiones diferentes.

La respuesta es, evidentemente, negativa. El hecho de que el sistema funcione en determinadas economías, plenamente desarrolladas, no lo convierte en idóneo, y ello por las siguientes razones:

a) *Sus costes financieros*

El procedimiento de aseguramiento de la titularidad mediante la indemnización monetaria de la pérdida patrimonial del inmueble o derecho adquirido exige la cobertura de un riesgo por parte del asegurador que llega a cifrarse entre el 3 y el 5 por 100 del valor apreciado del propio inmueble o derecho. Por otra parte, la intervención libre de los profesionales que intervienen en todo el mecanismo de transacción se eleva a cifras importantes, perfectamente contrastadas en instituciones como el Banco Monetario Mundial, y que han sido objeto de análisis preciso por especialistas europeos (8).

Ello hace que el sistema incumpla uno de los requisitos esenciales del tráfico moderno. Los costos de información sobre la titularidad del transmitente se disparan, y los costos de vigilancia del derecho adquirido, aunque aparentemente no existen, dan lugar a la formación de un precio de la prima del seguro que supone un porcentaje muy elevado en relación al valor del inmueble objeto del derecho asegurado.

b) *La posibilidad de infraseguro*

Como en todos los negocios de seguro de daños, la valoración de la pérdida patrimonial puede ser la adecuada o inferior a la real. Así, el infraseguro, que tiene la ventaja inmediata de la rebaja de la prima, cuando se produce la pérdida de la titularidad, origina una disminución del capital asegurado que puede no satisfacer las necesidades del adquirente a quien se priva del derecho.

(8) De hecho, en los análisis de costos de los diferentes sistemas de prevención jurídica, el de Seguro de Títulos no genera gastos importantes en lo que se refiere a la actividad notarial y registral, por razones obvias, pero en la prima del seguro que excede en no menos de un 500 por 100 los de cualquier otro sistema, se absorben los costes de información y de vigilancia del derecho adquirido, sin perjuicio de los que se deriven del asesoramiento particular del adquirente, que se mueve dentro de las tarifas de la intervención de letrado sujetas normalmente al mercado libre.

c) *La indemnización dineraria*

En los países que siguen este sistema, la cultura popular acepta sin problemas la indemnización económica de la privación del inmueble, sobre todo en aquellas naciones en donde la vivienda tiene un carácter fungible, de tal forma que el traslado de residencia es un fenómeno normal. Ahora bien, incluso en estos países, pero sobre todo en los que se mueven en la órbita de la civilización continental europea e iberoamericana, el sentimiento del ciudadano se dirige a asegurar la titularidad de un bien concreto, no de una indemnización sustitutiva de su valor perdido. Lo que pretende el que adquiere una vivienda o cualquier otro inmueble es que el sistema público de protección le garantice la titularidad y la posesión de ese bien inmueble, no el cobro de una indemnización por la pérdida de esa posesión.

d) *La eficiencia previsible del sistema*

Se ha dicho antes que el sistema exige la intervención del que valora jurídicamente el riesgo, del que valora económicamente la prima del seguro, y del asegurador que efectivamente pague cuando se produzca el siniestro. Es una triple exigencia en la que no es necesario que nos detengamos de forma exhaustiva, pero que evidentemente no es de fácil cumplimiento en países en desarrollo, en los que la calidad profesional y la solvencia del sistema financiero no han alcanzado el nivel idóneo que exige un proceso del tipo del seguro de títulos. Así, resultaría frecuente que las valoraciones fueran incorrectas y que el pago de las indemnizaciones se retrasara, se llenara de inconvenientes y, en definitiva, se produjera una cierta o, incluso, una absoluta desconfianza en el proceso preventivo de aseguramiento del tráfico.

Las características del seguro de títulos hacen que no podamos hablar, desde el punto de vista registral, de un sistema de seguridad preventiva. Se trata de un procedimiento que se mueve en el campo puro de la actuación de los particulares, considerando como tales también a las compañías de seguros, en las que no existe intervención del poder público. Se recoge, por tanto, un criterio plenamente liberal en la organización de la seguridad jurídica. En tal sentido, la cuestión esencial, como decía antes, consiste en determinar si el sistema que sucintamente hemos expuesto resulta adecuado para los países que lo utilizan o para otros que están pensando en la organización de su propio tráfico privado de bienes. Son cuestiones distintas. En efecto:

- En los países anglosajones, especialmente Estados Unidos, donde se aplica este tipo de proceso de seguridad, el tráfico funciona bien, y esta es una realidad incontestable. Probablemente ello se debe a la

seriedad y profesionalidad con que funciona el país, no solamente en estos aspectos, sino prácticamente en todos, así como en la represión que a las disfunciones que surjan establece el propio ordenamiento jurídico, generalmente en el ámbito penal. En este sentido, aunque existen ciertas tendencias, esencialmente doctrinales, dirigidas a la organización de un registro público, concretamente en el ámbito de los bienes muebles, no parece razonable esperar una evolución en el mismo sentido, en lo que se refiere al campo inmobiliario.

- Sin embargo, en países carentes de un sistema de prevención jurídica, la situación no es la misma. De hecho, para el adecuado funcionamiento del sistema de seguros, como señalábamos antes, es necesario que concurren una serie de circunstancias, que sin la intervención del Estado resultan de muy difícil concurrencia, en la medida en que hace falta el transcurso de muchos años de desarrollo económico y de organización social para que den resultado.

Aunque suponga adelantar ideas, lo mismo cabe decir en el campo del Notariado, si bien, en este aspecto, la evolución es todavía más difícil. De hecho, determinados países anglosajones, como el Reino Unido, y antes Australia, están llegando o han llegado al establecimiento de un sistema público de registro de derechos, del tipo del que se tratará inmediatamente, pero, no obstante, la organización del Notariado no ha cambiado sustancialmente, probablemente porque la inercia es un elemento determinante en la modificación de instituciones jurídicas.

B) LOS SISTEMAS DE REGISTRO INMOBILIARIO

En este segundo apartado conviene que nos detengamos, también de forma muy sucinta, en la evolución y las características de los actuales Registros Inmobiliarios. De forma general, puede decirse que responden a la idea de que la intervención estatal es esencial para que el sistema de titularidades inmobiliarias se sujete a un régimen de seguridad que permita la información sobre la titularidad antecedente y la garantía del mantenimiento de la que surge como consecuencia de la transacción de que se trate. Así, lo mismo que se ha hecho al tratar en general la figura del Notariado, se distinguirán sus dos modalidades esenciales, con una muy breve referencia a su origen.

En este sentido, a diferencia del Notariado, y salvo algunas manifestaciones de escasa eficacia que en general no se remontan más allá de la Edad Moderna, el Registro de la Propiedad es una institución casi recién nacida, cuyos orígenes se centran en el siglo XIX. En esta centuria, consolidada la Revolución Francesa y el nacimiento de la burguesía, se produce el fenómeno

generalizado del acceso de las clases medias a la titularidad inmobiliaria a través de mecanismos legales de desamortización y de liberalización económica. Todo el sistema social de la segunda mitad del siglo XIX responde al criterio liberal del «laissez fair, laissez passer», que sin embargo necesita la corrección de mecanismos instrumentales que faciliten la protección de la titularidad, el desarrollo de la hipoteca y la minoración de los privilegios para evitar el litigio judicial constante. Ahora bien, como señalábamos antes, las peculiaridades del sistema civil de cada país e, incluso, su idiosincrasia peculiar y su tradición social y jurídica, hace que estos sistemas de aseguramiento de la propiedad obedezcan a dos modalidades.

a) *El registro de documentos*

La idea básica que inspira su organización nace del privilegio de inoponibilidad. Se entiende que el adquirente de la propiedad o de otro derecho real que no aporta su título al Registro, carece de acción frente a quien inscribió su derecho. Se trata de un criterio cuyo origen se encuentra en los ordenamientos jurídicos que resultan tributarios directos del Derecho romano, de tal forma que el principio citado de inoponibilidad se mueve esencialmente en el campo procesal. La inscripción en un Registro Público no genera directamente una presunción jurídica, sino la imposibilidad de la acción. En este sentido, la transferencia inmobiliaria, o dicho en términos técnicos, el negocio jurídico de enajenación de la propiedad o de la constitución, modificación o extinción de los derechos reales, se produce exclusivamente en el campo del Derecho civil a través del derecho de contratos. El Registro sirve, exclusivamente, para determinar la legitimación activa de quien pretende hacer valer su derecho frente a otro. Ahora bien, si el legitimado pasivamente en la reclamación ha inscrito su derecho, y el que pretende ejercitar la demanda no lo ha hecho, la inscripción del primero impide el éxito procesal de la reclamación del segundo.

Por tanto, el Registro produce sus efectos esencialmente en el campo registral, al menos en la idea original que ilumina este tipo de sistemas registrales. Ahora bien, cuando se trata del posible litigio sobre la incompatibilidad o la preferencia de las relaciones jurídicas reales que han accedido al Registro, el contenido de éste no protege especialmente a una o a otra de las partes que entran en contradicción, sino que la cuestión se dirime en vía judicial y con aplicación directa de las normas civiles sobre preferencia de derechos. Dicho de otra forma, el Registro acota los derechos a tener en cuenta, de forma que sólo los titulares de los que han accedido a la protección registral pueden oponer su situación frente al que pretende la titularidad firme y definitiva. Se produce, por tanto, una disminución de la incertidumbre, pero no en términos absolutos. El Registro no identifica al titular cierto, pero acota

el grupo de los posibles titulares ciertos, de tal forma que el que pretende la titularidad segura y definitiva sólo puede acudir a dos mecanismos:

- El primero consiste en la purga de los demás derechos inscritos mediante una decisión judicial basada en la prescripción, en la contención sobre la validez de los respectivos títulos o en la indemnización por la desaparición de los derechos incompatibles.
- El segundo, si el primer mecanismo es ineficaz o demasiado lento consiste necesariamente en la contratación de un seguro que cubra el riesgo de pérdida de la titularidad.

Así, podría decirse que el acento del Registro se pone en que la mayor cantidad de títulos relacionados con un bien concreto accedan al mismo, con el fin de que se amplíe en lo posible el círculo de los titulares de derechos a los que se debe tener en cuenta. Como consecuencia, el principio aplicable es que la eficacia del título prevalece frente a la atribuida al asiento registral, tanto entre las partes como frente a tercero.

Naturalmente no existe ningún sistema puro de inoponibilidad, pues al menos, en lo que se refiere a determinados derechos sobre inmuebles, el procedimiento es totalmente insuficiente, por lo que los ordenamientos jurídicos que lo siguen exceptúan de esta limitada eficacia del asiento registral los tipos de derechos cuyo conocimiento y cuya preferencia sólo pueden acreditarse a través de un documento específico en el que consten las distintas relaciones jurídicas y, al menos, la fecha del título que las origina. El problema se centra especialmente en las hipotecas u otras relaciones reales en las que la institución posesoria carece de virtualidad para la defensa de la titularidad de que se trate.

b) *El registro de derechos*

Su característica más importante consiste en que su información y efectos protectores se refieren a la titularidad y delimitación del derecho inscrito, a las cargas que lo gravan, cualquiera que sea su origen, y a las facultades dispositivas del titular registral. Su origen y principios se sitúan en el Derecho germánico, alejado en este punto de la tradición latina y apoyado en el criterio de atribuir al hecho posesorio reconocido por la comunidad una virtualidad de tipo dominical, especialmente en el mecanismo de protección de la titularidad.

Para concretar de forma breve su efecto esencial, puede decirse que desde el momento en que el contrato accede al Registro, el «derecho publicado» es el único que necesita conocer quien pretenda contratar sobre el mismo. En este sentido, producida la inscripción, es indiferente para quien pretende con-

tratar que existan o no titulares extraños al contenido del Registro, puesto que la información que recibe de éste goza de una presunción de exactitud e integridad. Se trata de una situación jurídica similar a la de la letra de cambio. Al tenedor le basta la aceptación por el librado, sin necesidad de probar la existencia de la deuda u otras circunstancias del débito no contenidas en el documento cambiario.

Según el sistema civil de que se trate, esta situación de protección puede producir efectos plenos, incluso entre las partes, o puede generar efectos solamente respecto de terceros, según que la adquisición se someta al requisito de su acceso al Registro, en cuyo caso hablamos de inscripción constitutiva, o se perfecciona extrarregistralmente, en cuyo supuesto el asiento registral tiene carácter declarativo. En la práctica, ambos subtipos de registro producen muy similares efectos en orden a la seguridad del adquirente y a la disminución de costes de transacción. De todas formas, cabe distinguir en este tipo de sistemas dos modalidades diferentes, según el criterio que siga el ordenamiento civil en orden al criterio sobre la eficacia del negocio traslativo o el número abierto o cerrado de los derechos que pueden acceder al Registro.

1. La eficacia del negocio traslativo

En este punto, cabe señalar tres tipos de organización del negocio traslativo:

- En primer término, aquél en el que el consentimiento formal que da lugar a la inscripción se abstrae del negocio antecedente de carácter obligacional, de forma que este último no da lugar a efecto alguno en cuanto a la transmisión en sí, sin perjuicio de la vinculación de las partes al cumplimiento de la prestación, es decir, a consentir en la inscripción a favor del adquirente que tiene carácter constitutivo de dicha adquisición.
- En segundo lugar, el sistema en el que se vinculan ambos negocios, de forma que la inscripción registral toma su base del contrato obligacional, si bien la inscripción es requisito constitutivo, o del nacimiento del derecho, o de la adquisición que se realice.
- El último de los sistemas, genéricamente estudiados, es aquél en que el negocio jurídico traslativo produce todos sus efectos fuera del Registro, al menos entre las partes contratantes. Sin embargo, respecto de quien contrata confiado en su contenido y en el poder de disposición del titular que resulta del asiento, se produce una situación de inatacabilidad procesal que puede llegar a ser absoluta y que prácticamente se confunde, en determinados casos, con la adquisición plena del derecho.

2. La tipificación de los derechos inscribibles

Se trata aquí de un criterio comparativo que tiene cierta relación con el anterior, pero que parte de un presupuesto distinto, tanto en la realidad económica como en la pura técnica jurídica. En efecto, un principio básico de mercado es el de la libertad contractual, que supone la posibilidad para el propietario de ceder a otros el derecho de ejercer en su lugar, de forma completa o parcial, determinadas prerrogativas asociadas al derecho de propiedad. Pues bien, si se contempla el problema desde esta perspectiva, cabe distinguir dos modalidades de Registro Inmobiliario que pueden coincidir o no con los tipos examinados antes:

- El que tiende a la admisión registral de derechos determinados previamente por la norma civil o registral, de forma que resulte imposible, sin una alteración del derecho objetivo, la construcción de nuevos tipos de derechos inscribibles o, en términos económicos, nuevas modalidades de explotación de inmuebles.
- El que sigue un criterio abierto, en cuyo caso no es necesario que el legislador adapte las normas del ordenamiento a las nuevas exigencias del mercado inmobiliario para que una nueva figura pueda acceder al Registro, siempre que se constituya con las características propias del derecho real, es decir, su inmediatividad respecto del objeto inmobiliario y la posibilidad de su titular de oponer su ejercicio a todos, *erga omnes*.

En el plano de la realidad de cada país no existe ningún sistema que se adapte de forma absoluta a cada uno de los tipos que hemos examinado. De todas formas, los sistemas de registro de derechos, cuando admiten alguna o todas de las características enumeradas, se diferencian del registro de documentos en varios aspectos esenciales:

- El acento de este tipo de sistemas no se pone en inscribirlo todo para evitar la existencia de titulares desconocidos, como ocurre, en general, en el sistema puro de registro de documentos, sino en inscribir sólo lo que es verdadero y legítimo, de tal forma que para el tercero que contrata el que parece como posible transmitente tenga el carácter de titular verdadero y único. El principio aplicable es el que la eficacia del asiento registral, en aras de la seguridad jurídica, prevalece frente a la del título no inscrito o inscrito con posterioridad.
- El Registro no se mueve ya en el puro mundo procesal de la imposibilidad de ejercitar acciones por parte de quien no inscribe, sino que genera un conjunto de presunciones, es decir, un tipo de prueba distinto de la documental pura. Se presume que el derecho inscrito existe

y pertenece al titular con el alcance que resulta del Registro y, cuando el titular dispone en determinadas condiciones, la otra parte que confía en el Registro adquiere plenamente o al menos puede resultar procesalmente inatacable.

- Este sistema exige que todos los derechos relativos a cada finca o inmueble determinado se inscriban en un folio específico, en una base física que haga relación a todos los derechos existentes sobre dicho inmueble, de forma que no quepa la inscripción de titularidades incompatibles y que, además, el propio registro determine la preferencia entre los derechos compatibles, no en base a los criterios civiles de fecha del título constitutivo de la relación, sino de las fechas en que tales títulos accedieron a la inscripción registral. Por tanto, no es conceptualmente posible el procedimiento de folio personal, característico de los sistemas de registro de documentos.
- Otra exigencia, lógica, es la que los títulos que acceden al Registro y en los que se constituyen, modifican o extinguen los derechos que el Registro ha de publicar y cuya protección resulta de las presunciones nacidas del sistema, sean objeto de un enjuiciamiento sobre su legalidad, es decir, su adaptación al ordenamiento y su adecuación a los antecedentes registrales de un perfil muy alto. El Registro sólo admite, puesto que va a presumir su existencia y alcance, a los títulos perfectos, a los derechos plenamente delimitados, a las titularidades que no ofrezcan duda.
- Por último, desde el punto de vista económico, la falta de inscripción genera en el adquirente un coste de vigilancia importante, pues puede sufrir una privación inconsentida y no deseada, lo que dará lugar a una transacción ineficiente. Por el contrario, la inscripción evita la necesidad de vigilancia y, por tanto, de su coste. En definitiva, se sustituye la vigilancia por la información plena y la protección absoluta del adquirente.

En la evolución del derecho preventivo, la técnica de la presunción de titularidad, es decir, la de registro de derechos, tiende a convertirse, cada vez con más fuerza, en el sistema más adecuado, no sólo para la protección del propio derecho, sino esencialmente para la protección del tráfico, en la medida en que, con independencia de sus características jurídicas, se revela como el de mayor eficiencia en la disminución de costes de transacción (9).

(9) En este sentido se vienen pronunciando los últimos informes de las entidades económicas internacionales. Cabe citar especialmente el denominado «Land registration and titling projects in ECA countries», emitido por el Banco Mundial en 1996.

III. LA FUNCION DEL NOTARIADO EN RELACION CON LAS DISTINTAS MODALIDADES DE ASEGURAMIENTO DEL TRAFICO INMOBILIARIO

Una vez desarrollados los puntos anteriores, en los que se ha buscado una perspectiva general, prescindiendo de un análisis detallado para fijarnos en las características esenciales de los sistemas de seguridad preventiva, toca en este último apartado la exposición de la idea que motiva este trabajo. Para ello se ha partido de huir de la realidad nacional de los diferentes ordenamientos, sobre la base de que en todos es posible encontrar rastros de alguno de los conceptos que se contienen en el texto que antecede. Lo mismo ocurrirá con el estudio de la posición notarial, de forma que ha de excusarse una comparación detallista país por país. Lo que se trata de precisar es una tendencia, un criterio general, que nos permita, por encima de las realidades nacionales, saber hacia dónde vamos y, sobre todo, hacia dónde debemos dirigirnos.

Así se expondrán, en primer lugar, ciertas ideas generales para entrar después en el análisis de la labor notarial en función de las instituciones concurrentes encaminadas a dotar al tráfico inmobiliario de un régimen de seguridad suficiente.

Para situarnos en lo que luego se dirá, hay que partir de la base de que la creación y desenvolvimiento de las instituciones jurídicas de todo tipo no es nunca casual, sino que depende de las características de cada país, de su entorno social, de las necesidades de cada momento histórico, de la tradición cultural y, en definitiva, como se decía antes, de la propia inercia como fuerza esencial de mantenimiento de las formas de organización social. En Derecho, las revoluciones no son frecuentes y la evolución es siempre lenta y, probablemente, así debe ser si se quiere mantener el entramado y la vertebración del cuerpo social.

Este principio de adaptación de las instituciones a la realidad de la sociedad en que funcionan es directamente aplicable a las que tratamos, y de ahí que los árboles, a veces, no nos dejen ver el bosque, y que la realidad propia no nos permita elevarnos por encima de nuestra circunstancia concreta para examinar los problemas a la luz de exigencias que empiezan a ser universales o, al menos, a afectar a grupos completos de naciones que tienden inexorablemente a unificar, no sólo sus problemas, sino también sus soluciones. En este sentido, es notable que los estudios más modernos y clarificadores sobre la seguridad preventiva inmobiliaria no provengan de los especialistas de tipo jurídico que han llenado bibliotecas sobre el fundamento y los elementos esenciales de las instituciones y normas que regulan dicho tráfico, sino de informes de economistas que contemplan la cuestión desde otras perspectivas en las que lo esencial no es el conjunto de conceptos sobre la realidad jurídica

existente, sino el efecto que generan en el cuerpo social, que se concibe, a su vez, como una realidad supranacional.

En función de lo dicho, es lógico que la función notarial se adapte en cada nación y en cada ordenamiento a las necesidades jurídicas propias de su entorno social, de forma que tal función tiende a cubrir, como ocurre siempre en el plano de la actividad humana, aquellos aspectos no resueltos por otras instituciones, de tal forma que la formación y características del profesional de la fe pública se han ido conformando de acuerdo con los fines que ha de realizar. Por ello es imposible aquilatar con precisión la actividad notarial, como ocurre con cualquier otra, si se parte de su consideración aislada, de su desvinculación teórica de las demás instituciones jurídicas con las que convive.

En este sentido, lo pretendido en este trabajo es precisamente la expresión de una realidad que se base en los términos relativos que surgen de las distintas características de los sistemas de seguridad preventiva. Este examen tiene como finalidad concluir en una idea que me parece importante sobre la necesidad de mantener la actividad notarial como esencial para que el tráfico inmobiliario pueda desenvolverse con la eficiencia suficiente en orden al aseguramiento de la titularidad de los derechos y de su tráfico, con costes razonables de información y con supresión de costes de vigilancia del derecho adquirido.

A) LA FUNCIÓN NOTARIAL EN EL SISTEMA DE SEGURO DE TÍTULOS

Como se señalaba anteriormente, el llamado sistema de seguro de títulos funciona plenamente desvinculado del propio negocio de transmisión de la propiedad o de la constitución de derechos reales sobre inmuebles. En este sentido, el negocio jurídico, la convención sobre la adquisición del inmueble se organiza exclusivamente en función de las normas jurídicas civiles, de forma que la protección del adquirente, desde el punto de vista de la seguridad del derecho, se basa solamente en la apariencia posesoria y, como trasunto de la misma, en la tenencia material del título de adquisición. No existe una institución que recoja la realidad documental de la transacción y el asesoramiento de los que intervienen en el negocio se apoya en la abogacía en sus distintas vertientes y especialidades.

En estos sistemas, al menos contemplados en su versión teórica, la función notarial no existe. Es verdad que se denomina con la expresión «notario» al profesional a quien se atribuye la posibilidad de preconstituir la prueba sobre la identificación de quien forma un documento, pero esta simple actividad legitimadora no puede confundirse con la compleja función notarial. Es más, no existe un interés político en que esta actividad se amplíe, puesto que la averiguación de la titularidad está en manos de otros especialistas al servicio del sistema.

Sin embargo, como decía antes al examinar brevemente las características del procedimiento de seguro de títulos, el peligro evidente consiste en que los países donde se aplica son generalmente los más eficientes, o al menos tienen ganada la fama de serlo, en el entorno de la economía mundial, lo que puede dar lugar a la falsa idea de que la actividad notarial, tal y como se desarrolla en otros sistemas, no tiene razón de ser y constituye un lastre para la propia actividad económica. Esto no es así, aunque las posiciones que se mantienen sobre la necesidad de un sistema público e intervenido por el Estado en la protección jurídica preventiva de quién interviene en el tráfico, no suelen referirse directamente a la función notarial, sino al sistema idóneo de registro (10). En el sentido expuesto, la posición que aquí se mantiene es la de que la función notarial de tipo latino es esencial en los dos sistemas esenciales de registro, es decir, el de documentos y el de derechos, aunque el signo de tal función sea inevitablemente distinto.

B) LA FUNCIÓN NOTARIAL EN EL SISTEMA DE REGISTRO DE DOCUMENTOS
CON EFICACIA LIMITADA AL PRINCIPIO DE INOPONIBILIDAD

Como señalábamos anteriormente, los sistemas registrales de inoponibilidad, esencialmente los que nacen en los ordenamientos influenciados directamente por el Código Civil napoleónico, están íntimamente ligados con la organización latina del Notariado, y ello es perfectamente lógico si se contemplan una serie de realidades.

a) *El origen del Notariado en su versión latina*

El sistema notarial antecede con mucha diferencia de tiempo al sistema registral. Cuando éste surge, fundamentalmente a mediados del siglo pasado, el Notariado en su versión latina puede decirse que está prácticamente desa-

(10) En tal sentido, el Informe del Banco Mundial antes citado. También puede observarse este fenómeno en países emergentes en la economía de mercado, como Rusia, en el que la discusión básica no se centra en el Notariado, tradicionalmente de tipo latino, sino en conveniencia de establecer una institución registral con efectos positivos de presunción de la titularidad privada, respecto de la cual el notario tendría el carácter de un operador jurídico. La discusión, en el ámbito legislativo, se centra en estos momentos en si la actividad notarial debe respaldarse por el Estado o debe quedar reducida al ámbito privado, sin exigencia especial de preparación al fedatario. En definitiva, si debe prevalecer el sistema de Notariado privado, característico de los sistemas de seguro de títulos, o el Notariado público, propio de los sistemas que se apoyan en una organización de tipo latino.

rollado, goza de prestigio social y el instrumento público constituye el centro documental del que se predicen los efectos esenciales, necesarios en aquellos momentos para asegurar el tráfico inmobiliario. En tal sentido, la «verdad oficial» que nace de la escritura autorizada por el escribano, referida a la identidad de las partes y a la exactitud literal de lo manifestado por ellas en el negocio documentado, es suficiente para la preconstitución de una prueba que ha llegado a considerarse «plena», al menos en orden a la realidad del otorgamiento (11).

b) *Las características del tráfico tradicional*

El tráfico inmobiliario que contemplan las formas más primitivas del sistema de registro de documentos se caracteriza por dos notas. De una parte, su lentitud, puesto que la transacción inmobiliaria suele obedecer a criterios pausados que permiten el estudio minucioso de la titularidad antecedente y de la situación de cargas del inmueble. De otra, su carácter limitado, en la medida en que se trata de operaciones aisladas, no masificadas, de tal forma que facilitan la intervención de un profesional capaz de aquilatar en cada caso las necesidades específicas de las partes.

c) *Las características del sistema registral basado en el efecto de inoponibilidad*

Este es, indudablemente, el punto más importante. El hecho de que el Registro sirva exclusivamente para que surja el efecto de inoponibilidad, de forma que la discusión entre los titulares que acceden a la publicidad tabular no se resuelva directamente mediante un sistema de presunciones nacido de los pronunciamientos de los asientos registrales, exige que el notario realice dos funciones esenciales:

1. La calificación jurídica del negocio documentado

Ante la ausencia de efectos materiales de la inscripción que genera una calificación registral muy débil y referida casi exclusivamente a los aspectos

(11) En cuanto a este carácter de prueba plena, la doctrina notarial, como es lógico, distingue dos aspectos, según se refiera a la propia actividad notarial, que da fe de lo que observa el notario por sus sentidos, y la veracidad de lo manifestado en el negocio que se documenta, que puede adolecer de falsedad, simulación o inexactitud. En este sentido, PLANIOL, LESSONA o GIMÉNEZ ARNAU.

formales del instrumento que accede al Registro, recae sobre el notario la necesidad de enjuiciar la adaptación de lo pretendido por las partes que intervienen en el instrumento público a lo previsto por el ordenamiento jurídico, si no se quiere que tal documentación se constituya en origen constante de litigios o de la necesidad de acudir al sistema de seguro de títulos. En tal sentido, el carácter de jurista del notario se reafirma para convertir al profesional de la fe pública en un funcionario en el que confía el Estado a la hora de enjuiciar el supuesto que llega a su despacho y de redactar el documento de acuerdo con un principio esencial de legalidad.

2. El enjuiciamiento sobre la titularidad y cargas del inmueble objeto de la transacción

El Registro no resuelve plenamente, con un sistema de prueba por presunciones, el problema de la titularidad del transmitente ni el estado efectivo de las cargas o derechos que recaen sobre el inmueble. Esta labor de averiguación forma parte característica de la función notarial, que en algunos ordenamientos alcanza a la propia responsabilidad patrimonial del notario. En tal sentido, el pronunciamiento del Registro se convierte en un elemento auxiliar de la función notarial en cuanto determina, al menos *prima facie*, el conjunto de titularidades inscritas y resuelve, en el mismo sentido relativo, la imposibilidad de accionar por quien no inscribe. Así, de una forma gráfica, puede decirse que el notario mira **«hacia atrás»**. Lo que fundamentalmente le preocupa es que el transmitente que llega a su notaría, exhibiendo un título inscrito o no en el Registro, sea el verdadero titular y que el estado de cargas de la finca que manifiesta responda también a la realidad.

Estas características de la función notarial tradicional nacen, por tanto, en perfecta simbiosis con el sistema registral de inoponibilidad, propio de los ordenamientos de raíz latina, hasta el punto de que esta limitación de los efectos del depósito del documento en el Registro y el resto de las notas diferenciadoras de éste tienen su origen, no sólo en la tradición civil, sino también en la suficiencia inicial del Notariado para resolver los problemas que genera la calificación del negocio documentado y la razonable seguridad en la realidad de la titularidad y cargas de la finca objeto de aquél.

Sin embargo, el sistema de registro de documentos, tanto en su versión latina como anglosajona, la primera apoyada en un Notariado plenamente técnico de tipo latino, y la segunda carente de una institución de este tipo, está evolucionando actualmente hacia fórmulas propias del registro de derechos, puesto que el simple principio de inoponibilidad, aunque produce efectos relativos en el campo procesal, al no resolver la preferencia interna

de los titulares inscritos, exige como remedio, o la decisión judicial ulterior, o la póliza de seguro que, en su caso, permita la indemnización del titular perjudicado, bien por la sentencia, o bien por el mero anuncio del litigio (12).

Ello hace necesario examinar la función notarial en este segundo tipo de registros más evolucionados desde el punto de vista técnico, en la medida en que sus efectos inciden, lógicamente, en todos los ámbitos del tráfico de inmuebles.

C) LA FUNCIÓN DEL NOTARIO EN LOS SISTEMAS DE REGISTRO DE DERECHOS

La aplicación en otros ordenamientos de los principios presuntivos germánicos da lugar, evidentemente, a una evolución o transformación relativa del Notariado en el campo de la contratación inmobiliaria. De todas formas, esta evolución no es la misma en todos los registros de este tipo, sino que habrá que examinarla en función de las características de cada uno de ellos. A tal fin, debe distinguirse entre aquellos ordenamientos civiles que desvinculan el negocio causal del que provoca la transmisión y, de otra, aquellos en los que inscripción no puede producirse si no es como consecuencia de un título previo válido y perfecto de carácter causal.

Ahora bien, con carácter previo a esta distinción, hay que tener en cuenta que una de las labores más importantes del Notariado latino en los sistemas de inoponibilidad, es decir, la averiguación y constatación de las facultades dispositivas del transmitente y del estado de cargas de la finca objeto de la transacción, o desaparece plenamente o disminuye de forma sensible, puesto que ambas funciones constituyen precisamente el fin básico del registro de derechos. En tal sentido puede decirse que el notario mira «hacia adelante», puesto que la situación jurídica del inmueble, previa a la transacción, *ex ante* contrato, viene resuelta por el pronunciamiento registral.

De acuerdo con estas ideas, se examinará a continuación la clasificación de los registros a que antes se ha hecho referencia, si bien de forma muy simplificada, pues sólo se pretende destacar aquellas peculiaridades que influyen directamente en la actuación notarial.

(12) Este fenómeno se detecta perfectamente en algunos países como Francia, que aunque mantienen como efecto esencial el de inoponibilidad, han modernizado claramente su sistema a través de normas como el Decreto de 7 de enero de 1957, complementado con disposiciones posteriores, o Inglaterra, que sustituye su antigua institución registral «Land charges register» por el nuevo sistema del «Land Registry», mucho más próximo al registro de derechos.

a) *Sistema de transmisión abstracta*

Su rastro ha de buscarse, de forma prácticamente única, en el sistema alemán y, en alguna medida, en el sistema australiano. En el primero, más característico y estudiado, la transmisión inmobiliaria se apoya en un negocio real de transmisión en el que se vierte formalmente la intención de transmitir y de adquirir el dominio u otro derecho real, de forma que la adquisición o la constitución del derecho no surge hasta que haya tenido lugar el acto de inscripción. En tal sentido, dicha inscripción puede decirse que es esencialmente constitutiva, pues el negocio real de transmisión no es sino el vehículo formal que sirve para la práctica del asiento, sin que alcance a otros fines. Además, es necesario destacar que la existencia, inexistencia, validez o ineficacia de otro negocio jurídico obligacional anterior no influye en absoluto en el negocio traslativo descrito, que se desvincula o abstrae plenamente del negocio previo, cualquiera que sea la forma en que haya sido documentado (13).

Cuando el ordenamiento responde a este tipo de registro, la función notarial se reduce a la autorización de escrituras públicas que tengan por objeto el negocio obligacional que, en su caso, pueda dar lugar a una transmisión posterior, con simples efectos de reclamación por incumplimiento o de enriquecimiento sin causa, así como en el propio negocio traslativo real, con efectos de irrevocabilidad de lo acordado, aunque no es necesaria la forma notarial para este acuerdo. En tal medida, desaparece la tarea notarial de averiguación y calificación de la titularidad precedente, y además, resulta innecesaria la intervención del fedatario en la formalización del negocio jurídico real traslativo, cuyo contenido es de una gran simplicidad.

Por esa razón no puede hablarse en sentido propio de un Notariado de tipo latino, al menos en lo que se refiere al tráfico inmobiliario, hasta el punto que se define como un subtipo especial denominado Notariado germánico. De todas formas, se trata de un sistema sometido a crítica y que, además, no ha trascendido a otros ordenamientos, situados en la órbita de los que se examinan a continuación.

(13) La preocupación porque la preparación técnica del notario sea la precisa y suficiente ha dado lugar a algunas opiniones como la de JUAN DÍAZ FRAILE, que estima que los ordenamientos apoyados en las características de un registro de derechos tomen precauciones a la hora de la inscripción de documentos provenientes de otros países menos exigentes sobre la formación del Notariado, es decir, cuando el fedatario no pertenezca al grupo de los del Notariado latino. Así, en su trabajo, «Incidencia del Derecho comunitario en el contenido de los Registros de la Propiedad y del Notariado», en *Revista de Noticias de la Unión Europea*, 1996.

b) *Sistema de transmisión causal*

En los sistemas de registro de derechos en los que la inscripción se apoya directamente en el negocio traslativo civil, la situación cambia completamente. Se trata de aquellos supuestos en los que los legisladores nacionales, tomando como base de la eficacia del asiento registral los precedentes germánicos, organizan el registro de modo que a éste accede directamente el negocio jurídico por el que se trasmite el dominio o se constituye o extingue un derecho real. En tal sentido, se suprime el acuerdo traslativo abstracto y formal y el documento en que se formaliza la transacción inmobiliaria se inscribe directamente.

Pues bien, con independencia de que la inscripción tenga carácter constitutivo o declarativo o, dicho de otra forma, que la eficacia de la transacción se ligue o no a la dicha inscripción, este sistema supone en todo caso que el documento en que se formalice la transacción y el negocio jurídico documentado se sometan a una decisión del registrador sobre el cumplimiento de todos los requisitos exigibles al título, pues el sistema descansa en la base de que en el Registro se inscriban únicamente negocios adaptados plenamente al ordenamiento jurídico y se publiquen exclusivamente derechos que no ofrezcan duda sobre su contenido y eficacia. En definitiva, como decía al comentar esta modalidad de registro, se trata de que el adquirente pueda confiar plenamente en que el derecho que adquiere no está sometido a más limitaciones que las que surgen del folio registral y que el transmitente goza de poder de disposición sobre el mismo, de forma que la realidad extrarregistral no le afecte en absoluto.

En estos sistemas es posible que se den dos situaciones:

- Que la formación del título inscribible se lleve a efecto sin intervención de un notario de tipo latino. El supuesto, por razones esencialmente históricas, tiene lugar en los países anglosajones que están evolucionando hacia un registro de derechos, pero no hacia la formación de un Notariado con formación técnica y organizado como una institución pública.
- Que el Notariado conserve las características de su organización originaria en los ordenamientos de tipo latino, con las modificaciones que exige el sistema de registro de derechos.

La cuestión consiste en determinar si la existencia, permanencia y perfeccionamiento de la función notarial es conveniente en estos sistemas de registro. Dicho de otra forma, si el establecimiento de principios presuntivos positivos del asiento registral genera un debilitamiento del Notariado o una pérdida de sus señales históricas de identidad, problema que no se suscita en los ordenamientos jurídicos consolidados, pero que puede surgir, y de hecho

está surgiendo, en países que meditan actualmente sobre el sistema que más se adapta a su tradición y a sus necesidades. Se trata de una cuestión fundamental, en la medida en que una decisión equilibrada sobre la materia puede favorecer claramente a la nación de que se trate y, a la inversa, una política precipitada o poco meditada puede originar múltiples problemas en la seguridad del tráfico inmobiliario.

A mi juicio, no se trata de elegir entre un sistema registral apoyado en el principio de inoponibilidad y un Notariado latino clásico y un sistema de registro de derechos que genere un debilitamiento de las características del notario latino. Este planteamiento es erróneo, en la medida en que el registro de derechos necesita indispensablemente, no ya el mantenimiento del Notariado, sino la acentuación de sus características. En tal sentido, los ordenamientos que se apoyan en un registro de este tipo, prescindiendo del Notariado, muestran su principal debilidad en la carencia de un profesional especializado en la preparación del título inscribible. Esta carencia ha de suplirse mediante la intervención del «solicitor» y del abogado en sentido propio, así como con la presencia de testigos que acrediten al registrador la veracidad de determinados hechos o declaraciones, lo que da lugar a un peligro evidente de proliferación de supuestos de falsificación o error, además de un aumento sensible de los costes de transacción.

Sin embargo, no son los inconvenientes anteriores los más importantes, pese a su evidente trascendencia, los que aconsejan la introducción y desarrollo del Notariado latino en los ordenamientos que apoyan la seguridad del tráfico en modelos de registro de derechos. Se trata de razones de mucho más calado. En efecto, en los sistemas de registro de derechos, en los que la inscripción está dotada de presunciones positivas de existencia y pertenencia del derecho, principio de legitimación y de protección absoluta del tercero que adquiere confiado en el contenido del Registro, principio de fe pública que se suele admitir en diferentes grados y condiciones, necesitan apoyarse en un principio esencial que tradicionalmente viene denominándose de legalidad. No todos los títulos en sentido material, es decir, los contratos y convenciones capaces de generar una transmisión inmobiliaria, acceden al Registro, sino que es necesario, además, que tales convenciones se ajusten estrictamente al ordenamiento jurídico, puesto que de otra forma no podrían establecerse efectos tan violentos del registro, que solamente pueden generarse si se tiene la garantía de que el título que motivó el asiento es perfecto desde el punto de vista de su adaptación a la norma objetiva.

Pues bien, este principio de adaptación al ordenamiento jurídico del negocio de transmisión del dominio o de la constitución de derechos debe desenvolverse en dos planos, referido el primero a la redacción del documento inscribible, y el segundo a la actividad del registrador como filtro de legalidad. Esta exigencia doble debe acentuarse en proporción directa a dos ideas:

- De una parte, la eficacia de la propia inscripción. En cuanto dicha eficacia da lugar a un conjunto de presunciones de contenido amplio, que permiten un grado de confianza pleno del adquirente en el contenido del registro, la aplicación del principio de legalidad debe ser más estricto, de más alto perfil, pues en otro caso la culminación registral de la transacción inmobiliaria podría dar lugar a situaciones extraordinariamente perturbadoras de la seguridad jurídica.
- De otra, la aplicación del principio de legalidad ha de ser más severa y técnica cuando, además de los efectos propios del sistema, el criterio que se admita en orden al tipo y características de los derechos inscribibles tiene carácter abierto. En este sentido, si el sistema de registro es muy versátil y admite no solamente figuras de derechos plenamente identificados con la norma, sino además otras figuras distintas, que, con la misma eficacia, permitan modalidades distintas de explotación de los inmuebles, la definición técnica de la transacción, en ambas fases de legalidad notarial y registral, resulta más difícil y compleja.

En función de estas ideas, las características del Notariado latino que aparentemente se difuminan ante un sistema de registro plenamente desarrollado, cobran una mayor importancia. El sistema de registro de derechos necesita inevitablemente que los títulos que acceden a la publicidad libraria hayan sido intervenidos por un notario que reúna todas las características que tradicionalmente vienen predicando en la organización de la fe pública notarial, es decir, su carácter de profesional controlado por el Estado y, sobre todo, su formación profesional acreditada, pues este sistema es el único que permite varias ventajas incontestables:

- En primer lugar, la confianza del ciudadano en que el profesional que atiende a sus necesidades, dentro de un esquema de libre elección, responde con su preparación técnica y con la eficacia probatoria de su intervención a la validez y a la prueba plena del negocio documentado.
- En segundo término, la mejor organización del Registro, de forma que la apreciación de la legalidad del título inscribible por el registrador venga facilitada por un estamento profesional con plena preparación, tan conocedor de la técnica registral como el propio funcionario encargado del Registro (14).

(14) La preocupación porque la preparación del notario sea la precisa y suficiente, ha dado lugar a algunas opiniones como la de JUAN MARÍA DÍAZ FRAILE, que en el contexto de Europa estima que los ordenamientos nacionales, apoyados en las características de un registro de derechos, deben tomar precauciones a la hora de admitir la inscripción de documentos provenientes de otros países menos exigentes en la formación profesional del fedatario habilitado para la formalización del documento inscribible, es decir, cuando

- Por último, la disminución de costes al ciudadano que genera el monopolio natural de la función notarial organizada por el Estado, que facilita el control por el poder público de las percepciones profesionales del notario. Este control sólo es posible, evidentemente, si el Notariado tiene carácter público.

Ahora bien, frente al sistema del doble control de legalidad del negocio de transacción inmobiliaria suele oponerse la idea de que resulta innecesaria la coexistencia de dos actuaciones calificadoras distintas, sucesivas, del mismo alcance y que generan, aparentemente, un coste añadido y una mayor complejidad en el trámite. Si ya ha calificado el notario, ¿para qué el control ulterior del registrador? Por el contrario, si el control de legalidad se encomienda al registrador, ¿para qué una intervención notarial de tipo profesional y técnico? La contestación a esta pregunta, cargada de superficialidad, es obvio, sobre todo si se tiene en cuenta la diferente función que uno y otro desempeñan. No se trata de una doble calificación, sino de dos formas de enjuiciar el negocio traslativo, por lo que resulta necesario distinguir ambas.

1. La intervención técnica del notario latino y la formación jurídica de la transacción inmobiliaria

Se decía antes, al comentar la función notarial en los sistemas registrales inspirados en el efecto de inoponibilidad procesal, que el notario mira «hacia atrás», en la medida en que le es imprescindible la averiguación de la titularidad y el estado de cargas de la finca objeto del negocio jurídico que ha de documentar. Por el contrario, en el sistema de registro de derechos, esa función desaparece, puesto que el pronunciamiento tabular resuelve el problema. Sin embargo, es necesario precisar que no es esta la cuestión. El notario ha de recibir las manifestaciones de las partes y su intención negocial que, en definitiva y en términos económicos, implica el alcance del tipo de explotación y de disfrute del bien que se pretende adquirir. En tal sentido, aunque no se tenga que preocupar del precedente, el notario ha de desarrollar una actividad compleja que se centra en los siguientes puntos:

- Ha de adecuar la voluntad de las partes al tipo jurídico de contrato conveniente en cada caso y ha de ajustar las características del derecho que se crea o se transmite al contenido económico de las facultades que pretende ejercitar el adquirente.

aquél no ejerza sujeto a las exigencias del Notariado latino. Así, en su trabajo, «Incidencia del Derecho comunitario en el contenido de los Registros de la Propiedad y del Notariado», en *Revista de Noticias de la Unión Europea*, 1996.

- Ha de llevar a efecto esta función de creación de acuerdo con los intereses de ambas partes, lo que en muchas ocasiones no resulta fácil, debido a la condición de superioridad económica de una de ellas.
- Ha de actuar de acuerdo con las exigencias cada vez más complejas del total del ordenamiento jurídico, especialmente en materia de tributación fiscal, de aplicación de normas de derecho agrario o urbanístico, de inversiones extranjeras o de otras similares, cada vez más numerosas, cuyo cumplimiento puede llevarse a efecto directamente en el instrumento público o con más frecuencia, ser objeto de advertencia. En este último caso, el notario no exige para formalizar el acuerdo que el requisito se cumpla, pero hace constar a las partes que el incumplimiento puede hacer ineficaz dicho acuerdo, con los matices necesarios en cada caso.

De todas formas, el elemento básico nace de la nota señalada en primer lugar. Lo esencial, que el notario adapte el negocio documentado a los intereses y manifestaciones de las partes, aspecto que no puede desarrollarse fuera del esquema del Notariado latino, puesto que esta labor exige una preparación jurídica de muy alto nivel que cada vez es más necesaria en el complejo mundo del tráfico sobre inmuebles.

2. El control de legalidad desde el punto de vista registral

El registro de derechos está sujeto a un principio de organización esencial, si se quiere que sus fuertes efectos protectores constituyan, efectivamente, un sistema adecuado de derecho preventivo. Tal principio se basa en el encargo del enjuiciamiento de la legalidad de los títulos que pretenden acceder al registro a un funcionario del Estado, con una preparación jurídica de muy alto nivel, dotado de independencia en su decisión calificadora y sujeto a responsabilidad por razón de sus errores o de su negligencia inexcusable. En otro caso, podrían producirse toda clase de disfunciones e inconvenientes, puesto que el efecto legitimador del asiento daría lugar a la protección de titulares carentes de legitimidad (15).

Ahora bien, esta tarea calificadora del registrador es de signo distinto a la que lleva a cabo el notario. Es cierto que en ambas se utilizan similares datos

(15) En este sentido, el IV Congreso Internacional de Derecho Registral, México, 1990, hace una serie de declaraciones en el apartado I de la Carta de México, que sin llegar a definir la figura del registrador, tema siempre complejo, dada la diferencia de sistemas, parte de la base de la «necesaria calificación con ajuste al principio de legalidad y a los antecedentes del registro», de acuerdo con un «marco orgánico que garantice una plena autonomía funcional».

y conocimientos técnicos, pero su razón de ser y su finalidad son diferentes. En tal sentido, puede decirse que las características del juicio de legalidad registral son las siguientes:

- La calificación del registrador hace abstracción plena de los intereses y de los motivos que inducen a las partes a la transacción, a diferencia de la actuación notarial, puesto que la proximidad del fedatario a los interesados puede generar presiones que influyan en la redacción técnica del negocio documentado.
- Además, el registrador contempla exclusivamente el ajuste del negocio documentado a la legislación aplicable al mismo, sin intervenir en la formación del negocio mismo ni en la elección de la fórmula utilizada en el título. Podría decirse que el notario redacta a partir de las manifestaciones de las partes, mientras que el registrador califica únicamente en función de la documentación que tiene a la vista y de la norma legal.
- Por otra parte, la calificación debe alcanzar, además del ajuste del negocio documentado a la norma aplicable, a los aspectos formales del documento y la eficacia del acto dispositivo en base al estado registral de cargas y las facultades del transmitente que resultan de los asientos anteriores y que puede coincidir o no con la apreciación notarial. Esta falta posible de coincidencia se resuelve hoy con mecanismos de información inmediata e, incluso, con medidas muy discutidas como la reserva de prioridad o el «caveat».
- Por último, como elemento básico, el registrador comprueba el cumplimiento de todos los requisitos legales con total independencia de que hayan sido advertidos o no por el notario. Este último punto es cada día más importante, dada la importancia de las exigencias que impone el derecho público al tráfico privado, exigencias que, a veces, son anteriores a la intervención notarial, pero que en otras deben cumplirse con posterioridad.

Pues bien, de ambos juicios de legalidad no se puede señalar cuál es más importante o esencial. Ambos lo son en su respectivo momento, de forma que están íntimamente interconectados. Sin una calificación y asesoramiento previo del notario a las partes y sin una redacción técnica del título inscribible, la labor del registrador sería imposible o, como mínimo, ineficiente. Sin el respaldo de la calificación registral, la tarea del notario, en un sistema de registro de derechos, resultaría peligrosa para el tráfico, puesto que proliferarían los errores y las inexactitudes registrales con las consecuencias perturbadoras de todo tipo para la seguridad de los derechos y del tráfico inmobiliario. Esta idea nos lleva directamente a la conclusión del trabajo.

CONCLUSION. LA DISTINCION ENTRE LAS CARACTERISTICAS Y LA FUNCION DEL NOTARIADO

A la vista de todo lo expuesto, hay una idea que hasta ahora no se ha expresado, a mi juicio, con la suficiente claridad. En el Notariado latino hay que distinguir dos aspectos diferentes. De una parte, las características de la función notarial en este tipo de concepción del fedatario público y, de otra, el contenido y finalidad de la propia función.

a) *Las características de la función notarial*

Los puntos definidores del notario latino que hemos examinado anteriormente, es decir, su carácter de fedatario público, su dependencia de una organización estatal, su independencia profesional y su preparación como jurista, se reconocen unánimemente como esenciales, y sobre este tema no se plantea discusión, puesto que la alternativa es un Notariado de tipo anglosajón cuya función se reparte entre diferentes profesionales, que carece de organización y que da lugar a una preparación de títulos de muy alto coste y difícilmente compatible con un registro de tipo técnico.

b) *El contenido y los fines de la función notarial*

En relación con este segundo aspecto, es necesario afirmar que la labor notarial en el tráfico de inmuebles, con mantenimiento de las mismas características reseñadas, puede ser distinta. El notario puede mirar hacia atrás con una preocupación básica por la titularidad o el estado de cargas del inmueble o del derecho cuya adquisición se pretende. En esta hipótesis, típica de los sistemas de protección del tráfico, basados en el principio de inoponibilidad, el notario es un profesional que asegura al adquirente, en la medida que ello le resulta posible, que quien pretende transmitirle su derecho tiene capacidad y poder de disposición por su conexión legítima con la finca o derecho de que se trate. El título accederá al Registro, que nada o poco añade a los efectos de la intervención notarial con un sistema de calificación de escasa exigencia.

En cambio, en los sistemas de registro con efectos positivos, la publicidad registral resuelve con carácter previo a la intervención notarial la información exacta sobre la situación del derecho que ha de transmitirse, el notario mira hacia adelante. Lo esencial será la configuración del negocio jurídico, con plena adaptación al ordenamiento jurídico, capaz de superar la estricta calificación registral, de acceder al Registro y de producir todos sus efectos.

El error en que se puede incurrir es precisamente el de confundir el mantenimiento de las características del Notariado latino con una de las funciones que puede desempeñar con carácter preferente. Dicho de otra forma, creer que la subsistencia de las características del notario dependen de la organización de un registro con efectos limitados. La situación es exactamente la contraria. El Notariado latino es tanto más necesario cuanto más versátil y más eficaz es el Registro, y ello es lo que da lugar a esta simbiosis entre la función notarial y la registral que en la realidad práctica de los países con registro de derechos suele funcionar perfectamente, salvo en aquellas cuestiones nacidas de discusiones técnicas en las que la opinión de dos juristas especializados, no sólo no resulta perturbadora, sino que produce, muchas veces, resultados útiles (16).

Por tanto, la conclusión es que hay que huir, en el estudio de la relación entre el Registro y el Notariado, de posiciones simples. Los problemas que ha de resolver el derecho preventivo son cada vez más complejos y delicados y de su solución equilibrada dependen muchos intereses colectivos. En tal medida, nuestra obligación es la de meditar sobre las funciones respectivas, tratar de que su eficacia sea cada vez mayor e intentar que su evolución se acomode a las nuevas exigencias de un mercado que cada día exige el tipo de soluciones más eficientes en el plano económico y en el jurídico.

Con estas ideas, en las que he intentado una exposición sencilla, he pretendido dar una visión personal de un problema que, a mi juicio, se plantea a veces de forma equivocada y que no da lugar a estudios doctrinales profundos, quizá por la carga política que puede acompañar a su tratamiento. Sin embargo, creo sinceramente que siempre es mejor discutir los temas con claridad o, por lo menos, con la claridad de que es capaz quien argumenta.

RAFAEL ARNÁIZ EGUREN
Registrador de la Propiedad
Secretario General del Centro Internacional
de Derecho Registral

(16) La interdependencia entre la función notarial y la registral es una materia sobre la que han recaído trabajos muy interesantes de autores españoles especialmente sensibles a la cuestión en el ámbito del propio sistema español, como JOSÉ LUIS MEZQUITA DEL CACHO y MARÍA PURIFICACIÓN GARCÍA HERGUEDAS. También es destacable la constitución en Brasil de una organización profesional, la Asociación de Notarios y Registradores, ANOREG, dirigida a estudiar y a profundizar en lo que resulta común a sus respectivas funciones, en definitiva, lo que les une y no lo que les diferencia.

DICTAMENES Y NOTAS

Alcance y valoración de las causas de separación matrimonial del artículo 82.5 y 6 del Código Civil

INTRODUCCION AL TEMA

Los apartados 5 y 6 del artículo 82 del Código Civil establecen, como causales de separación, *«el cese efectivo de la convivencia conyugal durante seis meses libremente consentido»* (apartado a), y el apartado b) del mencionado precepto, *«el cese efectivo de la convivencia conyugal durante el plazo de tres años»*.

La terminología utilizada por el Código Civil no es correcta, ya que el término «cese» no es, efectivamente, el apropiado, sino que debería decir «cesación» de la convivencia conyugal, que es mucho más expresivo y, sobre todo, más adecuado para dar una idea de lo que el legislador pretende a la hora de configurar estas causales.

La cesación efectiva de la convivencia conyugal implica la ruptura de la comunidad de vida y afecto de los cónyuges, proyectándose en dos dimensiones: De un lado, la ruptura de la cohabitación física de los esposos y, por otro, la ruptura del amor conyugal de la unión espiritual de los cónyuges.

Estas causales van a ser objeto de estudio y análisis seguidamente.

LA SEPARACION CONYUGAL POR CESACION EFECTIVA DE LA CONVIVENCIA DURANTE SEIS MESES LIBREMENTE CONSENTIDO: ANALISIS Y VALORACION

La separación, para ser invocada por esta vía, ha de ser efectiva, real, seria, externa y continuada, destruyendo la convivencia. En otras palabras, la separación ha de ser material, implicando una ruptura de la cohabitación, de

un lado, y su componente espiritual o psicológico. Esta cesación de la convivencia no parece que se avenga, como dispone el artículo 87 de nuestro Código Civil, con el mantenimiento o reanudación de la vida, aunque sea temporalmente, en el mismo domicilio, cuando ello obedezca, en uno o en ambos cónyuges, a la necesidad, al intento de reconciliación o al interés de los hijos y así sea acreditado por cualquier medio de prueba admitido en Derecho en el proceso de separación —o divorcio— correspondiente.

Si ambos cónyuges deciden suspender la convivencia conyugal es necesario, para constituir causa de separación, el citado plazo de los seis meses. Esta separación consensual tiene indudables ventajas. Una de ellas es la ocultación de las causas de separación que, al no salir a la luz pública, evita enconados procesos, siendo también ventajosa la simplificación del procedimiento al no tener que probarse la concurrencia de causas tipificadas de separación (1).

El consentimiento de los cónyuges a la cesación efectiva de su convivencia puede ser expreso o tácito e incluso se admite que sea presunto. Así, el artículo 82.5 del Código Civil expresa que *«se entenderá libremente prestado este consentimiento cuando un cónyuge requiriese fehacientemente al otro para prestarlo, apercibiéndole expresamente de las consecuencias de ello, y éste no mostrase su voluntad en contra por cualquier medio admitido en derecho o pidiese la separación o las medidas provisionales a que se refiere el artículo 103, en el plazo de seis meses a partir del citado requerimiento»*.

Para GARCÍA CANTERO (2), esta separación de hecho no requiere ni tan siquiera el corpus, o sea, el alejamiento físico de los cónyuges, bastando la intención o propósito conjunto de ambos esposos de romper la convivencia. En todo caso, tampoco se exige la concertación de voluntades por la presunción legal que convierte al silencio en declaración afirmativa de voluntad.

Antes de la Reforma del Derecho de Familia, por Ley 30/1981, de 7 de julio, la propia jurisprudencia se mostraba un tanto confusa y perpleja ante la inconcreción del concepto de cese efectivo de la convivencia conyugal, porque no había un punto límite entre el cese o cesación, que es como debiera decirse, y la continuación de la convivencia. Así, la sentencia de 13 de enero de 1982, dictada por el Juzgado de Primera Instancia de San Sebastián, afirmó que *«el cese efectivo de la convivencia conyugal es un término tan impreciso que ni legisladores ni magistrados encuentran respuesta, pues no hay punto límite entre el cese y la continuación de la convivencia»*.

(1) REINA, VÍCTOR, *Culpabilidad conyugal y separación, divorcio o nulidad*, Editorial Ariel, Barcelona, 1984.

(2) GARCÍA CANTERO, GABRIEL, *El divorcio*, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1977.

Desde mi punto de vista estimo que, siendo la cesación consentida por ambos cónyuges, como efectivamente ha de serlo en la causal objeto de estudio y análisis, no habrá problemas a la hora de plantear ni siquiera cuando dicha cesación se produjo o tuvo lugar. Lo normal será que uno de los cónyuges se traslade a vivir a otro sitio, a otro domicilio, con el consentimiento o asentimiento del otro esposo y sin que en esta decisión influyan personas extrañas a la relación matrimonial. Esto quiere decir que la decisión de ambos cónyuges ha de ser libre, espontánea, tomada sin coacciones o interferencias de terceros como, por ejemplo, los padres de uno de ellos. El consentimiento de ambos cónyuges en orden a la cesación de la convivencia conyugal que el propio Código Civil les impone, ex artículos 68 y 69, es el determinante a la hora de valorar y apreciar con el debido rigor y exactitud esta causal. En este sentido, hay que recordar que el artículo 68 del Código establece la obligación que tienen los cónyuges de vivir juntos y que esta obligación, por lo general, se cumple en el seno del domicilio de ambos esposos.

Por su parte, el citado artículo 69 del corpus civil preceptúa que se presume que los cónyuges viven juntos, salvo prueba en contrario. Es, por tanto, una presunción *iuris tantum*, que admite prueba en contrario, como puede serlo, por ejemplo, una certificación en la que conste debidamente el nuevo domicilio de uno de los esposos, así como cualquier otro documento que acredite que la convivencia conyugal ha cesado.

Tengamos en cuenta que estamos ante una causal de separación que no es contenciosa o, al menos, que no debiera serlo, por lo que el acuerdo entre ambos cónyuges es requisito ineludible para proceder a través de esta vía.

El tiempo exigido por el legislador, seis meses, parece ser lo suficientemente amplio como para poder prever que la pareja matrimonial no tiene intención de reanudar la convivencia, si bien en el marco de las intenciones de los cónyuges hay que contar con el hecho, ineludible, de que las previsiones, a veces, no se cumplen y puede suceder —y de hecho sucede— que, en un momento determinado, la pareja vuelva a unirse, a reanudar su convivencia abandonada, con lo que, a pesar del tiempo transcurrido, esta causal carecería, en esos supuestos, de aplicación, como lógicamente hay que deducir de la normativa del Código Civil.

La jurisprudencia anterior a la reforma, como ya ha quedado expuesto anteriormente, se mostraba, efectivamente, perpleja ante la referencia al tiempo exigido por el legislador civil en esta materia tan espinosa y delicada como lo era hace muchos años. Se llegó a mostrar, incluso, desacuerdo ante la alusión a la cesación de la convivencia, expresando que el Código Civil de Portugal no hacía alusión alguna a esta materia en su artículo 1.775. Incluso se afirmaba que el Código portugués no exigía ninguna condición especial, ya que el artículo 1.776, número 3, solamente preveía que el deber de cohabitación queda en suspenso o suspendido.

Tampoco la Ley italiana aludía a este requisito, ex artículo 3 de la Ley de 1 de diciembre de 1970.

Sin embargo, el legislador español se consideró, en cierta manera, obligado a dar un plazo, un lapso de tiempo, concretando en que éste había de ser de seis meses.

Con frecuencia se da el caso, planteado por VÍCTOR REINA (3), de que los cónyuges estén de acuerdo en la cesación efectiva de la convivencia conyugal, siendo su deseo, efectivamente, el dejar de vivir juntos con vistas a una próxima separación, pero, aunque estén de acuerdo en separarse, discrepen en relación con el tema de los hijos, o en los aspectos económicos o en cualquier otro ámbito de la vida en común hasta ese momento mantenida. Para estas discrepancias, si no hay manera de superarlas, debería estar el juez, pero existiendo la posibilidad de someter al arbitrio judicial esos puntos controvertidos, sin necesidad de tener que pelearse también sobre las causas o motivos de la separación, ya que ambos cónyuges, en este supuesto, han dado por buena y por inevitable ésta. Según VÍCTOR REINA, aunque parezca increíble, no está prevista legalmente esta posibilidad, de modo que, si en algún punto concreto no hay acuerdo, para hacer entrar al juez hay que plantear esos temas en el seno de una separación por culpa, o sea, acusándose mutuamente de haber incurrido en «culpas conyugales», con todo lo que ello implica y supone de empozoñamiento y envenenamiento de las situaciones familiares.

En este último supuesto, siempre a juicio de este autor, se puede recurrir a plantear la separación por «causa legal», es decir, por la cesación efectiva de la convivencia conyugal durante el lapso de tiempo marcado por la normativa civil, mereciendo la crítica de algún sector doctrinal.

Una sentencia de la Audiencia Territorial de Barcelona, de 21 de septiembre de 1983, declaró que, para esta causal de separación examinada, la única exigencia, como elemento absolutamente decisivo, era el cese —vuelvo a insistir que el término no es apropiado— efectivo de la convivencia conyugal durante un período de tiempo más o menos largo, según los casos, de tal modo que esa situación de hecho signifique y revele que la voluntad de uno o de ambos cónyuges no es el resultado de una decisión brusca y momentánea, sino la expresión consciente y deliberada y, por lo tanto, firme, de la imposibilidad de una convivencia matrimonial, cualquiera que sea la culpa que la produce y, ante esta constatación, la Ley permite resolver aquello que, a lo largo de un tiempo prudencial, se ha mostrado inviable.

Al legislador civil le debe importar, ante todo, el hecho en sí mismo, es decir, cuando una pareja matrimonial decide poner punto final a su convivencia, debe haber razones, quizá poderosas, quizá más que suficientes para ello

(3) REINA, VÍCTOR, obra citada en nota 1.

y, por tanto, es esencial facilitar las cosas, al objeto de que esa pareja pueda separarse. Desde mi punto de vista, lo esencial en una legislación que pretenda ser progresista en el marco del Derecho Matrimonial es buscar soluciones o remedios para aquellos matrimonios que, ineludiblemente, están rotos, y esas soluciones o remedios pasan, sin duda, por facilitar, en la medida de lo posible, la separación de esos cónyuges y nunca para entorpecerla.

Según LACRUZ BERDEJO (4), lo esencial en esta causal es la cesación del amor conyugal, de lo que se denomina la *affectio maritalis*, expresando que el inconsumimiento del otro cónyuge puede también ser expreso, probable por cualquier medio legal, y presunto, consistente en interponer la demanda de separación o en solicitar las medidas previas, ex artículo 104 del Código Civil, en relación con el artículo 103.

Si el otro cónyuge no consintiese ni tampoco inconsintiese expresamente, el cómputo de los seis meses no se iniciará desde la cesación efectiva de la convivencia conyugal, sino del requerimiento fehaciente.

Según exponen algunos autores en relación con esta causal de separación matrimonial (5), en relación a la falta de convivencia por seis meses que configura esta causa quinta del artículo 82 del Código Civil, vale la pena resaltar, aparte de las indicaciones sobre los designios de política legislativa que parecen inspirarla, que su contenido, aún sin tasar estrictamente la prueba del libre consentimiento en el cese efectivo de la convivencia, configura una prueba privilegiada al dar a las previsiones del supuesto hipotético del precepto el valor de presunciones, siquiera con el carácter habitual de *iuris tantum*, ex artículo 1.251 del Código Civil, sobre el ser libremente consentida la falta de convivencia semestral que conforma la causal de separación.

Destacan estos autores, además, que desde el punto de vista de la virtualidad funcional del precepto, aunque las presunciones aludidas se refieren a ser libremente consentido el cese de la convivencia, si, por otra parte, se puede probar el hecho del cese por seis meses de ésta, la demanda de separación, con alegación de cualquier causa, y la solicitud de las medidas provisionales del artículo 103 del Código Civil presentadas dentro del plazo referido por uno de los cónyuges, legitiman al otro para pedir también la separación en vía reconvencional, con alegación de esta causal quinta del artículo 82 del Código Civil.

Una sentencia de la Audiencia Territorial de Sevilla, de 28 de julio de 1987, declaró que «la causa quinta del artículo 82 del Código Civil, única

(4) LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS, y SANCHO REBULLIDA, FRANCISCO DE ASÍS, *Elementos de Derecho Civil*, tomo IV, Derecho de Familia conforme a las Leyes de 13 de mayo y 7 de julio de 1981, Librería Bosch, Barcelona, 1982.

(5) PONS GONZÁLEZ, MANUEL, y DEL ARCO TORRES, MIGUEL ÁNGEL, *Separación, divorcio y nulidad matrimonial: Régimen jurídico (teoría, praxis judicial y formularios)*, Editorial Comares, Granada, 1985.

invocada en la demanda, para que sea estimable exige la concurrencia de dos requisitos, el cese efectivo de la convivencia a esta situación a través del requerimiento de un cónyuge debe hacer al otro para que preste el consentimiento; requerimiento necesariamente fehaciente en el sentido de que haga fe por sí mismo, tal como el acta notarial, sin posibilidad de sustitución por otras pruebas practicadas en el juicio; ocurriendo en el presente que la carta enviada por conducto notarial por la esposa actora al marido demandado fue devuelta por ausencia del destinatario, y la declaración de un testigo, empleado de la Notaría, de haber solicitado y serle entregada copias simples del acta notarial al esposo, resulta, a tenor de los principios enunciados, acordes con el criterio jurisprudencial, insuficiente para reconocer cumplido el segundo de dichos requisitos, procediendo, en su consecuencia, desestimar la demanda, con revocación de la sentencia recurrida, salvo en el particular relativo a las costas adecuado a las circunstancias del caso».

Pueden, efectivamente, surgir problemas a la hora de apreciar que la cesación de la convivencia conyugal ha sido libremente consentida. En este sentido, es interesante citar alguna sentencia como, por ejemplo, la dictada por la Audiencia Territorial de Zaragoza, el 4 de marzo de 1987, «...si bien es cierto que los esposos llevan efectivamente separados desde finales del mes de octubre de 1984, no es menos cierto que este cese no ha sido libremente consentido, en primer término, porque ningún cónyuge requirió fehacientemente al otro para que prestase su consentimiento; en segundo lugar, porque el marido denunció a la mujer por abandono de familia el 24 de octubre de 1986 y, en tercer lugar, porque la esposa promovió las medidas previas a la separación ante el Juzgado de Primera Instancia de L..., el 15 de noviembre de 1984; por todo lo cual procede la desestimación del recurso».

En determinadas situaciones, no es necesario llegar al juego de presunciones que la propia normativa civil acoge para esta causal de separación matrimonial. Así lo reconoció, sin duda, la sentencia de la Audiencia Territorial de Cáceres, de 10 de noviembre de 1987, «la sentencia de instancia en el proceso de separación..., es consentida por ambos litigantes en cuanto a la concurrencia de la causa de separación que acoge, definida por el cese efectivo de la convivencia conyugal, durante seis meses, libremente consentido, a que hace relación el artículo 82.5 del Código Civil. Siendo así que asumido está aquel cese de convivencia y la libertad de su consentimiento por ambos cónyuges, cuando el convenio regulador que se propone disciplinar la separación, con fecha de 7 de agosto de 1985, contiene el acuerdo desde tal momento del cese de la convivencia matrimonial, lo que averado por ambos con su firma auténtica en confesión, determina que no sea necesario llegar al juego de presunción que el propio artículo 82.5 añade, al significar el entendimiento de consentir libremente prestado por requerimientos fehacientes al respecto de uno a otro cónyuge, pues si ambos lo acuerdan, tal con-

cierto ostenta más que suficiente eficacia para afirmar que la convivencia rota se reconoce, y termina de hecho, con trascendencia para integrar la causa disociatoria que soporta la demanda, una vez cubierto el lapso de tiempo que la condiciona».

Según MARÍA DEL ROSARIO VALPUESTA FERNÁNDEZ (6), en un plano teórico, la separación de hecho es aquella que culmina en la celebración de convenios que regulen sus efectos y, en principio, tiene la misma justificación que el mantenimiento de la separación judicial, en el sentido de ser una fórmula válida de solucionar la crisis conyugal que, sin llegar a la disolución del vínculo, permite a los cónyuges vivir separados con un régimen jurídico adecuado a su nueva situación. El carácter traumático que, con anterioridad a la Reforma del Derecho de Familia revestía la separación judicial, ha desaparecido con esta nueva regulación, suponiendo esta conquista la remoción, quizá, del motivo más importante que justificaba la propia separación de hecho. Pero, asimismo, se ha introducido como causa de separación judicial el simple acuerdo de los esposos.

La separación de hecho se convierte así en una realidad social, extrajurídica incluso, aunque esté definida por el Ordenamiento Jurídico por una sola nota y ésta sea negativa: La no convivencia de los cónyuges.

En definitiva, desde mi punto de vista, lo que verdaderamente importa en esta causal de separación matrimonial es la ruptura de la convivencia marital, rompiéndose, de esta manera, la obligación que los cónyuges, por imperativo del Código Civil, tienen de vivir juntos.

El artículo 105 del Código Civil, con anterioridad a la Reforma del Derecho de Familia por Ley de 7 de julio del 81, no contenía esta causa de separación, ni tampoco la recogía el artículo 85 de la Ley de Matrimonio Civil. Del mismo modo, no aparecía configurada como tal causa en la Ley de Divorcio de 1932.

Según CARLOS MARÍA ENTRENA KLETT (7), sobre la base de la cesación efectiva de la convivencia conyugal, el Código Civil prevé dos posibilidades: *a)* Que dure seis meses, al menos, y sea libremente consentida, y *b)* La cesación efectiva de la convivencia durante tres años, causal esta a la que aludo más tarde.

En el primer caso, es decir, en la causal que estoy contemplando, se entiende que es libremente consentida la ruptura convivencial cuando hay un acuerdo privado, verbal o escrito, en el que así lo convengan los esposos. Será ésta la situación más corriente, aunque el Código Civil no la explicita.

(6) VALPUESTA FERNÁNDEZ, MARÍA DEL ROSARIO, *Los pactos conyugales de separación de hecho: historia y presente*, Universidad de Sevilla, 1982.

(7) ENTRENA KLETT, CARLOS MARÍA, *Matrimonio, separación y divorcio en la legislación actual y en la historia*, Editorial Aranzadi, 1982.

Igualmente, es posible, en esta causal, que uno de los esposos requiera fehacientemente al otro para manifestar su consentimiento a la cesación de la convivencia. En este supuesto, el requerimiento, además de hacerse fehacientemente —por conducto notarial, por medio de carta certificada con acuse de recibo y firmada, al menos, por dos testigos hábiles legalmente—, debe prevenir al otro cónyuge en forma expresa de las consecuencias del consentimiento prestado o de la negativa al consentimiento, consecuencias que son claras: La probable demanda de separación judicial. Si el requerido no contesta al requerimiento oponiéndose al mismo por cualquier medio admitido en Derecho o solicita ante los Tribunales, adelantándose, la separación matrimonial o la adopción de las medidas provisionalísimas o previas, se entenderá aquiescente con la solicitud del contrario.

Esta presunción legal fue introducida por la Comisión de Justicia del Parlamento y, pese a su equívoca redacción, obtuvo el refrendo. Pero, como cualquier otra presunción, puede ser destruida por la prueba en contrario, si bien será una difícil probanza.

Una sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, de 25 de febrero de 1993, confirmó, efectivamente, que *«en cuanto al primer motivo del recurso, relativo a la causa de separación invocada, en virtud de lo que dispone el número 5 del artículo 82 del Código Civil, es de destacar que el cese efectivo de la convivencia conyugal viene acreditado, suficientemente, por el acta notarial, aportada con la demanda, al que se une un tácito consentimiento de la demandada, al contestar la demanda, sin que quepa su denegación, como lo hace el juzgador de instancia, por no haberse cumplido en el requerimiento el requisito de apercibimiento expreso de las consecuencias de la prestación del consentimiento, criterio a todas luces rigorista, porque la propia interpretación literal de la norma (art. 3.1.º del Código Civil) debe llevar a la conclusión de que su aplicación procede en todos aquellos casos —cual aquí ocurre— en los que, por cualquier medio, se acredite aquel elemento básico del cese de la convivencia, mediante el consentimiento de ambos cónyuges, y que la segunda parte del precepto comentado se limita a establecer un medio de prueba de tal libre consentimiento, por vía presuntiva, cuando requerido el cónyuge en la forma legalmente prevista, no reacciona del modo contrario que la ley regula, sin excluir, además, que la prueba de separación, cual acontece en este supuesto, libremente acordada, conste por otros medios, como lo es el tácito reconocimiento de la demandada, y siendo esto así, procede estimar la causa de separación invocada»*.

Cuando falta la acreditación de que la separación de hecho haya sido libremente consentida por ambos cónyuges, es decir, que se haya producido de mutuo acuerdo, los Tribunales tienden a desestimar la demanda de separación por este motivo 5.º del artículo 82 del Código Civil. En este sentido, es interesante traer a colación en este momento una sentencia dictada por la

Audiencia Provincial de Málaga el 25 de febrero de 1999, *«contra la sentencia de instancia que desestima la demanda de separación matrimonial interpuesta en base a cese efectivo de la convivencia conyugal durante seis meses libremente consentido (apartado 5.º del art. 82 del Código Civil), se alza la actora solicitando en la vista del recurso que se admita y declare la separación, habida cuenta que en confesión judicial el demandado reconoció la separación fáctica y la consiguiente adopción tácita entre los esposos de una serie de medidas reguladoras de tal situación, de lo que se infiere el consentimiento en el cese de la convivencia, tal y como queda corroborado por la actitud procesal del marido, rebelde en ambas instancias, que no comparece en el pleito y la acreditada falta de affectio maritalis, que erige también como fundamento de su pretensión.*

El representante del Ministerio Público, haciéndose eco de las razones contenidas en la sentencia combatida, interesó su confirmación por ser ajustada a derecho, toda vez que, habiendo abandonado la esposa el domicilio conyugal, y aunque el marido acepte tal hecho, no queda claro que lo consintiera libremente, siendo así que no existe la causa legal invocada para acordar judicialmente la separación conyugal.

El Fundamento de Derecho Segundo de esta interesante sentencia destaca que es difícil llegar a estimar una causa de separación fundamentándola, precisamente, en que el cese de la convivencia —cesación, como es más correcto decir— sea libremente consentido, o, en otras palabras, que la separación de hecho se haya producido de mutuo acuerdo, circunstancia esta que no fue acreditada, ni se infirió de la confesión del demandado, careciendo de virtualidad suficiente su actitud a efectos de presumir que diera su conformidad a que la actora saliera del domicilio conyugal. El demandado reconoció, no obstante, que era cierto que vivían separados desde junio de 1996, pero que de ello no cabía concluir que hubiera libremente consentido tal situación, con independencia de que se plasmara o no en algún documento.

La sentencia consideró que no era exclusiva la presunción de tal consentimiento por el medio que el legislador establece en la proposición 2.ª del apartado 5.º del artículo 82 del Código Civil, o sea, el requerimiento fehaciente hecho por uno de los cónyuges al otro, con el fin de que el requerido preste o no su consentimiento a la separación de hecho, con el apercibimiento de que el mismo se dirige a los fines de preconstituir la prueba de que existe una causa que permite instar la separación judicial.

Existen otros medios probatorios a través de los cuales puede obtenerse el convencimiento de tal presupuesto, tal como hace ver la mencionada sentencia malagueña.

El apartado 6 del citado artículo 82 de nuestro Código Civil establece lo que se ha denominado «separación de hecho no consentida»: *«El cese efectivo de la convivencia conyugal durante el plazo de tres años».*

Según LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA (8), aunque no medie consentimiento expreso ni tácito, ni siquiera presunto, del otro cónyuge (abandono o expulsado del hogar conyugal), porque no sólo no lo exteriorizó y no medió requerimiento, o porque exteriorizó su desacuerdo, la cesación efectiva de la convivencia conyugal sigue siendo causa, aunque más diferida, de separación judicial, a tenor de este apartado del precepto civil.

En esta causal late una intención importante y es la de, aunque resulta paradójico, no exigir el legislador causa alguna determinante de la separación de los cónyuges. Esto quiere decir que simplemente la mera ruptura de la convivencia durante tres años es el punto de partida, la base, en definitiva, o el fundamento legal para instar la demanda de separación, tal como algún sector doctrinal en nuestro país ha puesto de manifiesto con agudeza (9).

De esta manera, el legislador abre las puertas a la separación de hecho no consentida de uno de los cónyuges, elevando, simplemente, el plazo que ya había quedado determinado en aquellos supuestos en los que ambos cónyuges consentían en la separación y que ha quedado examinado y analizado en el capítulo anterior.

En realidad, en esta causal que analizo cabe incluso hablar de abandono de un cónyuge al otro o también cabe integrar esta causal en el mero lapso de tiempo transcurrido, es decir, en los tres años en los que la pareja matrimonial ha cesado efectivamente en su convivencia, sin más requisitos.

Será, por tanto, preciso, a efectos de distinguir entre una y otra clase de separación o, por mejor decir, entre una y otra causal, el abandono, por sí mismo y, de otro lado, la cesación efectiva de la convivencia conyugal, la manifestación de voluntad del cónyuge no desertor, según la tesis mantenida por CARLOS VÁZQUEZ IRUZUBIETA (10).

Algunos autores afirman que esta causal 6.^a del artículo 82 tiene una más que dudosa justificación que la causal anterior, porque, en su caso, no cabe, de hecho, la oposición del cónyuge que, sin su culpa, sufre las consecuencias de la separación de hecho impuesta por el otro. En principio, la previsión legislativa, que se inscribe en el designio realista de dar una salida jurídica a los matrimonios rotos, es loable, aunque algún sector doctrinal se haya mostrado un tanto reacio hacia esta figura.

Esta causal, efectivamente, no exige ningún otro requisito en qué fundar la separación de los cónyuges. Es ni más ni menos que la ruptura convencional durante tres años el fundamento legal de la demanda. Según ENTRENA KLETT,

(8) LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS, y SANCHO REBULLIDA, FRANCISCO DE ASÍS, obra citada en nota 4.

(9) LÓPEZ ALARCÓN, MARIANO, «El acuerdo de los cónyuges en la separación y el divorcio», en *Revista La Ley*, 20 de octubre de 1981.

(10) VÁZQUEZ IRUZUBIETA, CARLOS, «Régimen jurídico de la celebración y disolución del matrimonio», en *Editorial Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1981.

no cabe hablar de esposo ofensor ni de ofendido o, al menos, es irrelevante la existencia o no de la ofensa, al igual que ocurre en el caso ya examinado anteriormente. Este mismo jurista expone que la expresión del Código Civil, «cese efectivo de la convivencia conyugal» es descriptiva, no ofrece dificultades de comprensión y equivale a la disociación de techo, lecho y mesa con que tradicionalmente es enunciada, aunque, con carácter excepcional, se concibe por la Ley, ex artículo 87, que se mantenga la unidad de techo. Pero el matrimonio es mucho más complejo en sus relaciones internas que lo expresado con esas tres palabras: Techo, lecho y mesa; los factores económicos, educacionales, paternofiliales, laborales, asistenciales, etc., que implica la relación conyugal deben ser previstos en el momento de la cesación conyugal si ésta es, de alguna manera, «civilizada», lo cual será imposible cuando sean las pasiones las que oscurezcan la mente de los esposos. ENTRENA KLETT se muestra partidario de que se logre entre los cónyuges un a modo de «convenio regulador», que abarque el máximo de convenciones sobre puntos y materias conflictivas o, desde mi punto de vista, potencialmente conflictivas.

Según PUIG BRUTAU (11) cabe, incluso, el establecimiento de los denominados «pactos de previsión» en las capitulaciones matrimoniales. Estos pactos suelen establecerse en aquellas regiones donde son frecuentes los heredamientos a favor de los hijos que se casan, o sea, cuando se trata de establecer el estatuto sucesorio de la familia troncal. Son pactos que tienen un contenido estrictamente patrimonial, en tanto que los convenios reguladores privados deben abarcar el máximo espectro de contingencias posibles; éstos están frente al problema secesionista surgido y aquéllos en previsión de que surja. Los unos miran al pasado y los otros al futuro.

Estos convenios reguladores privados de las consecuencias de la disensión familiar eran contrarios a Derecho en el status legal anterior a la reforma del Código Civil, ya que se estimaba que no cabía la separación conyugal por mutuo disenso, dado el desconocimiento de la misma en el texto legal. En este sentido, se dictaron sentencias contrarias a su admisión, como las de 25 de junio de 1909, 5 de junio de 1926 y 19 de diciembre de 1932.

El fundamento legal en que se ha de apoyar una demanda de separación ex artículo 82.6 es, sin más, la ruptura de la convivencia marital. No hay que expresar ninguna otra razón. Según VÍCTOR REINA (12), la separación judicial, cualquiera que haya sido la forma de celebración del matrimonio, debería completarse, legislativamente, en dos únicas variantes: a) A petición de ambos cónyuges, o de uno con el consentimiento del otro, debiendo acompañarse, necesariamente, con la demanda la propuesta de convenio regulador.

(11) PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil*, tomo IV, Barcelona, 1967.

(12) REINA, VÍCTOR, *Lecciones de Derecho Matrimonial*, Promociones Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1983.

En este caso, ambos cónyuges han de estar de acuerdo en todos los efectos de la separación: *b)* A petición de cualquiera de los cónyuges, sin necesidad de alegar otra causa que la propia voluntad como manifestación de la imposibilidad de la convivencia. En este supuesto, lo que, desde el punto de vista procesal se discutiría, no sería ya la causa o motivo de la separación, porque ¿qué más motivo que uno no quiera o no pueda convivir, sino las consecuencias familiares de esa decisión o imposibilidad, referida a los puntos en que los cónyuges no hayan podido ponerse de acuerdo. Tal como expresa gráficamente VÍCTOR REINA, para el que quiera pleitear —o no tenga más remedio—, ya hay de sobra con eso.

Tal como expone MARÍA DEL ROSARIO VALPUESTA, el acuerdo de suspender el deber de convivencia no necesita de ninguna causa que lo justifique, siendo perfectamente factible en nuestro Ordenamiento Jurídico, por lo que tal acuerdo puede incluso reflejarse expresamente en los convenios para explicar el sentido de los mismos. Podría parecer, no obstante, que el tema del deber de convivencia de los esposos queda reducido a la relación existente entre este deber jurídico y la autonomía de la voluntad de los cónyuges. Pero, como afirma la mencionada jurista, ante esta dialéctica, no se debe entender que se ha producido una disminución de la obligatoriedad del deber de convivencia o, en otros términos, una merma de su ámbito de aplicación en beneficio de una total autonomía de los esposos, porque admitir esta explicación llevaría a la afirmación aporética de que el deber de convivencia obliga siempre que se cumpla, sino que, por el contrario, el tema hay que plantearlo en el plano de su posible coercibilidad o efectividad. Hay que tener en cuenta que la Reforma del Derecho de Familia no ha supuesto la supresión total de los efectos sancionatorios de la infracción del deber de convivencia, pero sí ha reducido de modo notorio el matiz sancionador de este deber jurídico. Recordemos que el abandono del hogar fue causa legal de separación, ex artículo 105.2 del Código Civil, lo que determinaba la declaración de cónyuge culpable para el esposo demandado.

En cualquier caso, tal como estima MANUEL PONS GONZÁLEZ y MIGUEL ANGEL DEL ARCO TORRES (13), el plazo de tres años fijado al efecto es intermedio del de cinco años para pedir el divorcio —causa quinta del art. 86 del Código Civil— y del anterior, de seis meses, que ya ha quedado analizado anteriormente.

Parece que esta elevación del plazo de cesación efectiva de la convivencia conyugal se debe a que en la causal que estoy analizando no se exige el consentimiento del otro cónyuge en la interrupción de la convivencia. Sería, por tanto, una separación de hecho no consentida, al paso que el anterior

(13) PONS GONZÁLEZ, MANUEL, y DEL ARCO TORRES, MIGUEL ANGEL, obra citada en nota 5.

supuesto —el del art. 82.5— se configura como separación de hecho consentida, «libremente consentida», dice el Código Civil, por ambos esposos, y de ahí que el plazo sea mucho menor.

CONCLUSIONES

Las causas de separación matrimonial enunciadas en los apartados 5 y 6 del artículo 82 del Código Civil están al margen de lo que se ha dado en denominar «causas inculpatorias o sancionadoras».

Efectivamente, estas causas que han sido objeto de análisis y valoración jurídica pueden configurarse plenamente como causas de carácter objetivo, en el sentido de que en ellas está ausente toda idea de «culpabilidad» o «inocencia» de uno de los cónyuges.

Se trata, meramente, de constatar que los cónyuges han dejado de vivir juntos, bien sea esta ausencia de convivencia libremente consentida por ambos esposos (art. 82.5), o no (art. 82.6).

La institución de la separación ha dejado, así, de ser exclusivamente causal, sancionadora y protectora del cónyuge «inocente», adquiriendo relevancia la separación de hecho. El sistema tradicional de causas subjetivas que implican culpabilidad de uno de los cónyuges o incluso de ambos informó la mayoría de los Códigos Civiles del siglo pasado. En el siglo xx, a partir de la Segunda Guerra Mundial, fueron frecuentes las modificaciones legislativas inspiradas en un sistema objetivo que prescinde de la culpa y se funda en la ruptura de la convivencia conyugal sin indagar sus motivaciones. El sistema objetivo pretende constatar la ruptura de la vida en común de los cónyuges, el fracaso del matrimonio, no motivado por cualquier dificultad pasajera. No se trata, por tanto, de indagar en la supuesta «culpabilidad» o «inocencia» de un cónyuge. Por esta razón, el factor decisivo se sitúa en el marco de la cesación de la vida en común como expresión, precisamente, de esa ruptura. Ya apuntaba, en este sentido, ESPÍN CANOVAS que, conforme es más prolongada la falta de convivencia, la Ley prevé que será más difícil la reconciliación. A mayor tiempo de no convivencia, la Ley va a exigir menos requisitos para obtener unilateralmente la separación.

Si nos planteamos qué es la convivencia conyugal, observamos que el Diccionario de la Real Academia dice que convivir «es vivir en compañía de otros u otro, cohabitar». Convivencia conyugal, por tanto, es la vida en común de los esposos.

El Código Civil tampoco nos dice qué se entiende por cese —terminología mal empleada, como ya ha quedado razonado antes— o cesación de la convivencia conyugal, sino que se refiere, sin más, a dicho cese efectivo. Desde un punto de vista negativo, no hay cesación efectiva cuando la convi-

vencia se interrumpe por motivos laborales, profesionales o cualesquiera otros de análoga naturaleza, en virtud del artículo 87.2 de nuestro Código Civil.

Además, la cesación no se interrumpe, desde otra perspectiva, con el mantenimiento o la reanudación temporal de la vida en el mismo domicilio, siempre que ello obedezca a la necesidad, al intento de reconciliación o al interés de los hijos, según el artículo 87.1.

Se puede pensar que el legislador, con esta postura, quiso facilitar el divorcio por encima de la eventual reconciliación de los casados, ya que en este párrafo del Código Civil se deja sin efecto alguno la convivencia conyugal, al menos desde el estricto punto de vista legal, pero pienso que esta reanudación de la vida en común de los todavía cónyuges, bajo el prisma puramente afectivo de los mismos, podría llegar a tener una cierta repercusión más amplia a la hora de una posible reconciliación. En este sentido, parece interesante la tesis mantenida por CALVO SÁNCHEZ al afirmar que la cesación de la convivencia sólo debería considerarse efectiva cuando haya desaparecido, de forma real y absoluta, la convivencia marital, así como de forma ininterrumpida, partiendo de la presunción de su existencia y no, como parece hacer el legislador, presumiendo su no existencia.

Sin embargo, es el tiempo transcurrido, en estas causales, el que configura la medida de la ruptura, pues el legislador ha previsto que la falta prolongada de convivencia conyugal sea el parámetro para constatar el fracaso de un matrimonio. De este modo, la cesación de la convivencia prolongada durante cierto tiempo puede fundamentar una demanda unilateral de separación.

En definitiva, cabe pensar que estas causales examinadas pretenden facilitar a los todavía cónyuges el acceso a la separación, sin enzarzamientos procesales ni complicaciones, muy delicadas, a veces, acerca de quién fue el «culpable» o el «inocente» de la situación de ruptura conyugal. Es loable, por tanto, a mi juicio, la intención del legislador al establecer estas causales.

AURELIA MARÍA ROMERO COLOMA

Los artículos 623 y 629 del Código Civil. Nueva propuesta de interpretación

El artículo 623 del Código Civil dispone que «la donación se perfecciona desde que el donante conoce la aceptación del donatario». Por contra, el artículo 629 del Código Civil establece que la donación no obliga ni produce efecto, sino desde la aceptación».

La relativa disparidad de estos preceptos ha ocasionado que en la doctrina encontremos distintas variantes al intentar conciliar estos dos preceptos. El Tribunal Supremo, en la sentencia de 4 de mayo de 1998, trata por primera vez, en la jurisprudencia, como tema central de resolver la aparente contradicción de los artículos 623 y 629 del Código Civil, asumiendo una postura doctrinal como veremos.

En el presente trabajo proponemos una nueva interpretación de estos dos artículos partiendo de una perspectiva práctica del desenvolvimiento de la donación en el tráfico jurídico mobiliario e inmobiliario. A continuación, exponemos sucintamente las teorías que se encuentran en la doctrina, concluyendo al final con nuestra propuesta de interpretación y las ventajas prácticas que ofrece frente a la asumida por el Tribunal Supremo en dicha sentencia.

1.º TESIS QUE DA PREFERENCIA AL ARTICULO 623 SOBRE 629

Seguido por DIEGO ESPÍN (1), OSSORIO MORALES (2) y otros, esta postura parte que, dada la coincidencia del criterio con el artículo 1.262 del Código Civil, que recoge la teoría del conocimiento a la hora de concretar el momento en que se perfecciona el contrato, con el artículo 623, será éste el aplicable

(1) DIEGO ESPÍN CÁNOVAS, *Manual de Derecho Civil*, tomo 2, pág. 551.

(2) *Lecciones de Derecho Civil, obligaciones y contratos, parte general* (1936), pág. 243.

frente al artículo 629, que parece propugnar la teoría de la declaración; además de que en el artículo 663 se exige la notificación de la aceptación al donante.

La principal crítica que se le achaca es clara, ¿para qué sirve el artículo 629?

2.º TESIS QUE DA PREFERENCIA AL ARTICULO 629

Ya que recoge una excepción a la regla general de perfección de los contratos. CALVO SORIANO (3) estima que el artículo 623 supone una anomalía en la donación, acto dispositivo directo, y que por tanto las normas de los contratos son complementarias. Aquí la crítica proviene del otro lado, ¿qué pasa con el artículo 623?, y ¿cómo se explica la necesidad de la notificación de la aceptación que exige el artículo 633?

3.º TESIS QUE ENTIENDE APLICABLE EL ARTICULO 623 AL CONTRATO DE DONACION Y EL ARTICULO 629 A LA DONACION TRASLATIVA O DIRECTAMENTE DISPOSITIVA

Esta es la posición seguida por PUIG BRUTAU (4) y por SÁNCHEZ BLANCO (5), y se parte al distinguir dos modos de configurar la donación.

La donación directamente traslativa en la que se transmite por la misma donación, sin necesidad de tradición, la cosa donada, y para que se produzca tal efecto basta la coincidencia de voluntades del transmitente y adquirente. Y por ello se perfecciona por la simple aceptación del donatario, artículo 629 del Código Civil. En estos casos, señala PUIG BRUTAU (6), tiene poco sentido diferir la eficacia hasta que el donante conozca la aceptación.

La donación obligacional, contrato de donación o promesa de donación; se dona una obligación o el donante se obliga para con el donatario, en estos casos se aplicará el artículo 623, que se hace eco del criterio recogido para los contratos en el artículo 1.262.

Hemos de destacar que la sentencia que comentamos parece también abrir las puertas a esta tesis, ya que se preocupa de destacar que la donación que se plantea en el juicio es directamente traslativa.

(3) CALVO SORIANO, *Tradicón y donación en A.A.M.N.*, 1959, pág. 465.

(4) PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil*, tomo II, vol. 2.º, págs. 92 y 93.

(5) SÁNCHEZ BLANCO, «Sobre la naturaleza y forma de la donación», en *Información Jurídica*, 1952, págs. 815 y 816.

(6) Págs. 92 y 93.

4.º TESIS QUE ENTIENDE QUE EL ARTICULO 623 ESTA PENSADO PARA LAS DONACIONES ENTRE AUSENTES O PARA AQUELLAS EN LAS QUE LA ACEPTACION NO OCURRE EN UNIDAD DE ACTO. Y QUE EL ARTICULO 629 SE APLICA A LAS DONACIONES QUE TRANSCURREN EN UNIDAD DE ACTO

Esa es la posición defendida, entre otros, por MUCIUS SCAEVOLA (7), GULLÓN BALLESTEROS (8), CLEMENTE DE DIEGO (9), etc. Estos autores señalan que una donación es perfecta cuando se convierte en irrevocable o, lo que es igual, cuando la transmisión de la propiedad de la cosa donada se consuma y puede el donatario exigir que se poseione de la misma.

Si la donación es revocable es porque no es perfecta, ya que la donación es un contrato unilateral que sólo produce obligaciones para el donante; resultando que en tanto pueda revocarse, supone que no produce efectos para el donante, y ello conllevará que tampoco los hay para el donatario, así, por tanto, que mientras la aceptación no sea comunicada al donante no habrá donación.

ALBADALEJO (10) y LALAGUNA (11) critican esta tesis, ya que señalan que seguir esta teoría sólo supone aplicar el criterio del artículo 623, pues el problema sólo se plantea en las donaciones sin aceptación simultánea.

A estas dos últimas posiciones doctrinales también se les critica que el Código Civil no distingue entre clases de donación y que los preceptos son aplicables a todos los tipos de donación, cualquiera que sea su clase o forma de los mismos.

5.º TESIS QUE PROPONE UNA CONCILIACION DE LOS DOS PRECEPTOS Y QUE ES LA ADOPTADA POR ESTA SENTENCIA

Propugnada por LALAGUNA (12) y seguida por LACRUZ (13), ALBADALEJO (14), RUBIO (15), etc.

(7) MUCIUS SCAEVOLA ORTEGA LORCA, tomo XI, vol. 2.º (1943), pág. 605.

(8) GULLÓN BALLESTEROS, ANTONIO, *Curso de Derecho Civil* (1968), pág. 397.

(9) CLEMENTE DE DIEGO, *Curso de Derecho Civil*, pág. 248.

(10) ALBADALEJO, M., *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, tomo 8, vol. 2.º, Edersa, pág. 86.

(11) LALAGUNA, «Los artículos 623 y 629 del Código Civil y la naturaleza de la donación», en *RDP*, 1964.

(12) Obra citada.

(13) LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho Civil*, tomo II, 2.ª edición, 1986, pág. 22.

(14) Pág. 90 y sigs.

(15) ENRIQUE RUBIO, «Los artículos 623 y 629 del Código Civil; apuntes para otra explicación», en *RCDI*, 1981, pág. 351.

Siguiendo a don ENRIQUE LALAGUNA (16), a la vista de los antecedentes históricos, la introducción del artículo 629 del Código Civil supone la distinción del concepto de:

- Existencia de la donación, que tiene lugar con la aceptación por parte del donatario, y desde este momento produce sus efectos normales, «*perfección genética*», es este el momento en orden a considerar la transmisión de la propiedad de la cosa donada.
- Y el de la irrevocabilidad, que tiene lugar desde que el donante conoce la aceptación del donatario, «*perfección definitiva*», bastará con que el donante lo conozca de cualquier forma, lo que no quiere decir que el donatario la acepte de cualquier modo, ya que la donación deberá ajustarse a las formalidades de los artículos 632 y 633 del Código Civil.

La tesis propuesta por este autor ha sido asumida plenamente por la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de mayo de 1998. Justificando la posibilidad de revocación por el donante, en que al ser la donación un acto de generosidad estrictamente gratuito y unilateral, puede dejarlo sin efecto hasta conocer la aceptación.

Parece claro, entienden estos autores, que para resolver el problema de la interpretación de estos preceptos de esta manera, hay que partir de una determinada conceptualización de la naturaleza de la donación. Por ello califican a la donación como contrato dispositivo, esto es, que no necesita de la tradición para producir la transferencia de la cosa donada al donatario. La donación es contrato y modo de adquirir simultáneamente. Esto no es extraño en nuestro ordenamiento. Por un lado, el Código Civil permite desvirtuar el acto de entrega material por actos de simple acuerdo entre las partes (arts. 1.462, 1.463, 1.464), al mismo tiempo que existen figuras de eficacia traslativa directa, fundiéndose título y modo en un contrato, produciéndose el fenómeno transmisivo sin necesidad de otro acto estrictamente traditorio posterior como el contrato de hipoteca, censo y otros.

A su vez la donación es un contrato:

1. Por su génesis bilateral: artículos 618, 623, 629, 632, 633.
2. Por su sujeción al régimen general de las obligaciones y contratos: artículo 621.
3. Por las exigencias de capacidad para hacer y recibir donaciones.

Por todo ello se concluye que no es extraño que el artículo 624 disponga que para donar se requiere capacidad para contratar y para disponer.

(16) Obra citada.

Esta caracterización de la donación es también asumida por el Tribunal Supremo, aunque diga que «la donación es acto de liberalidad unilateral del donante que en su dinámica se somete a las normas de las relaciones contractuales» (17). Es debido a este carácter dual, por lo que se explican los citados preceptos y sus consecuencias prácticas.

Así, desde que el donatario acepta, se perfecciona la donación, y desde este momento se tendrá en cuenta:

- a efectos de la revocación por supervivencia y superveniencia de hijos: artículo 644 del Código Civil;
- de reducción por inoficiosidad: artículo 656 del Código Civil;
- frente a derechos de crédito frente al donante: artículo 642 y 643 del Código Civil;
- frente a títulos de adquisición anteriores, pero en que la tradición no se había consumado aunque sean onerosos;
- colación: artículo 1.045 del Código Civil;
- también desde este momento el donatario asumirá las obligaciones que se derivan de ese acto traslativo de la propiedad de la cosa donada, por ejemplo, en relación a los frutos de la cosa, gastos de conservación, etc.

Desde el lado del donante, el artículo 623 le permite revocar la donación hasta que tenga conocimiento de la aceptación, facultad de revocar que surge del carácter unilateral y la causa liberal de la donación. Esta potestad de revocación es un derecho personalísimo que acaba con su fallecimiento y no se transmite a sus herederos.

A los mismos efectos, pero con diferentes argumentos, llega RUBIO TORRANO (18). Por un lado, él califica a la donación como un acto unilateral y no como un contrato, por lo que entiende que el problema no se resuelve con criterios contractuales. Así, dice que la donación no es un acto que culmina la negociación propia de un contrato, y señala que la situación es más próxima a la significación de la aceptación de la herencia.

Argumenta que el acto de la donación tiene su propia autonomía, y con la aceptación se sitúa sólo en el plano de recepción de un beneficio, ya que nadie puede enriquecerse sin su consentimiento, y con la aceptación, la cosa donada entra en el patrimonio del donatario, aplicándose entonces el artículo 629 del Código Civil. Pero, por otro lado, el conocimiento por parte del donante de la aceptación tiene el mismo significado que para la aceptación de la herencia tiene la muerte del testador, es decir, constituye el momento de su irreversibilidad, ya que hasta ese momento la donación es provisional.

(17) Ver comentario a esta sentencia por M. ALBADALEJO, en *RDP*, 1999.

(18) En su trabajo, *Los artículos 623 y 629 del Código Civil*.

LACRUZ (19) critica este razonamiento al entender cuestionable la naturaleza no contractual de la donación por similitud con el testamento. «La donación se celebra como contrato, siendo infrecuente en la práctica el acto formal de donar sin coetánea aceptación, acto que, pese al artículo 633.2 del Código Civil no se considera como donación sino como inicio de un iter negocial». Tampoco parece válida la equiparación entre el hecho anecdótico del conocimiento de la aceptación por el donante y el hecho de la muerte como causa de la apertura de la sucesión. Entendiendo, dice LACRUZ, que la tesis de la unilateralidad de la donación se esgrime para conciliar dos preceptos eminentemente contractualistas.

Por nuestra parte pensamos que la solución para interpretar *estos* dos preceptos del Código Civil puede hallarse en la misma razón que justifica las diferencias de solemnidades establecidas para la donación de bienes inmuebles y la de bienes de muebles. De esta forma concluiremos que el artículo 623 del Código Civil resulta ser aplicable a la donación de bienes inmuebles por ser concorde con las exigencias del artículo 633 del Código Civil, y el artículo 629 del Código Civil se refiere a la de bienes muebles, debido a su consonancia con el artículo 632 del Código Civil, que no exige la notificación de la aceptación.

Para llegar a esta conclusión procedemos a examinar separadamente la función de la aceptación del donatario en ambos tipos de donaciones. Comprobando así la distinta repercusión que tienen las solemnidades legales de la aceptación del donatario cuando el bien donado es un objeto mueble o un inmueble.

DONACION DE BIENES MUEBLES

La aceptación del donatario es un elemento indispensable para la perfección de la donación, pues está exigido en el Código Civil en múltiples preceptos (por ejemplo, arts. 618, 629, 630...). Sin embargo, la necesidad de que se manifieste al exterior de una determinada manera, no resulta ser tan riguroso como aparentemente parece demandarse.

Lo contrario ocurre respecto de la declaración del donante. Para que exista la donación es necesario que su declaración se manifieste por escrito, cuando no se produzca de forma manual. No habrá donación si aparece de otro modo, por ejemplo, de forma oral.

Como veremos, no ocurre lo mismo con la aceptación, pues su función en el contrato es menos importante.

(19) Obra citada.

En este sentido, entendemos que el valor de la forma de la aceptación en la liberalidad de bienes muebles no es esencial. La aceptación es indispensable, pero ésta puede manifestarse de modos distintos a los señalados por el artículo 632 del Código Civil y ser la donación eficaz.

Esta misma posición defiende JOAQUÍN ATAZ LÓPEZ (20), aunque él se refiere también a la donación de bienes inmuebles.

ARGUMENTOS A FAVOR DE ESTA AFIRMACION

1. Históricamente las solemnidades de la donación se han referido sólo a la actuación del donante.

En las partidas se exigía la necesidad de la insinuación (consistía en una manifestación al juez de que se había realizado una donación) cuando la cantidad u objeto donado resultase superior a quinientos maravedíes. No se hacía referencia a la aceptación del donatario. Como la donación, todavía sin insinuar, podía ser revocada por el donante, el Tribunal Supremo admitió que la insinuación pudiera ser hecha por el donatario o sus herederos.

Actualmente los preceptos del Código Civil, cuya redacción es influencia del Código napoleónico, conservan huellas de este sentir en algunos de sus preceptos, que parecen identificar la donación con la declaración del donador (por ejemplo, arts. 618, 623, 629, 632, 633).

2. Dado el diferente valor que la oferta y la aceptación revisten en la donación (el donatario se adhiere a la oferta), permite en algún modo, asimilarla al régimen de la aceptación de los legados. Entendiendo que el donatario lo acepta automáticamente, sin perjuicio de tener la facultad de repudiarlo.

En Francia, sistemáticamente, la donación aparece junto a los legados. En Italia se regula al final del tratado de sucesiones.

3. En la donación de bienes muebles se reducen las demandas formales, si lo comparamos con la donación de bienes inmuebles. El legislador facilita el espíritu generoso del donante en aquéllas, exigiendo, a falta de entrega material del objeto donado, que la liberalidad conste por escrito. Hay supuestos de donaciones (por ejemplo, de un crédito) que sólo se podrán plasmar por escrito.

Del artículo 632 del Código Civil no es difícil deducir que se puede subsanar la falta de constancia por escrito de la aceptación a través de la entrega material del objeto donado, si la oferta del donante se hizo por escrito. No ocurrirá lo mismo con la declaración del donante, si ésta no consta por escrito. Parece más correcto entender, no que queda subsanada la donación

(20) JOAQUÍN ATAZ LÓPEZ, «Sobre el valor esencial de la forma en la aceptación de las donaciones», en *Estudios de Derecho Civil en homenaje a Lacruz*, tomo 1.º, 1992.

con la posterior entrega del objeto donado, sino que la donación se produjo con la donación manual y no antes.

En el Derecho francés, alemán e italiano se admite como una cierta convalidación tácita de la donación nula en virtud de su voluntaria ejecución por los herederos del donante.

4. La jurisprudencia del Tribunal Supremo en los supuestos en que ha mantenido la eficacia de la donación, no obstante faltar la aceptación a las exigencias formales, o no haber prueba de haberse cumplido, tienen como denominador común el que se refieren a donación de bienes muebles. Así, sentencias de 6 de abril de 1979, 23 de marzo de 1948, 12 de junio de 1986, 23 de mayo de 1987 (sólo la sentencia de 5 de octubre de 1924 se refiere a una donación de inmuebles, si bien el Tribunal se apoyó en un defecto procesal en la petición del demandante para mantener la eficacia de la misma) (21).

El Tribunal ha admitido en estos casos que la aceptación puede deducirse de una manera tácita, especialmente en los supuestos en los que el donante ejecutó o empezó a cumplir la donación voluntariamente.

Sin embargo, la posición jurisprudencial no es concluyente. Hay otras sentencias en las que ha declarado la ineficacia de la donación por defectos formales en la aceptación. En ellas parece que no había o no se pudo probar la aceptación. Tampoco se había iniciado la ejecución de la donación. Sentencias de 6 de junio de 1908, 27 de junio de 1914, 22 de enero de 1930, etc. (véase el estudio jurisprudencial de JOAQUÍN ATAZ en *Libro homenaje a Lacruz*).

Todos estos argumentos nos han servido para sostener el valor no esencial de la forma en la aceptación del donatario. También nos sirven para entender cuál es la función de la aceptación en la donación. La aceptación del donatario, cualquiera que sea el modo en que se manifieste, señala el momento de la perfección e irrevocabilidad de la oferta del donante, momento en que la donación produce efectos. Cobra así aplicación el artículo 629 del Código Civil, «la donación no obliga ni produce efecto sino desde la aceptación».

Vamos, a continuación, a explicar porqué en la donación de bienes muebles no se exige que se notifique la aceptación del donatario. Concluyendo, en consecuencia, que en este tipo de donaciones no se aplica el artículo 623 del Código Civil.

Para llegar a esta segunda conclusión hemos de partir de las distintas formalidades establecidas para la donación de bienes muebles y de bienes inmuebles. El origen de esta diferenciación creemos que se encuentra en el

(21) Véase JOAQUÍN ATAZ, obra citada, y en *Cuadernos Cívitas Jurisprudencia Civil*, núm. 14, 1987, pág. 4649.

distinto régimen jurídico aplicable al tráfico mobiliario e inmobiliario, y la preocupación del legislador del Código de procurar seguridad a estos dos regímenes, principalmente el inmobiliario, sobre todo en una época en que el Derecho Hipotecario se confunde aún más con el Derecho Civil.

En la donación de bienes muebles, dado el carácter menos solemne de su tráfico, el legislador flexibiliza las demandas de solemnidad en la donación. Establece que la donación que no sea, o que no pueda producirse manualmente, conste por escrito, por lo menos la declaración del donante. Pero es defendible la posibilidad de aceptación tácita de la donación.

La aceptación del donatario es un elemento constitutivo de la donación, pero no a la forma de manifestarse. Cabe la aceptación tácita y vale la donación. Sin embargo, no hay donación sin aceptación.

La aceptación es una declaración de voluntad recepticia, dirigida al donante, y éste ha de enterarse de ella para que la donación sea perfecta, artículo 1.262 del Código Civil.

A diferencia de la donación de bienes inmuebles, no es necesario que se pruebe que el donante conocía la aceptación. Es decir, no se necesita que se deje constancia que se notificó la aceptación al donante, y ello por:

- Porque la forma de la aceptación no es un elemento esencial.
- No queda vulnerado el tráfico jurídico mobiliario. Este se conduce por la confianza en la apariencia, manifestado por la posesión u otro signo de ostentación. Artículos 464, 1.526 del Código Civil y concordantes, 545, 85 del Código de Comercio.

Los terceros reputarán propietarios con todas sus consecuencias favorables o desfavorables, a quien aparezca como titular ostensible de los mismos.

Así, en conclusión, en la donación de bienes muebles, la aceptación del donatario marca el hito de la perfección de la donación. Esta es una declaración recepticia dirigida al donante, aunque no se requiere que quede constancia de conocerla donante. La liberalidad es oponible con la simple declaración del donante hecho en forma.

DONACION DE BIENES INMUEBLES

En la donación de bienes inmuebles, los requisitos formales considerados como elementos constitutivos de la donación se exigen no sólo respecto de la declaración del donante, «oferta de donación», sino también de la actuación del donatario. En otras palabras, aquí la oferta del donante, y también la aceptación del donatario, deberán ajustarse a las solemnidades establecidas por el artículo 633 del Código Civil para que haya donación. Sin ellas el negocio será ineficaz.

Vamos a examinar los elementos formales de que se compone la aceptación en la donación inmobiliaria y comprobar así su repercusión en la perfección de la donación. Resultando de este modo aplicable el texto del artículo 623 del Código Civil, «la donación se perfecciona desde que el donante conoce la aceptación del donatario».

Según el artículo 633 del Código Civil, las formalidades exigidas a la aceptación se pueden descomponer en dos elementos:

Que la aceptación se haga en escritura pública.

Que se notifique la aceptación al donante, quedando constancia de ella. Si se acepta en el mismo acto que el donante queda reflejado en la escritura de donación. Pero si se acepta en escritura separada debe de notificarse en forma auténtica al donante y se anotan esta diligencia en ambas escrituras.

Este segundo requisito de la notificación también aparece exigido en el artículo 631 del Código Civil en el caso de que una persona acepte en representación de otra, «está obligado a procurar la notificación de que habla el artículo 633».

Toda ella nos conduce a pensar que no basta con que la aceptación conste en escritura pública. Además es preciso que se notifique auténticamente al donante. No tiene que haber duda sobre si el donante conoce o no la aceptación. La notificación y la anotación aparecen como un elemento esencial de la aceptación impuesta al donatario. Y no puede quedar desvirtuado de cualquier manera (forma auténtica, principalmente será la notarial, también cabrá en otro modo auténtico, por ejemplo, judicialmente).

Cobra así sentido la aplicación del artículo 623 del Código Civil en la liberalidad de inmuebles. «La donación se perfecciona desde que el donante conoce la aceptación del donatario».

El legislador exige aquí unas solemnidades más rigurosas que en la de bienes muebles. Creemos que ello obedece a la preocupación de proporcionar seguridad en el tráfico jurídico inmobiliario. Seguridad que se conseguirá cuando se sepa en todo momento quién es el titular de los bienes donados, si se ha producido la transmisión del bien, y cuál es la causa de la misma, toda vez que en nuestro ordenamiento no se admiten los negocios abstractos (la forma, en cierto modo, viene a suplir la debilidad de la causa de transmisión frente a otros tipos de causas, *solvendi, credendi...*).

Estas consideraciones explicarán que los elementos formales de la donación inmobiliaria no pueden ser sustituidos de cualquier modo.

De este modo, el considerar la notificación de la aceptación al donador como el último de los elementos que cierra la donación y determina la fecha en que produce efectos, concuerda con las demandas de seguridad y claridad del tráfico jurídico inmobiliario.

Seguridad para el propio donante. Porque desde ese instante sabe si ha habido o no donación, y por tanto conoce de qué bienes puede disponer y responsabilizarse. También le facilitarán los cálculos a la hora de dictar correctamente las normas de su sucesión (imputación, computación, colación, reducción por inoficiosidad, etc.).

Seguridad para el tráfico inmobiliario. En especial de los intereses de terceras personas a quienes puede afectar la donación y tengan intereses pre-valentes al del donatario (por ejemplo, acreedores del donante o donatario, legitimarios, herederos, etc.). De este modo conocerán si la donación se consumó y cuál es su fecha.

La interpretación que proponemos es también acogida por la mayoría de los ordenamientos jurídicos modernos.

Esta necesidad de seguridad, reclamada por el tráfico inmobiliario, hace que resulte, al menos discutible, la tesis asumida por el Tribunal Supremo en la sentencia que comentamos. Puesto que con ella se crean situaciones transitorias, inestables, carentes de firmeza, revocables en cualquier momento por un simple cambio de voluntad del donante. En principio no queridas por la voluntad del legislador del Código Civil.

Recordemos que el Tribunal Supremo ha entendido que la donación se perfecciona con la aceptación. Desde este momento produce efectos. Mientras el donante no conozca la aceptación, puede revocarla, dejándola sin efecto.

Veamos la aplicación en la práctica de esta solución dada por el Tribunal Supremo, y así concluir que resulta más ventajosa la tesis que reseñamos:

La interpretación del Tribunal supone la aparición de una facultad revocatoria concedida al donante. Esta facultad no viene definida en la ley, lo cual desemboca en distintos problemas. Así, en cuanto a la manera en que se ejercita. ¿En documento público o en documento privado? ¿De forma expresa o también de modo tácito?

¿Será necesario que la revocación se notifique al donatario o, por el contrario, no es un requisito indispensable para la revocación?

Se planteará, además, si la revocación tiene efectos retroactivos. Desahaciendo lo realizado hasta entonces por el donatario, como parece más lógico. O, por contra, debemos entender que los efectos de la revocación no son retroactivos. Y por tanto, habrá de respetarse lo hecho por el donatario. Cuando en nuestro Código Civil regula la revocación, ésta no tiene efectos retroactivos, artículos 645 y 649 del Código Civil.

Desde el punto de vista registral no se podrá inscribir la donación a favor del donatario, cuando falte la acreditación de la notificación, debido a la inestable posición del donatario. Como éste no puede inscribir, no podrá hipotecar los bienes donados ni establecer sobre ellos otros derechos de constitución registral (por ejemplo, derecho de superficie).

La falta de notificación de la aceptación no se puede conceptualizar como una condición, pues aquélla depende de la voluntad del donatario (art. 1.115 del Código Civil). Aún admitiendo que sea una condición, ¿es suspensiva o es resolutoria? Si el donante muere, no se borra la duda sobre si revocó o no la donación.

Todos estos problemas que aquí reseñamos desaparecerán, entendiendo que la liberalidad se perfecciona con la notificación de la aceptación al donante, y desde este momento produce efectos y es irrevocable. No cabe que la notificación de la aceptación puede hacerse de manera tácita, ni en documento privado, pues en éste no se producirán efectos para terceros (arts. 631, 633, 1.526, 1.280, 1.230 del Código Civil).

En el caso de la sentencia (se había hecho la aceptación por el donatario en escritura pública, pero faltaba la notificación) es posible mantener la eficacia de la donación sobre la base de que la notificación puede hacerse a los herederos del donante. Si hubiera sido el donante declarado incapaz, ausente, etc., habría de notificarse al representante legal, siempre que resulte sostenible la autonomía de la oferta, a pesar de las vicisitudes del donante.

En este punto hemos de destacar que el artículo 633 del Código Civil sólo exige que la aceptación se haga en vida del donante, no la notificación.

Esta exigencia de la aceptación, creemos que obedece a una defectuosa interpretación del Código Civil francés. En éste se dispone que si el donante muere sin conocer la aceptación, la donación es ineficaz, entendiendo que la oferta de donación perece con el donante. Lo que no creemos es que siempre tenga que ser así. Es posible defender la autonomía de la oferta (como en el caso enjuiciado, en el cual se conoció la aceptación de forma tácita, y el donante la consintió).

Probablemente la solución del Código Civil francés tiene su origen en que en el Derecho tradicional francés, la donación constaba de tres elementos: Tradición, escritura e insinuación. Se exigía que la tradición había de hacerse en vida del donante. POTHIER (22) lo justificaba en la precaución de evitar liberalidades excesivas.

El requisito de la aceptación en vida del donante no se exige en la donación de bienes muebles, permitiéndose mantener la posibilidad de aceptar después de morir el donante. Este hecho no convierte a la donación *inter vivos*, en *mortis causa*, aquélla no se hizo en consideración a la muerte del donante. Además, esta posibilidad de aceptar después de muerto el donante, se permite en el Derecho navarro, en la Ley 114, en las donaciones *propter nuptias*.

En resumen. En la donación de bienes muebles, la aceptación es elemento que perfecciona la liberalidad, artículo 629 del Código Civil. Esta es una declaración recepticia dirigida al donante, pero no se requiere que quede

(22) POTHIER, *Traité des donations entre vifs en ouvres*, pág. 456.

constancia de conocer el donante su existencia. La donación es oponible con la simple declaración del donante hecha en forma.

En la donación inmobiliaria, la forma de la aceptación y su notificación en forma auténtica al donante son elementos esenciales para la eficacia de la misma. Por tanto, para su oponibilidad e irrevocabilidad, ordena el artículo 623 del Código Civil, que la donación se perfecciona desde que el donante conoce la aceptación del donatario.

SANTIAGO JIMÉNEZ DÍAZ
Opositor a Notarías

ACTUALIDAD JURIDICA

I. Información legislativa

A) Convenios Internacionales y Derecho Europeo

1. *Convenio de la OIT.*—En el *BOE* de 17 de mayo se publicó el Instrumento de Ratificación del Convenio número 182 de la OIT sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y de la acción inmediata para su eliminación, hecho en Ginebra el 17 de junio de 1999.

2. *Directiva sobre liquidación de los establecimientos de crédito.*—En el Boletín del Colegio de Registradores, número 69, del mes de marzo pasado, se informa de que el Consejo de Ministros de Economía y Finanzas de la Unión Europea ha adoptado la propuesta de Directiva sobre el saneamiento y liquidación de los establecimientos de crédito. La liquidación entrará en un procedimiento de insolvencia única cuando el establecimiento tenga sucursales en otros Estados miembros, regido por el Derecho del Estado de origen.

B) Leyes nacionales

— Ley Orgánica 1/2001, de 2-3-2001. Modifica la Ley Orgánica 13/1982, de 1-8-82, de Reintegración y amejoramiento del Régimen Foral de Navarra.

— Real Decreto-ley 5/2001, de 2-3-2001. Medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad.

C) Comunidades Autónomas

Asturias.—Ley 2/2001, de 27-3-2001. Consejo Económico y Social.

Baleares.—Ley 6/2001, de 11-4-2001. Patrimonio de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears.

— Ley 2/2001, de 7-3-2001. Atribución de competencias a los Consejos Insulares en materia de ordenación del territorio.

— Ley 4/2001, de 14-3-2001. Gobierno de las Illes Balears.

Cataluña.—Ley 1/2001, de 1-3-2001. Mediación familiar de Cataluña.

Madrid.—Ley 1/2001, de 29-3-2001. Establece la duración máxima y el régimen de silencio administrativo de determinados procedimientos.

Murcia.—Decreto Legislativo 1/2001, de 26-1-2001. Aprueba el Texto Refundido de la Ley de la Función Pública de la Región de Murcia.

Navarra.—Ley Foral 8/2001, de 10-4-2001. Deroga determinados preceptos de la Ley Foral 24/1996, de 30-12-96, del Impuesto de Sociedades.

Valencia.—Ley 1/2001, de 6-4-2001. Regula las uniones de hecho.

II. Información de actividades

A) Congreso Español de Derecho Urbanístico

Se ha celebrado en Santiago de Compostela en los días 18 a 20 de abril pasado, habiéndose desarrollado las siguientes conferencias:

- *Criterios de clasificación del suelo en la legislación estatal y autonómica.*
- *Régimen del suelo urbano, consolidado y no consolidado.*
- *Régimen del suelo urbanizable: El derecho a promover su transformación.*
- *Régimen del suelo no urbanizable.*
- *Problemas urbanísticos de los núcleos rurales.*

B) Seminario sobre Derecho concursal

La Universidad Rey Juan Carlos de Madrid y el Colegio de Registradores de la Propiedad organizaron un seminario sobre *Tendencias de reforma en el Derecho de sociedades y concursal: La experiencia alemana y los planteamientos en España*. Se desarrollaron estas ponencias:

- *Sobre la necesaria reforma de la Sociedad Anónima cotizada en el Derecho español*, por el Profesor Doctor don ALBERTO ALONSO UREBA, Catedrático de Derecho Mercantil (Universidad Rey Juan Carlos de Madrid).
- *La modernización del Derecho de Sociedades Anónimas en Alemania* (Ley para el control y la transparencia en el ámbito empresarial de 1998 —KonTraG—), por el Profesor Doctor don KARSTEN SCHMIDT, Catedrático de Derecho Mercantil (Universidad de Bonn).
- *El anteproyecto de Ley Concursal español: bases de la reforma*, por el Profesor Doctor don RAFAEL GARCÍA VILLAYERDE, Catedrático de Derecho Mercantil (Universidad Complutense de Madrid).

- *Fundamentos del nuevo Derecho Concursal alemán* (la Ley Concursal alemana de 1994 —InsO—), por el Profesor Doctor don KARSTEN SCHMIDT, Catedrático de Derecho Mercantil (Universidad de Bonn).

C) VI Jornadas de Derecho Agrario

Se han celebrado en la Universidad de La Rioja en los días 14 a 16 de mayo, con las ponencias que siguen:

- *Derechos de plantación de viñedo y tráfico jurídico privado*, por el Profesor Doctor don PEDRO DE PABLO CONTRERAS, Catedrático de Derecho Civil. Universidad de La Rioja.
- *Subrogación de los derechos y obligaciones derivados de las ayudas: criterios generales*, por el Profesor Doctor don JAVIER ORDUÑA MORENO, Catedrático de Derecho Civil. Universidad de Valencia.
- *La cesión de viñedo en el Código Civil y los derechos de producción*, por el Doctor JOSÉ MARÍA CABALLERO LOZANO, Profesor Titular de Derecho Civil. Universidad de Burgos.
- *El arrendamiento rústico para plantar y aprovechar viñas y los derechos de viñedo*, por el Doctor ANGEL SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Profesor Titular E.U. de Derecho Civil. Universidad de La Rioja.
- *El régimen jurídico público de los derechos de plantación de viñedo*, por el Profesor don FERNANDO GONZÁLEZ BOTIJA, Ayudante E.U. de Derecho Administrativo. Universidad Complutense de Madrid.
- *Inscripción y control de plantaciones de viñedo amparado por la Denominación de Origen Calificada Rioja*, por don JOSÉ IGNACIO MARTÍNEZ DE TORRE, Asesoría Jurídica, Consejo Regulador D.O.Ca. Rioja.

D) Real Academia de Jurisprudencia y Legislación

1. *Ingreso de don Luis Martí Mingarro*.—El día 21 de mayo se celebró sesión solemne para que el señor don LUIS MARTÍ MINGARRO, Decano del Colegio de Abogados de Madrid, leyera su discurso de ingreso como Académico de Número, bajo el título «El abogado en la historia. Un defensor de la razón y de la civilización». Le contestó don EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA Y MARTÍNEZ-CARANDE.

2. *La participación española en el XIX Congreso de la FIDE*.—Bajo este tema se ha celebrado, en los días 8 a 10 de mayo, un ciclo de conferencias con este programa:

Conferencia por: Excmo. señor don TOMÁS DE LA QUADRA-SALCEDO, Catedrático de Derecho Administrativo.

Tema monográfico: *El Derecho Comunitario relativo al acceso a las redes (Telecomunicaciones, energía y tecnología).*

Conferencia por: Ilmo. señor don JOSÉ LUIS DE CASTRO MARTÍN, Profesor Titular de Derecho Mercantil de la UAM.

Tema monográfico: *Consecuencias jurídicas de la moneda única.*

Conferencia por: Ilmo. señor don MANUEL LÓPEZ ESCUDERO, Profesor Titular de Derecho Internacional Público de la Universidad de Granada.

Tema monográfico: *Los deberes de cooperación de las autoridades y tribunales con las instituciones comunitarias, según el artículo 5 del Tratado de Roma.*

E) Ciclo sobre «Crisis actuales del Derecho»

En los días 22, 23 y 24 de mayo, don ANGEL SÁNCHEZ DE LA TORRE pronunció en el Instituto de España en Madrid, tres conferencias con el tema dicho y que fueron las siguientes:

- *Las fracturas del orden jurídico.*
- *Las incoherencias del ordenamiento jurídico.*
- *Las desorientaciones de la teoría jurídica.*

F) XXI Congreso Europeo de Derecho Agrario y coloquio del Comité Europeo de Derecho Rural (Helsinki, 27 al 30 de mayo de 2001)

Organizan: CEDR.

Tema principal: *Viabilidad y competitividad de las industrias rurales.*

Primera Comisión: *Iniciativas y comercialización de productos agrarios.*

Segunda Comisión: *Viabilidad y tipos de industrias rurales.*

Mesa Redonda: *Adaptación de la legislación y aplicación de la misma en los países de Europa central y oriental con vistas a su ingreso en la UE.*

G) Jornadas sobre Derecho Común y de las Comunidades Autónomas

Se han celebrado en la Universidad San Pablo-CEU de Madrid, el día 29 de mayo, con las siguientes conferencias:

- *La situación jurídica del menor en las leyes de las Comunidades Autónomas*, por doña CARMEN HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, Profesora Titular de Derecho Civil. Universidad Complutense de Madrid.

- *Títulos competenciales: Las llamadas competencias de dirección económica*, por don JAVIER ORDUÑA MORENO, Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Cantabria.
- *Derecho Civil catalán*, por don XAVIER O'CALLAGHAN MUÑOZ, Catedrático de Derecho Civil. Magistrado Sala 1.^a del Tribunal Supremo.
- *Conflictos internos y constitución*, por don JOSÉ LUIS IRIARTE ÁNGEL, Catedrático de Derecho Internacional Privado. Universidad Pública de Navarra.

A continuación tuvo lugar una MESA REDONDA, moderada por el Profesor don MANUEL SOROA SUÁREZ DE TANGIL, con los siguientes temas e intervinientes:

- *La empresa familiar*, por don VÍCTOR M. GARRIDO DEL PALMA, Notario de Madrid.
- *2001: Odisea de un Código*, por don JOSÉ CERDÁ GIMENO, Notario de Ibiza.
- *El deterioro de la jurisprudencia en el Tribunal Supremo y en los Tribunales Superiores de Justicia*, por don RAMÓN LÓPEZ VILAS, Catedrático de Derecho Civil. Universidad San Pablo-CEU. Magistrado Excedente del Tribunal Supremo.
- *Lo foral y lo autonómico: Criterios distintivos*, por don JESÚS IGNACIO FERNÁNDEZ DOMINGO, Profesor de la Universidad San Pablo-CEU.

H) Universidad Antonio de Nebrija

Se ha celebrado el III Ciclo de Derecho y Empresa durante los días 30 de mayo y 6 de junio, con el siguiente programa:

LOS PROBLEMAS DE APLICACION DE LA NUEVA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL

- *Novedades introducidas por la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil en la práctica procesal*, por el Profesor Doctor don VÍCTOR MORENO CATENA, Catedrático de Derecho Procesal.
- *El procedimiento declarativo: tramitación y problemas planteados*, por don BORJA SANZ, Abogado.
- *El procedimiento de ejecución: dificultades en la realización*, por doña MARÍA LUISA FREIRE, Secretaria del Juzgado de Primera Instancia, número 38, de Madrid.

Mesa redonda:

- *La realidad de los cinco primeros meses de aplicación de la nueva Ley*, por la Excm. señora doña MANUELA CARMENA, Vocal del Consejo General del Poder Judicial. Don CARLOS AGUILAR, Socio «Melchor, Albiñana & Suárez de Lezo». Ilmo. señor don JESÚS LUMERAS, Magistrado del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción, número 2, de Collado-Villalba. Doña CAYETANA DE ZULUETA, Procuradora de los Tribunales. Doña ANA BARALLAT, Procuradora de los Tribunales.

Modera: Profesora Doctora doña MARÍA GOÑI, Coordinadora Master en Derecho Empresarial. Universidad Antonio de Nebrija.

LOS PROBLEMAS DE APLICACION DEL REAL DECRETO DE OFERTAS PUBLICAS DE ADQUISICION DE ACCIONES

- *Las medidas defensivas*, por el Profesor Doctor don JAVIER GARCÍA DE ENTERRÍA, Catedrático de Derecho Mercantil.
- *La competencia entre ofertas públicas de adquisición*, por don RAFAEL MÍNGUEZ, Socio «Cuatrecasas Abogados».
- *La propuesta de Directiva CE sobre ofertas públicas de adquisición*, por el Excmo. señor don JOSÉ MARÍA MÉNDEZ, Subdirector General de Política Financiera y del Tesoro. Ministerio de Economía.

Mesa redonda:

- *La formulación obligatoria de una OPA: el régimen general y su incumplimiento. La actuación concertada y la suspensión de los derechos políticos*, por don LUIS MIGUEL DE DIOS, Abogado «Melchor, Albiñana & Suárez de Lezo». Profesor Doctor don ANÍBAL SÁNCHEZ ANDRÉS, Catedrático de Derecho Mercantil. UAM. Ex-vicepresidente de la CNMV.

Modera: Doña GEMMA MORAL.

JURISPRUDENCIA

I. Sentencias del Tribunal Constitucional

POR FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

Sentencia de 26 de febrero de 2001.—FILIACION.—Vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva la sentencia que incurre en error patente acerca de la práctica de la confesión del demandado y de la citación personal para realizar la prueba biológica de paternidad.

Antecedentes.—En la demanda de amparo se recoge la relación de hechos que a continuación sucintamente se extracta:

a) El recurrente en amparo promovió demanda en ejercicio de la acción de reclamación de filiación paterna no matrimonial contra don José Matías Bernardos, que fue íntegramente estimada por sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Ciudad Rodrigo, de 14 de octubre de 1993, aclarada por Auto de 19 de octubre de 1993, en la que se reconoció la filiación paterna del actor respecto del demandado.

El Juzgado de Instancia expresamente declara en la mencionada sentencia que «el demandado, requerido para la práctica de las pruebas biológicas, se ha negado a ello» y reconoce, de conformidad con una reiterada doctrina jurisprudencial, que aunque tal negativa «no es base suficiente para suponer una *ficta confessio*..., sí representa un indicio valioso que, conjugado con otros elementos probatorios, permite llegar a declarar la paternidad pretendida». Llega así a la conclusión de que en el presente supuesto concurren «los presupuestos necesarios exigidos por la jurisprudencia, que conjugados con la negativa a la práctica de las pruebas biológicas, transforman ésta en un elemento positivo de valoración y permiten afirmar la paternidad pretendida». En tal sentido, a partir de la valoración de la prueba practicada, entiende que pueden sostenerse como ciertas las siguientes apreciaciones de hecho: 1) «Puede considerarse probado que la madre del demandante en las fechas próximas a la concepción “no mantuvo relaciones con sujetos distintos del demandado”»; 2) «En las fechas próximas a la concepción del demandante se dieron las circunstancias propicias al acceso carnal»; 3) «De que se dieron las circunstancias propicias de acceso carnal, en la época de la concepción, es testigo el pueblo de Sancti Spiritus»; 4) «La madre en el acta de bautismo le puso de nombre José Matías, nombre compuesto que no es de los infrecuentes, en un pueblo pequeño y que coincide con el propio del demandado»; 5) «Toda la vida del demandante ha sido tenida en concepto público como hijo del demandado y apodado Rabosín, diminutivo del apodo de don José

Matías Bernardos»; 6) «Todo el mundo y toda la vida en Sancti Spiritus lo han tenido por hijo del demandado, es porque en su momento la población de Sancti Spiritus fue testigo del noviazgo de la madre del demandante y del demandado y de que se dieron las circunstancias propicias de acceso carnal que rellenan el requisito de la oportunidad»; y, en fin, 7) «Es también constante la doctrina jurisprudencial al afirmar que la persona de la que se postula el reconocimiento de la paternidad, es sujeto del proceso y objeto del mismo... sobre el que ha de operar la obtención de las pruebas biológicas y antropométricas y que la negativa del sujeto impide la tutela judicial efectiva y conculca la declaración programática del artículo 39 de la Constitución Española y los concordantes 127 y 135 del Código Civil, que posibilitan la investigación de la paternidad a través de una amplia gama de procedimientos para llegar a conocer la realidad genética».

b) Don José Matías Bernardos, demandado en el proceso *a quo*, interpuso recurso de apelación contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, que fue desestimado por sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca de 17 de diciembre de 1993.

La Audiencia Provincial corrobora la decisión de instancia, y afirma en este sentido que la negativa del demandado a someterse a la prueba biológica, «al ser requerido por el Organo judicial de primera instancia a más de impedir la tutela efectiva y conculcar la normativa citada, es valorada por nuestra jurisprudencia si no como *factia confessio* del artículo 393 de la LEC, sí como indicio valioso que, conjugado con otros elementos probatorios, permite llegar a la declaración de la paternidad pretendida; y sin que tal posición obstruccionista a repetida prueba pueda ampararse en derechos constitucionales al honor y a la intimidad, hechos valer por el mismo, ...cuya negativa a someterse a la misma, a más de conculcar la declaración programática del artículo 39.3 *in fine* de la Constitución, comporta un juicio de inestimable valor, revelador de un afán obstruccionista y denotador de fraude de Ley». Aplicada la doctrina expuesta al supuesto enjuiciado, la Sala sostiene que «por ser realidad la negativa persistente y reiterada del demandado a someterse a dicha prueba, quedaría por determinar si se dan o no en las actuaciones otros elementos de prueba que, conjugados con tal negativa, permitan elevar el indicio valioso que ésta representa, a prueba positiva, logro que puede conseguirse, acreditándose la no existencia de relaciones sexuales de la madre del actor con otros sujetos, en la fecha crítica de la concepción, y la oportunidad de acceso carnal con el demandado en esas mismas fechas... las posibilidades de acceso carnal con el demandado en las fechas próximas a la concepción se hacen ostensibles..., al darse la negativa al sometimiento de repetida prueba biológica, tanto más cuando por ser ésta de efectos más fiables... y por beneficiarle en suma, hace tal oposición, haya de estimarse por tanto infundada».

c) El demandado en el proceso *a quo* interpuso recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Provincial, que fue estimado por sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, de 28 de febrero de 1998, que casa y anula la sentencia de la Audiencia Provincial y, en sustitución de lo en ella resuelto, desestima la demanda promovida por el ahora recurrente en amparo y absuelve de todos los pedimentos de la misma al demandado.

En su sentencia, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo da por buena y convalida la frustración de la prueba biológica de paternidad, estableciendo como consecuencia la impunidad del demandado y la consagración de la

privación al actor de la prueba decisiva, legal y constitucionalmente prevenida, por causas que al mismo no le son imputables.

3. En cuanto a la fundamentación jurídica de la demanda de amparo, se invoca en ésta, frente a la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, de 28 de febrero de 1998, la vulneración, en primer término, del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión (art. 24.1 CE), al desconocer los extremos determinantes de las actuaciones en los que aquélla se funda.

Se sostiene al respecto que la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, al dictar su sentencia, se basa, como primer presupuesto, en que el demandado no fue requerido personalmente para la práctica de la prueba biológica. Tal afirmación desconoce manifiestamente, sin embargo, que consta en las actuaciones la diligencia de citación personal al demandado, que le efectuó el Secretario del Juzgado de Primera Instancia el día 3 de junio de 1993, para que compareciese el día 17 de junio siguiente en el Instituto Nacional de Toxicología a las nueve horas para realizar la prueba de paternidad, diligencia que fue firmada por el propio demandado (folio 95).

A mayor abundamiento, la Sala funda también su decisión en que el demandado se encontraba gravemente enfermo, hasta el extremo de que ni siquiera se le pudo practicar la prueba de confesión judicial. De nuevo tal aseveración, al igual que la anterior, desconoce las actuaciones, pues consta el acta de confesión judicial que le fue practicada al demandado (folio 97), lo que deja sin sustento el presupuesto de la grave enfermedad que le impedía, supuestamente, la práctica de dicha prueba, para cuya realización se desplazó hasta la sede del Juzgado, haciendo gala, al absolver las posiciones, de seguridad, precisión y agudeza. Tal prueba, por lo demás, se practicó pocos días antes de la fecha señalada para la prueba de paternidad a la que el demandado incompareció.

Por último, la Sala sostiene que el demandado no se negó a someterse a la prueba biológica. Sin embargo, de nuevo los autos constatan el desconocimiento que se denuncia de las actuaciones. En efecto, de un lado, figura la diligencia del Instituto Nacional de Toxicología, en la que el Director del mismo pone en conocimiento del Juez que «en el día de la fecha (para el que fueron citados para la práctica de la prueba en relación con la investigación de la paternidad el demandado, el demandante y la madre de éste) no se ha personado en este centro don José Matías Bernardos, habiéndolo hecho doña Juana Garduño Tapia y su hijo Matías Garduño Tapia» (folio 105). De otro lado, consta la previa diligencia de citación personal al demandado para la prueba de la paternidad (folio 95) llevada a cabo por el mismo Juzgado. Resulta claro, pues, que el demandado no ha cumplido ni ha acatado la orden de comparecer a la práctica de la prueba biológica.

La sentencia del Tribunal Supremo lesiona, además, el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en relación con los artículos 39.2, 14 y 118 CE, al convalidar la frustración de la prueba biológica acordada por el Juez competente por causa imputable al demandado. En este sentido no puede desconocerse la exigencia constitucional de tutela de los derechos de filiación y de investigación de la paternidad, de manera que la especial protección que proclama el artículo 39.2 CE no se haga ilusoria, cuando la práctica de la más importante prueba, la prueba biológica, aun acordada por el órgano judicial competente, se ve frustrada por causas ajenas al reclamante de la filiación,

sobre todo en los casos en que dicha frustración coloca a aquél en situación de indefensión. Lo que, a su vez, consagra una discriminación por razón de nacimiento que proscribe el artículo 14 CE y un incumplimiento del mandato constitucional del artículo 118 CE.

En este caso, la prueba biológica se ha visto incumplida y frustrada, no por la actitud del actor, que se ha sometido a la misma y ha colaborado en todo momento, sino porque su realización ha sido impedida por el demandado, que no se ha sometido a ella, pese a estar citado personalmente para su práctica, no atendiendo la orden judicial de que compareciera para su realización, circunstancia esta que tiene relevancia constitucional (STC 7/1994, de 17 de enero). El demandado se personó en los autos y contestó a la demanda, sin recurrir en ningún momento su admisión a trámite (art. 127.2 del Código Civil), como debió de haber hecho si su voluntad fuera la de defender válidamente la inexistencia de indicios serios de la conducta que se le imputaba o la carencia de fundamento de la demanda. Asimismo la prueba biológica fue admitida inicialmente y se dirigió oficio al Instituto Nacional de Toxicología para que se señalaran las fechas para su realización, sin que ninguna de las partes impugnara la decisión judicial en ese momento procesal. Posteriormente dicha prueba fue reproducida como diligencia para mejor proveer en función de las fechas de las que iba disponiendo el Instituto Nacional de Toxicología para la práctica de dicha prueba, sin que, asimismo, ninguna de las partes impugnara en este momento procesal la decisión del Juzgado, concretándose posteriormente la fecha tan pronto como el mencionado Instituto señaló día para su práctica.

Fallo.—El Tribunal Constitucional, por la autoridad que le confiere la Constitución de la Nación Española, ha decidido:

Estimar la presente demanda de amparo y, en su virtud:

1.º Declarar vulnerado el derecho del recurrente en amparo a la tutela judicial efectiva.

2.º Restablecerle en su derecho y, a tal fin, anular la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, de 28 de febrero de 1998, retrotrayendo las actuaciones al momento inmediatamente anterior al de dictarse la misma, para que se dicte una nueva sentencia en la que se respete el derecho fundamental lesionado.

Fundamentos jurídicos.—1. La demanda de amparo se dirige contra la sentencia dictada en casación por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, de fecha 28 de febrero de 1998, en autos de juicio declarativo ordinario de menor cuantía sobre reclamación de filiación paterna no matrimonial. La mencionada sentencia casó y anuló la dictada por la Audiencia Provincial de Salamanca, de 17 de diciembre de 1993, que confirmó en apelación la del Juzgado de Primera Instancia, número 2, de Ciudad Rodrigo, de 14 de octubre de 1993, y en sustitución de lo en aquélla resuelto, desestimó la demanda promovida por el ahora recurrente en amparo en ejercicio de la acción de reclamación de filiación paterna no matrimonial contra don José Matías Bernardos, absolviendo a éste de todos los pedimentos contenidos en la misma.

El solicitante de amparo imputa a la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, en primer término, la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), en relación con el derecho a la

tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), al desconocer circunstancias determinantes que constan en las actuaciones judiciales, pues, frente a lo que en aquélla se afirma, y se sostiene como fundamento de la estimación del recurso de casación, el demandado fue requerido por el Juzgado de Primera Instancia para la práctica de la prueba biológica, y se negó a someterse a la misma, así como se llevó a cabo la prueba de confesión judicial en la sede del Juzgado. Además invoca, en segundo lugar, la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en relación con los artículos 14, 39.2 y 118 CE, al convalidar el Tribunal Supremo con su decisión la frustración de la prueba biológica acordada por el órgano judicial competente por causas imputables únicamente al demandado, quien, pese a estar personalmente citado para su práctica, desatendió la orden judicial de comparecencia, lo que supone desconocer la exigencia constitucional de tutela de los derechos de filiación e investigación de paternidad (art. 39.2 CE), y consagrar una discriminación por nacimiento, proscrita por el artículo 14 CE, a la vez que un incumplimiento del mandato constitucional del artículo 118 CE. Finalmente, en el trámite de alegaciones del artículo 52.1 LOTC, aduce la lesión del derecho a utilizar los medios de prueba (art. 24.2 CE), rebatiendo en definitiva bajo su invocación la valoración que ha efectuado la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de las pruebas practicadas en el proceso.

El Ministerio Fiscal se pronuncia a favor de la estimación de la presente demanda de amparo. Considera que la queja del recurrente en amparo está referida al error sufrido por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en cuanto al decurso procesal de las pruebas practicadas, que la argumentación de la sentencia conduce a la estimación del recurso de casación, llegando a la conclusión de que incurre en error patente lesivo del derecho a la tutela judicial efectiva, de acuerdo con una reiterada doctrina constitucional, pues, frente a lo que se afirma en aquélla, la prueba de confesión judicial del demandado se celebró por imperio judicial como diligencia para mejor proveer, y éste fue personalmente requerido para la práctica de la prueba biológica, no habiendo comparecido para llevarla a cabo. Estos datos de carácter fáctico, sobre los que yerra la sentencia, determinaron la estimación del recurso de casación y su desvanecimiento puede abocar a una distinta decisión judicial.

La representación procesal de doña Argentina Ramos Sánchez, quien comparece en este proceso de amparo en condición de heredera del hijo del demandado en el proceso *a quo*, fallecidos ambos durante la tramitación del mismo, opone como obstáculo procesal a la admisión de la demanda de amparo la falta de agotamiento de los recursos utilizables en la vía judicial [art. 50.1 a) en relación con el art. 44.1 a), ambos de la LOTC]. En cuanto a los temas de fondo suscitados, reconoce que, ciertamente, la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo incurre en sendos errores al afirmar que el demandando no había sido citado con el fin de realizar la prueba de paternidad y que no se le recibió declaración en la prueba de confesión judicial, pues ambos extremos aparecen efectivamente acreditados en las actuaciones. Sin embargo, considera que ninguna incidencia tienen en la estimación del recurso de casación, pues éste se funda en que la sentencia viene a tachar de nula la citación personal de un anciano gravemente enfermo para la práctica de la prueba biológica, carente de las más elementales formalidades y aperci-bimientos oportunos. En su opinión, la frustración de la prueba biológica no puede atribuirse en exclusiva a la voluntad del demandado, ya que no tuvo nunca la oportunidad personal de manifestarse en uno u otro sentido, ni de

exponer que se practicase en forma y lugar distintos al propuesto por el demandante, no encontrándose con fuerzas, dado su estado de salud, para soportar un viaje de ida y vuelta a Madrid desde su residencia al objeto de llevar a cabo dicha prueba.

2. Hemos de comenzar nuestro enjuiciamiento con el análisis de la alegada causa de inadmisión de la demanda de amparo, consistente, según ya se ha adelantado, en la falta de agotamiento de todos los recursos utilizables dentro de la vía judicial [art. 50.1 a), en relación con el art. 44.1 a), ambos de la LOTC], que aduce la representación procesal de quien comparece en este proceso como parte demandada, por no haber reiterado el demandante en el proceso *a quo* y ahora solicitante de amparo en la segunda instancia que se practicase la prueba biológica de paternidad propuesta y admitida en la primera instancia; pero tal causa de inadmisión, como de inmediato se razonará, debe ser rechazada.

La lesión de los derechos fundamentales que se invocan en la demanda de amparo sería directamente imputable en su origen, y únicamente, como permite apreciar con absoluta nitidez su lectura, a la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, resolución que pone fin a la vía judicial previa, y contra la que no cabe recurso alguno, por lo que no cabe estimar que no se hayan agotado frente a la decisión judicial supuestamente vulneradora de aquellos derechos fundamentales todos los recursos utilizables dentro de la vía judicial. Además, la conculcación de los mismos no se apoya en la frustración de la práctica de la prueba biológica de la paternidad en la primera instancia, sino en el desconocimiento por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de datos esenciales que constan en las actuaciones que ha determinado la estimación del recurso de casación, y en la no valoración como indicio probatorio, junto a las demás pruebas practicadas, de la negativa del demandado en la vía judicial a someterse a la prueba biológica de paternidad, única circunstancia que motivó en opinión del demandante de amparo, que la misma no se llevara a cabo.

3. Despejado el anterior óbice procesal, y al objeto de precisar los términos en que ha de desenvolverse el debate de las cuestiones planteadas, debe señalarse que la ampliación extemporánea de los derechos fundamentales supuestamente menoscabados que el demandante de amparo efectuó en el trámite de alegaciones del artículo 52.1 LOTC, al añadir a las quejas iniciales del escrito de demanda la vulneración del derecho a la prueba, no puede ser tomada en consideración, debiendo quedar, por tanto, excluida de nuestro enjuiciamiento la pretendida infracción del mencionado derecho fundamental, ya que, de acuerdo con una constante y reiterada doctrina constitucional, las únicas quejas que pueden ser atendidas en esta vía de amparo constitucional son las que la propia parte actora deduce en su demanda, pues ésta es la rectora del proceso, la que acota, define y delimita la pretensión en relación con las infracciones que en ella se citan. En los trámites posteriores a la demanda no cabe modificar el *petitum* o la *causa petendi*, agregando extemporáneamente nuevos fundamentos o nuevas pretensiones, pues la finalidad de su apertura consiste sólo en permitir la subsanación de los defectos inicialmente advertidos, que motivarían la inadmisión de la demanda, o en facilitar a las partes, una vez recibidas las actuaciones, la formulación de pretensiones que, sin entrañar una modificación de la pretensión, desarrollen o complementen la línea argumental de la demanda (STC 132/1991, de 17 de junio, FJ 2, por todas).

Dos son las cuestiones que se suscitan en la demanda de amparo y a las que se ha de contraer, pues, nuestro enjuiciamiento. En primer lugar, siguiendo un orden tanto lógico como cronológico, la queja que el recurrente en amparo centra en la supuesta vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), consistente en que la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo ha desconocido circunstancias fácticas relevantes que constan efectivamente acreditadas las actuaciones, siendo tal desconocimiento determinante de la estimación del recurso de casación. En segundo lugar, si ello no fuese así, la de que el no valorar como indicio, junto con las otras pruebas practicadas, la negativa del demandado en el proceso *a quo* por causa a él únicamente imputable de someterse a la prueba biológica de paternidad, ha lesionado el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE), en relación con los artículos 14, 39.2 y 118 CE. Es evidente que el examen de esta segunda cuestión deviene supeditado a la desestimación, en su caso, de la primera, por lo que, en caso contrario, no procede su análisis.

Aunque en la demanda de amparo se enmarca la primera de las quejas en el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), lo cierto es que, pese a su imprecisión e incorrecta identificación del derecho constitucional supuestamente vulnerado, de la lectura de la misma se infiere que lo que se denuncia es el supuesto error en el que ha incurrido la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en la apreciación de determinados datos fácticos en relación con las pruebas propuestas y practicadas o no que constan en las actuaciones y que ha resultado determinante de la estimación del recurso de casación. En definitiva, como advierte el Ministerio Fiscal, lo que se suscita es el posible error patente en el que ha podido incurrir la resolución judicial impugnada.

4. Ha de traerse a colación, pues, la doctrina elaborada en torno al error patente con relevancia constitucional, recogida recientemente, entre otras resoluciones, en las SSTC 99/2000, de 10 de abril (FJ 5); 150/2000, de 12 de junio (FJ 2); 217/2000, de 18 de septiembre (FJ 3). En la primera de las mencionadas sentencias, que recopila el consolidado cuerpo doctrinal existente al respecto, dijimos que, aunque en alguna ocasión este Tribunal Constitucional se ha referido a las particularidades de la figura del error patente, esta institución viene relacionada primordialmente con aspectos de carácter fáctico. Así se ha aludido a ella como «indebida apreciación de datos de la realidad condicionantes de la resolución adoptada» (STC 68/1998, de 30 de marzo) o, de modo similar, se ha relacionado «con la determinación de los hechos objeto del juicio o con la determinación y relación del material de hecho sobre el que se asienta la decisión» (STC 112/1998, de 1 de junio), aplicándose también a un «dato fáctico indebidamente declarado como cierto» (STC 100/1999, de 31 de mayo).

Para que el error llegue a determinar la vulneración de la tutela judicial efectiva es preciso que concurren varios requisitos. En primer lugar, se requiere que el error sea determinante de la decisión adoptada, esto es, que constituya el soporte único o básico de la resolución (*ratio decidendi*), de modo que, constatada su existencia, la fundamentación jurídica pierda el sentido y alcance que la justificaba, y no pueda conocerse cuál hubiese sido el sentido de la resolución de no haberse incurrido en el mismo. Es necesario, en segundo término, que la equivocación sea atribuible al órgano judicial, es

decir, que no sea imputable a la negligencia de la parte, pues en caso contrario no existirá en sentido estricto una vulneración del derecho fundamental, tal y como presupone el artículo 44.1 LOTC. En tercer lugar, el error ha de ser, como ya se ha advertido, patente o, lo que es lo mismo, inmediatamente verificable de forma incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales, por haberse llegado a una conclusión absurda o contraria a los principios elementales de la lógica y de la experiencia. Y, por último, la equivocación ha de producir efectos negativos en la esfera del ciudadano, de modo que las meras inexactitudes que no produzcan efectos para las partes carecen, pues, de relevancia constitucional (por todas, STC 96/2000, de 10 de abril, FJ 4 y resoluciones allí citadas).

5. En el presente supuesto, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo examina en su sentencia únicamente dos de los seis motivos en los que se fundaba el recurso de casación, ya que su estimación convirtió en innecesario el análisis de los demás. Frente al criterio de la Audiencia Provincial y del Juzgado de Primera Instancia, que en sus respectivas sentencias habían valorado como indicio probatorio de la paternidad del demandado respecto al demandante, junto con las otras pruebas practicadas, la negativa del primero a someterse a la prueba biológica de paternidad, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo entiende que en este caso no podía ser considerada como indicio la falta de práctica de la prueba biológica, ya que ésta no se debía a la negativa del demandado a someterse a la misma, pues ni había sido requerido personalmente para ello, ni mucho menos se había negado a practicarla, aludiéndose en la sentencia como circunstancias que determinaron que no se llevase a cabo la edad y la grave enfermedad que padecía el demandado, las cuales impidieron también la celebración de la prueba de confesión judicial. Excluida la posibilidad de valorar como indicio probatorio la falta de práctica de la prueba biológica, la Sala considera que el resto de las pruebas practicadas no es suficiente para acreditar la paternidad del demandado respecto al demandante, por lo que casa y anula la sentencia de la Audiencia Provincial, desestimando la demanda del recurrente en amparo, y absolviendo al demandado de todos los pedimentos contenidos en la misma.

Pues bien, ante la apreciación fáctica que se hace en la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en orden a la práctica de la prueba de investigación de la paternidad y de la confesión judicial del demandado, el examen de las actuaciones judiciales permite apreciar con absoluta nitidez, como afirma el Ministerio Fiscal, de un lado, que la prueba de confesión judicial del demandado, tras ser suspendida dos veces por encontrarse enfermo, fue llevada a cabo en la sede del órgano judicial el día 4 de junio de 1993, tras ser reconocido por el médico forense, y apreciar éste que su estado de salud no le impedía desplazarse al Juzgado. De otro lado, que, tras la emisión del referido dictamen médico, el Juzgado de Primera Instancia acordó por providencia de 2 de junio de 1993 que el demandado fuese citado personalmente para que compareciese el día 17 siguiente en el Instituto Nacional de Toxicología para realizar la prueba biológica de paternidad, citación que le fue notificada personalmente en su domicilio por el Secretario del Juzgado el día 3 de junio. Consta, asimismo, que al día siguiente la representación procesal del demandado presentó un escrito ante el Juzgado, en el que manifestó que su representante consideraba la práctica de la prueba biológica de paternidad un ataque a su integridad física y a su intimidad, por lo que se oponía a la misma, a fin de que no resultaran vulnerados los derechos reconocidos

en los artículos 15 y 18.1 CE, así como que, dado su estado de salud, constatado en el informe médico forense, no podía desplazarse a Madrid, ni estaba en condiciones de afrontar las prácticas invasivas de orden médico que exige la referida prueba, y que la misma resultaba inútil, habida cuenta de las declaraciones de la madre del demandante. El Juzgado, por proveído de 14 de junio de 1994, tuvo por hechas las anteriores manifestaciones, y declaró no haber lugar a dejar sin efecto la prueba hemolítica acordada, para la que había sido citado personalmente el demandado el próximo día 17 de junio. Consta también en autos un oficio del Director del Instituto Nacional de Toxicología, dirigido al Juzgado, mediante el que se pone en conocimiento de su titular que en el día señalado no se había personado en el Centro el demandado para llevar a cabo la prueba biológica de paternidad, habiendo comparecido el demandante y su madre, por lo que no había podido procederse a la toma de muestras. Finalmente, al día siguiente del fijado para la práctica de la mencionada prueba, la representación procesal del demandante de amparo presentó un escrito ante el Juzgado, en el que, sin aducir causa alguna en orden a justificar su incomparecencia para someterse a la prueba biológica de paternidad, se limitó a solicitar la nulidad de la providencia, de 14 de junio de 1993, y que se dejase sin efecto la prueba hemolítica acordada, por considerar la misma inútil a raíz del contenido de la declaración testifical de la madre del demandante.

Es evidente, pues, que el demandado en el proceso *a quo* fue requerido personalmente para la práctica de la prueba biológica de paternidad, así como que no compareció en el centro en el que debía de practicarse, estando debidamente citado, y habiendo sido expresamente reiterado dicho requerimiento por el órgano judicial ante su inicial oposición a llevarla a cabo, lo que no puede sino ser considerado, según señala el Ministerio Fiscal, como una negativa formal a la práctica de dicha prueba. E, igualmente, que se celebró en la sede judicial la prueba de confesión judicial del demandado, invocándose en la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, precisamente la imposibilidad de su práctica como circunstancia acreditativa del estado de salud del demandado y de que no se debía a su negativa la falta de práctica de la prueba biológica. El error patente en el que incurre la sentencia, que se mueve en el ámbito de lo fáctico, al afirmar que no fue requerido personalmente para la práctica de la prueba biológica y que no se negó a someterse a ella, así como que no se pudo practicar la prueba de confesión judicial, con el significado que a tal imposibilidad se le confiere en su discurso, resulta verificable de forma inconcusa a partir de las actuaciones judiciales, es únicamente imputable al órgano judicial, resulta determinante de la decisión judicial adoptada, pues la misma se funda precisamente en la improcedencia, en este caso, de valorar como indicio probatorio la falta de práctica de la prueba biológica, por no deberse la misma a la negativa del demandado de someterse a ella, y, en fin, ha producido, obviamente, efectos negativos en la esfera del demandante de amparo, al ver éste desestimadas sus pretensiones. En definitiva, la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, al incurrir en el error patente puesto de manifiesto, ha lesionado el derecho a la tutela judicial efectiva del recurrente en amparo, en su vertiente de derecho a obtener una resolución judicial fundada en Derecho y razonable.

La representación procesal de la parte que comparece como demandada en este proceso constitucional viene a sostener en sus alegaciones que la estimación del recurso de casación se ha fundado en la nulidad de la citación para

que el demandado en el proceso *a quo* compareciese ante el Instituto Nacional de Toxicología, dado su estado de salud y la carencia en la misma de las más elementales formalidades y apercibimientos oportunos. Sin embargo, tanto el lacónico razonamiento de la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, como las tajantes afirmaciones erróneas en las que sustenta su decisión, no permiten alcanzar tal conclusión, máxime cuando en su discurso ninguna referencia se contiene, ni directa ni siquiera indirecta, a aquella citación, cuyas deficiencias formales constituían un motivo de casación distinto a los examinados, y a la orden judicial que reiteró, ante las alegaciones efectuadas, que el demandado compareciese en la fecha fijada para someterse a la prueba biológica.

6. En cuanto a los efectos de la estimación del recurso de amparo por el motivo expuesto, éstos no pueden ser, como pretende el recurrente en amparo, los de declarar la nulidad de la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo y confirmar, decretando su firmeza, la de la Audiencia Provincial de Salamanca, sino, como alega el Ministerio Fiscal, la de retrotraer las actuaciones al momento inmediatamente anterior al de aquella sentencia, para que por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo se dicte una nueva sentencia, respetuosa con el derecho a la tutela judicial efectiva. No corresponde a este Tribunal Constitucional, en el ejercicio de su función jurisdiccional, suplir a los órganos judiciales en la valoración como indicio probatorio de la negativa del demandado en el proceso *a quo* de someterse a la prueba biológica de paternidad junto con las demás pruebas practicadas en el proceso, en orden a determinar la paternidad de éste respecto al demandante de amparo, no habiéndose pronunciado, además, en este caso, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo sobre los demás motivos en los que se fundó el recurso de casación, y que no fueron examinados, por resultar innecesario su análisis a tenor de la sentencia que aquí se anula, cuyo examen ahora pudiera también resultar necesario e incluso determinar la decisión del proceso en uno u otro sentido.

II. Resoluciones de la Dirección General

A) RESOLUCIONES PUBLICADAS EN EL *BOE*

Por FERNANDO CURIEL LORENTE

A) Registro de la Propiedad

Resolución de 1 de febrero de 2001
Registro de la Propiedad de Alicante, número 3
(*BOE 21-3-2001*)

LICENCIA MUNICIPAL. VENTA DE CUOTA INDIVISA. ASIGNACION DE ESPACIO EXCLUSIVO.

La transmisión de una cuota indivisa de una finca con asignación del uso exclusivo de un espacio determinado implica una verdadera división cuando cada una de las partes es susceptible de constituir físicamente 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 2 de febrero de 2001
Registro de la Propiedad de Alicante, número 3
(*BOE 21-3-2001*)

LICENCIA MUNICIPAL. VENTA DE CUOTA INDIVISA. ASIGNACION DE ESPACIO EXCLUSIVO.

La transmisión de una cuota indivisa de una finca con asignación del uso exclusivo de un espacio determinado implica una verdadera división cuando cada una de las partes es susceptible de constituir físicamente 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 10 de febrero de 2001
Registro de la Propiedad de Alicante, número 3
(*BOE 21-3-2001*)

LICENCIA MUNICIPAL. VENTA DE CUOTA INDIVISA. ASIGNACION DE ESPACIO EXCLUSIVO.

La transmisión de una cuota indivisa de una finca con asignación del uso exclusivo de un espacio determinado implica una verdadera división cuando cada una de las partes es susceptible de constituir físicamente 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 12 de febrero de 2001
Registro de la Propiedad de Alicante, número 3
(BOE 24-3-2001)

LICENCIA MUNICIPAL. VENTA DE CUOTA INDIVISA. ASIGNACION DE ESPACIO EXCLUSIVO.

La transmisión de una cuota indivisa de una finca con asignación del uso exclusivo de un espacio determinado implica una verdadera división cuando cada una de las partes es susceptible de constituir físicamente 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 3 de febrero de 2001
Registro de la Propiedad de Chiva
(BOE 26-3-2001)

ADMINISTRADORES. ACREDITACION DEL CARGO: NO ES IMPRESCINDIBLE LA INSCRIPCION PREVIA EN EL REGISTRO MERCANTIL.

Como ya lo señaló la Resolución de 17 de diciembre de 1997, no es imprescindible, al haberse suprimido en el nuevo RRM la norma contenida en el artículo 95 RRM de 1956, la inscripción previa en el Registro Mercantil del nombramiento de administrador de una sociedad mercantil para practicar la inscripción en el de la Propiedad de la adquisición inmobiliaria realizada por dicho administrador para la sociedad, ya que los actos del administrador son válidos desde su aceptación del cargo válidamente conferido, pero deberá acreditarse al Registrador de la Propiedad el nombramiento válido, la aceptación del cargo por la persona designada y la vigencia del mismo, lo que se dificulta enormemente a falta de inscripción en el Registro Mercantil.

Resolución de 5 de febrero de 2001
Registro de la Propiedad de Laredo
(BOE 26-3-2001)

SERVIDUMBRE. IDENTIFICACION DEL PREDIO SIRVIENTE Y DE LA ZONA AFECTADA. TRACTO SUCESIVO.

En cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 9 LH y 51 RH, y atendida la naturaleza del derecho real de servidumbre, resulta indispensable la descrip-

ción de la finca gravada en la forma exigida por la legislación hipotecaria y la concreción de la parte de la finca gravada con la servidumbre. No puede accederse a la inscripción de la sentencia en que se declara la existencia de la servidumbre cuando la finca gravada figura inscrita a favor de persona distinta de aquélla contra la que se ha dirigido el procedimiento en calidad de demandada.

Resolución de 6 de febrero de 2001
Registro de la Propiedad de Lloret de Mar
(BOE 28-3-2001)

ARRENDAMIENTOS. NOTIFICACION EN ADJUDICACION FORZOSA: FORMA.

El cambio de redacción producido en el artículo 25.5 de la nueva LAU respecto del artículo 55.2 TR LAU de 1964, al referirse a la manifestación que ha de realizar el transmitente de no existir arrendamientos vigentes sobre la finca enajenada, no es suficiente como para entender que deba modificarse la doctrina de la Dirección sobre la forma de realizar esa manifestación cuando se trata de inscribir la adjudicación aprobada en procedimiento judicial de ejecución: podrá realizarla el adquirente en las propias actuaciones judiciales, o después ante Notario o en instancia firmada o ratificada ante el Registrador.

Resolución de 7 de febrero de 2001
Registro de la Propiedad de Zaragoza, número 2
(BOE 23-3-2001)

HIPOTECA. DOMICILIO PARA NOTIFICACIONES: OMISION. PLURALIDAD.

La omisión o la no inscripción por defectos de la designación de domicilio para notificaciones al deudor, no puede motivar la ineficacia de la hipoteca ni ser obstáculo para su inscripción, sino que en todo caso impedirá la ejecución por los procedimientos judicial sumario o extrajudicial, pero no por el procedimiento ordinario (legislación anterior a LEC 2000). La designación de un domicilio distinto para cada uno de los deudores no puede estimarse contravención de lo dispuesto en el artículo 130 LH (anterior a LEC 2000), sino que determinará únicamente que llegado el caso de la ejecución en ambos domicilios deban practicarse los requerimientos y notificaciones.

Resolución de 8 de febrero de 2001
Registro de la Propiedad de Las Palmas, número 1
(BOE 28-3-2001)

HIPOTECA. DIVISAS: MAXIMO DE RESPONSABILIDAD POR PRINCIPAL; PROCEDIMIENTO EXTRAJUDICIAL. INTERESES VARIABLES: DETERMINACION. CERTIFICACION CFR ARTICULO 1.435.3.º LEC.

Está suficientemente determinado el máximo de responsabilidad por principal si se establece que será el importe inicial del préstamo en su equivalencia en pesetas y resulta de la escritura que el préstamo es por un importe igual

al contravalor en divisas convertibles de diez millones de pesetas y que la hipoteca se constituye en garantía del reembolso del principal del préstamo igual a diez millones de pesetas. Aun cuando el importe concreto de la deuda en divisas convertibles no queda totalmente determinado al constituirse el préstamo, no debe impedirse por ello la posibilidad de pactar la ejecución extrajudicial de la hipoteca, pues 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. No cumple los requisitos exigibles al tipo de referencia para intereses variables si no se determina el mercado financiero que ha de tomarse en cuenta para los depósitos de referencia, y si han de añadirse para su determinación gastos y comisiones no determinados o determinables y cuyo importe puede depender de la voluntad de la entidad acreedora. El máximo de responsabilidad por intereses variables no puede fijarse exclusivamente respecto de terceros, sino que se exige también *inter partes*. Es válido el pacto por el que se acepta que la determinación del importe de la deuda reclamada se realice por la certificación prevista en el artículo 1.435.3 LEC.

Resolución de 9 de febrero de 2001
Registro de la Propiedad de Las Palmas, número 1
(BOE 28-3-2001)

HIPOTECA. DIVISAS: MAXIMO DE RESPONSABILIDAD POR PRINCIPAL; PROCEDIMIENTO EXTRAJUDICIAL. INTERESES VARIABLES: DETERMINACION. CERTIFICACION CFR ARTICULO 1.435.3.º LEC.

Reitera la doctrina de la Resolución de 8 de febrero de 2001, y añade que, a efectos de determinar la responsabilidad máxima por intereses variables, no basta con señalar una cantidad si no resulta de la escritura el tipo máximo al que pueden devengarse los intereses variables, pues sin él no puede saberse si se excede o no el límite del artículo 114 LH.

Resolución de 13 de febrero de 2001
Registro de la Propiedad de Pineda de Mar
(BOE 27-3-2001)

CERTIFICACION DE DOMINIO. REANUDACION DE TRACTO. FINCA YA INMATRICULADA: INAPLICABILIDAD DEL PROCEDIMIENTO DEL ARTICULO 306 RH.

La certificación regulada en el artículo 206 LH no permite inscribir a favor de un Ayuntamiento una finca que figura ya inmatriculada. La coincidencia absoluta de la finca cuya inmatriculación se pretende con otra ya inmatriculada impide aplicar el procedimiento previsto en el artículo 306 RH para cuando la finca coincide en algunos detalles con la inmatriculada, de modo que el Registrador tiene dudas sobre su posible identidad.

Resolución de 14 de febrero de 2001
Registro de la Propiedad de Lleida, número 2
(BOE 21-3-2001)

SOCIEDAD CIVIL. PERSONALIDAD JURIDICA. INSCRIPCION DE INMUEBLES A SU FAVOR: REQUISITOS.

Tras un exhaustivo análisis de la Resolución de 31 de marzo de 1997 y de la reforma del Reglamento de Registro Mercantil por Real Decreto 1867/1998, así como de la anulación de la reforma por sentencia de 24 de febrero de 2000, aun reconociendo que la seguridad jurídica ganaría con la inscripción de las sociedades civiles en un registro específico, entiende que con la legislación vigente no puede negarse la personalidad jurídica de una sociedad civil, aunque no revista forma mercantil, a los efectos de figurar como titular registral de inmuebles. Cuestión distinta es cómo han de acreditarse, a efectos de la inscripción en el Registro de la Propiedad, la existencia de dicha personalidad y la representación de quienes actúan en su nombre, para lo cual, si, además, como en el caso planteado, se trata de sociedad a la que en el momento de la constitución se han aportado inmuebles, el documento privado de constitución resultaría insuficiente. Pero esta cuestión no se ha planteado en el recurso por el Registrador.

Resolución de 17 de febrero de 2001
Registro de la Propiedad de Ramales de la Victoria
(BOE 28-3-2001)

SUSPENSIÓN DE PAGOS. EJECUCION SINGULAR: ACREDITACION. NOTIFICACION AL ORGANO DE CONTROL.

La valoración de si el crédito que da lugar a la adjudicación cuya inscripción se pretende, tiene o no derecho de ejecución singular, no entra dentro del ámbito de la calificación del Registrador, sino que quedará dentro de las facultades de los órganos de control que la ley establece para protección de los derechos de los acreedores, por lo que al Registrador le basta con comprobar que dichos órganos (interventores, comisión de control o seguimiento) han tenido la debida participación. El órgano de control que debe tener la debida participación en el proceso de ejecución es el que exista en el momento en que la ejecución se produce, por lo que cumplirá las exigencias legales la adjudicación si en el procedimiento se realizó la notificación a los interventores de la suspensión, aunque al tiempo de solicitarse la inscripción conste ya inscrito un convenio de acreedores del que resulte que la actuación de los interventores ha sido sustituida por la de una comisión liquidadora.

Resolución de 19 de febrero de 2001
Registro de la Propiedad de Soria, número 1
(BOE 28-3-2001)

ANOTACION DE EMBARGO, CADUCIDAD: IMPIDE CANCELAR CARGAS POSTERIORES CUANDO SE INSCRIBE LA ADJUDICACION.

Caducada una anotación de embargo, el mandamiento por el que, al aprobarse el remate en la adjudicación, el Juez ordena la cancelación de cargas posteriores a aquella anotación, carece de virtualidad cancelatoria.

Resolución de 20 de febrero de 2001
Registro de la Propiedad de Zaragoza, número 8
(BOE 28-3-2001)

PROPIEDAD HORIZONTAL. COMPLEJO INMOBILIARIO. PODER PARA MODIFICACIONES POSTERIORES DE OBRA Y DE ESTATUTOS.

Inscrita como norma estatutaria la reserva a favor del constructor o promotor de otorgar modificaciones posteriores de la obra y de la propiedad horizontal, no hay inconveniente en que se inscriba también el poder previsto para su ejecución.

Resolución de 21 de febrero de 2001
Registro de la Propiedad de Valladolid, número 5
(BOE 28-3-2001)

HIPOTECA. SUBROGACION DE ACREEDOR. CANTIDAD ADICIONAL PRESTADA POR PAGO DE INTERESES AL ANTERIOR ACREEDOR.

El carácter restrictivo que ha de darse a la subrogación de un nuevo acreedor en un préstamo hipotecario preexistente obliga a entender que, aun cuando para que tenga lugar la subrogación, el nuevo acreedor tenga que satisfacer no sólo el capital pendiente de amortizar, sino también los intereses devengados y no satisfechos y la comisión pactada para este caso, la subrogación se limitará al importe pendiente del capital. Esta apreciación, no obstante, habrá de tenerse en cuenta en el futuro desenvolvimiento del derecho de hipoteca, pero no impide la constancia registral de la subrogación si se han cumplido los requisitos exigidos para que tenga lugar.

Resolución de 23 de febrero de 2001
Registro de la Propiedad de Valencia, número 9
(BOE 3-4-2001)

ADMINISTRADORES. INSCRIPCION PREVIA EN EL REGISTRO MERCANTIL: INNECESARIEDAD.

Como ya lo señaló la Resolución de 17 de diciembre de 1997, no es imprescindible, al haberse suprimido en el nuevo RRM la norma contenida en el artículo 95 RRM de 1956, la inscripción previa en el Registro Mercantil del nombramiento de administrador de una sociedad mercantil para practicar la inscripción en el de la Propiedad de la adquisición inmobiliaria realizada por dicho administrador para la sociedad, ya que los actos del administrador son válidos desde su aceptación del cargo válidamente conferido, pero deberá acreditarse al Registrador de la Propiedad el nombramiento válido, la aceptación del cargo por la persona designada y la vigencia del mismo, lo que se dificulta enormemente a falta de inscripción en el Registro Mercantil.

Resolución de 24 de febrero de 2001
Registro de la Propiedad de Rosas, número 1
(BOE 3-4-2001)

CANCELACION. NULIDAD DEL TITULO. CANCELACION DE UNA INSCRIPCION DE DOMINIO GRAVADO CON ANOTACION DE EMBARGO.

En causa penal por delito de alzamiento de bienes se declara la nulidad de determinadas transmisiones de un inmueble, ordenándose la cancelación de la inscripción a favor del adquirente. El Registrador la deniega porque, estando vigente una anotación de embargo contra el adquirente, no puede cancelarse la inscripción de dominio embargado, pues se rompería el tracto respecto del anotante que no ha sido parte en el procedimiento. La DGRN, confirmando el Auto del Presidente del TSJ, entiende que, aunque la rectificación no puede perjudicar al anotante, que no ha tenido intervención en el procedimiento, sin embargo nada impide, de momento, reflejar registralmente la nulidad del título, sin perjuicio de que subsista aquella anotación.

Resolución de 26 de febrero de 2001
Registro de la Propiedad de Seo de Urgel
(BOE 3-4-2001)

URBANISMO. REPARCELACION. RECTIFICACION COMO OPERACION COMPLEMENTARIA.

Inscrita una reparcelación, se pretende la inscripción de un acta otorgada por el ente administrativo en concepto de «operación complementaria», por la que se rectifica aquella para hacer constar que una finca, de la que se había dicho que sólo se aportaba una porción segregada, se aportó, en realidad, en su totalidad, por lo que se solicita la cancelación de la hoja registral del resto aportado. Es correcta la denegación acordada por el Registrador por no constar el consentimiento del titular registral.

Resolución de 27 de febrero de 2001
Registro de la Propiedad de Murcia, número 2
(BOE 3-4-2001)

HIPOTECA. INTERESES: VARIABILIDAD. EJECUCION: CERTIFICACION BANCARIA. INSCRIPCION PARCIAL.

Pactándose que los intereses del préstamo garantizado con la hipoteca se devengarán conforme a un tipo variable, no es imprescindible que se establezca el máximo al que se producirá ese devengo, siempre que se señale una responsabilidad máxima por este concepto.

Aunque, como tiene dicho la DGRN, la determinación de un máximo de responsabilidad, cuando el interés es variable, es necesario tanto frente a terceros como entre los otorgantes, este requisito se entiende cumplido aunque se utilice la expresión «a efectos meramente hipotecarios», que sólo puede ser interpretada como instrumento para definir el alcance de la hipoteca en cuanto a este concepto.

Es inscribible el pacto por el que se conviene que la cantidad a reclamar será la que resulte de una certificación de la entidad acreedora, cuando, aún tratándose de un préstamo, se hace constar que la cantidad recibida se ingresa a continuación en una cuenta especial, cuyo saldo determinará el importe de la deuda. No obsta el que no coincidan las exigencias pactadas con las impuestas por el artículo 153 LH, pues, sobre tener éste carácter imperativo y, por tanto, de inexcusable cumplimiento llegado el caso de ejecución, el pacto escriturario se refiere sólo al procedimiento ejecutivo ordinario y no al judicial sumario.

Nada impide la inscripción de la hipoteca, limitada al principal y, en su caso, a costas y gastos, con exclusión de la cobertura pactada respecto de los intereses, si hubiera motivo para suspender o denegar solamente la inscripción en cuanto a los mismos.

Resolución de 28 de febrero de 2001
Registro de la Propiedad de Madrid, número 2
(BOE 18-4-2001)

ANOTACION DE EMBARGO. CADUCIDAD: COMPUTO CUANDO PROCEDE POR CONVERSION. ANOTACION DE SUSPENSION. EFECTOS SOBRE EL ASIENTO DE PRESENTACION.

La finalidad esencial de una anotación de suspensión por defectos subsanables es prolongar los efectos del asiento de presentación. Por tanto, cuando la que se suspende es una anotación de embargo y, subsanados los defectos, se convierte en anotación de embargo la de suspensión, la fecha de la anotación de embargo, a efectos de computar su plazo de vigencia, es la de la conversión y no la de la anotación de suspensión.

Resolución de 1 de marzo de 2001
Registro de la Propiedad de Valladolid, número 5
(BOE 3-4-2001)

TERCERIA DE DOMINIO. INSCRIPCION A FAVOR DEL TERCERISTA. CANCELACION DE LA INSCRIPCION DE DOMINIO DEL EMBARGADO.

Aun cuando la doctrina jurisprudencial dominante destaque que el objeto de una tercería de dominio es, exclusivamente, resolver sobre la pertinencia de un embargo (cfr., en este sentido, con el art. 603, Ley 1/2000, de 8 de enero, de Enjuiciamiento Civil), en el estado de la legislación actual y dado el respeto a la función jurisdiccional, no cabe que el Registrador desconozca la eficacia registral de la declaración recaída en el juicio de tercería de dominio, que debe permitir la inscripción del dominio a favor del tercerista y, en su caso, lo que no siempre será necesario, la cancelación de la inscripción de dominio a favor del demandado.

Resolución de 3 de marzo de 2001
Registro de la Propiedad de Benalmádena, número 2
(BOE 18-4-2001)

ADJUDICACION. TRACTO SUCESIVO: EL TITULAR REGISTRAL DEBE SER DEMANDADO. LA PREVIA ANOTACION DEL EMBARGO NO PERMITE PRESUMIR EL CUMPLIMIENTO DE ESE REQUISITO. ESCRITURA OTORGADA POR EL JUEZ: NO PRECISA SER OTORGADA EN NOMBRE DEL DEUDOR.

Las exigencias impuestas por los artículos 1, 20 y 38 LH, en consonancia con el artículo 24 CE, impiden inscribir una compraventa otorgada por el Juez como consecuencia de un procedimiento de ejecución en el que no ha sido demandado el titular registral. El hecho de que en su día se procediera al embargo de la finca y se tomara anotación del embargo trabado no obliga a practicar ahora la inscripción de un acto que adolece de un vicio invalidante, no pudiendo el Registrador quedar vinculado por la calificación que realizara al practicar la anotación previa del embargo del que deriva la enajenación.

Cuando el Juez otorga una escritura de compraventa en rebeldía del demandado, no representa ni sustituye al deudor, sino que realiza un acto de autoridad en ejercicio de su función jurisdiccional, por lo que no es preciso que la escritura se otorgue expresamente en nombre del demandado.

Resolución de 5 de marzo de 2001
Registro de la Propiedad de Algete
(BOE 18-4-2001)

URBANIZACION PRIVADA. ESTATUTOS. TRACTO SUCESIVO.

Inscritas las parcelas procedentes por segregación de otra, habiéndose desistido en su día por el otorgante de la inscripción de una servidumbre y de los Estatutos, por los que se establecía un régimen similar al de propiedad horizontal, no puede practicarse ahora la inscripción de tal escritura cuando figuran las parcelas segregadas inscritas a nombre de personas distintas del otorgante de la escritura, al ser imprescindible el consentimiento unánime de todos los propietarios de las parcelas afectadas.

Resolución de 6 de marzo de 2001
Registro de la Propiedad de Madrid, número 2
(BOE 18-4-2001)

ADQUISICION PREFERENTE. REQUISITOS PARA SU INSCRIPCION COMO DERECHO REAL.

No cabe la inscripción de un derecho de adquisición preferente cuyo carácter real no se establece expresamente, ni se deduce indiscutiblemente de los pactos del contrato, por lo que su contravención no producirá más efecto que la obligación de indemnizar daños y perjuicios, lo que le priva de eficacia *erga omnes*, característica esencial de los derechos reales, únicos, salvo previsión legal, que pueden tener acceso al Registro de la Propiedad.

Resolución de 7 de marzo de 2001
Registro de la Propiedad de Sevilla, número 9
(BOE 18-4-2001)

COMPRAVENTA JUDICIAL. REBELDIA DEL DEMANDADO. FIRMEZA DE LA SENTENCIA.

Se presenta escritura de compraventa otorgada por el Juez en ejecución de sentencia recaída en juicio seguido en rebeldía de los demandados, sin que se haga constar expresamente la firmeza de la sentencia, lo que el Registrador considera motivo para suspender la inscripción.

La resolución confirma que la firmeza debe ser expresada en la sentencia y que el Registrador carece de facultades y medios para apreciar su concurrencia por el transcurso de los plazos, pero que, en este caso, puede deducirse la firmeza del hecho de haberse dictado actos procesales posteriores que la exigen como presupuesto, tales como el requerimiento al demandado para el otorgamiento de la escritura o la propia decisión del Juez de proceder a tal otorgamiento, que no serían posibles sin la previa constancia de la firmeza de la sentencia que se ejecuta.

Nada se dice sobre la ejecutabilidad de sentencias dictadas en rebeldía del demandado, por haberse rechazado en el auto el defecto observado por el Registrador y no haber éste apelado ante la Dirección. El Auto dice que la sentencia es ejecutable e inscribible la escritura, sin perjuicio de que si en su día, por comparecencia del rebelde, se dicta nueva sentencia que altere la situación, se proceda también a la rectificación del Registro.

Resolución de 8 de marzo de 2001
Registro de la Propiedad de Vivero
(BOE 18-4-2001)

HIPOTECA. INTERESES. LIMITE MAXIMO CONFORME AL ARTICULO 114 LH.

No es obstáculo para la inscripción de una hipoteca el hecho de que la suma de las cifras de responsabilidad máxima por el concepto de intereses ordinarios y de demora, exceda del importe equivalente a cinco anualidades del capital al tipo máximo estipulado, pues el argumento de que ambos han de computarse conjuntamente a estos efectos sólo indica que una misma cantidad no puede devengar simultáneamente ambos tipos de interés, pudiendo, con este límite, constituirse la hipoteca en garantía de todos los intereses ordinarios y de demora devengados en las últimas cinco anualidades.

Resolución de 9 de marzo de 2001
Registro de la Propiedad de Palma de Mallorca, número 1
(BOE 18-4-2001)

CANCELACION. SENTENCIA NO FIRME. EJECUCION PROVISIONAL.

La cancelación de inscripciones hechas en virtud de escritura pública sólo puede cancelarse, a falta de consentimiento del titular registral, mediante sentencia firme (arts. 3.º y 82 LH, y 174 RH). La posibilidad de ejecución provisio-

nal de sentencias no puede alcanzar a medidas que estén en contradicción con su provisionalidad, como ocurre con la cancelación de un asiento registral. La prevención de alteraciones perjudiciales de la situación registral puede lograrse mediante la anotación de la demanda o, en su caso, de la propia sentencia, al modo que ocurre para el supuesto de rebeldía del demandado en el artículo 767.III LEC (sic, debe ser 787, párrafo cuarto, de la antigua LEC).

Resolución de 10 de marzo de 2001
Registro de la Propiedad de Madrid, número 11
(BOE 18-4-2001)

INMATRICULACION. TITULO PUBLICO. IDENTIDAD DE FINCA. IMPROCEDENCIA DEL RECURSO GUBERNATIVO.

Suspendida la inmatriculación de una finca por coincidir con otras ya inscritas, no puede sostenerse el recurso gubernativo contra la calificación del registrador, por no ser el procedimiento hábil para ello, debiendo acudir al procedimiento judicial establecido en el artículo 306 RH, al que se remite el artículo 300 RH.

Resolución de 12 de marzo de 2001
Registro de la Propiedad de Pamplona, número 1
(BOE 18-4-2001)

RECTIFICACION. DE ESCRITURA, YA INSCRITA, MEDIANTE ACTA NOTARIAL POR SI Y ANTE SI.

Inscrita una escritura de compraventa, se pretende la rectificación del precio de la misma mediante acta autorizada por el propio Notario por tratarse de un error material padecido por el mismo al redactar la escritura de compraventa. La Registradora considera necesario el consentimiento de los otorgantes de la escritura.

Entiende la resolución que, aun cuando el precio es elemento relevante del contrato, en este caso se desprende el error material padecido de la comparación de la escritura de compraventa con otra de hipoteca otorgada a continuación y también inscrita, por lo que resultando su evidencia de documentos otorgados por los interesados, y permitiendo, en este caso, la legislación notarial (art. 153 RN) el otorgamiento del acta de rectificación sin nuevo consentimiento de los otorgantes, no existe obstáculo para practicar la rectificación solicitada.

No se entra, pero se apunta, en la necesidad de autoliquidación del acta, por no haberse señalado como defecto que impida la inscripción.

Resolución de 13 de marzo de 2001
Registro de la Propiedad de Murcia, número 2
(BOE 18-4-2001)

HIPOTECA. INTERESES: VARIABILIDAD. EJECUCION: CERTIFICACION BANCARIA. INSCRIPCION PARCIAL.

Pactándose que los intereses del préstamo garantizado con la hipoteca se devengarán conforme a un tipo variable, no es imprescindible que se establezca el máximo al que se producirá ese devengo, siempre que se señale una responsabilidad máxima por este concepto.

Aunque, como tiene dicho la DGRN, la determinación de un máximo de responsabilidad cuando el interés es variable, es necesario tanto frente a terceros como entre los otorgantes, este requisito se entiende cumplido aunque se utilice la expresión «a efectos meramente hipotecarios», que sólo puede ser interpretada como instrumento para definir el alcance de la hipoteca en cuanto a este concepto.

Es inscribible el pacto por el que se conviene que la cantidad a reclamar será la que resulte de una certificación de la entidad acreedora, cuando, aun tratándose de un préstamo, se hace constar que la cantidad recibida se ingresa a continuación en una cuenta especial, cuyo saldo determinará el importe de la deuda. No obsta el que no coincidan las exigencias pactadas con las impuestas por el artículo 153 LH, pues, sobre tener éste, carácter imperativo y, por tanto, de inexcusable cumplimiento llegado el caso de ejecución, el pacto escriturario se refiere sólo al procedimiento ejecutivo ordinario y no al judicial sumario.

Nada impide la inscripción de la hipoteca, limitada al principal y, en su caso, a costas y gastos, con exclusión de la cobertura pactada respecto de los intereses, si hubiera motivo para suspender o denegar solamente la inscripción en cuanto a los mismos.

Resolución de 14 de marzo de 2001
Registro de la Propiedad de Vigo, número 2
(BOE 18-4-2001)

OBRA NUEVA. DECLARACION EXCLUSIVA POR EL TITULAR REGISTRAL.

No cabe oponer a la inscripción de una declaración de obra nueva sobre finca adquirida en trámites de liquidación de sociedad de gananciales que, al realizarse la declaración por el cónyuge adjudicatario y declararse que la construcción se llevó a cabo antes de la disolución de la sociedad, debe concurrir el consentimiento de los herederos del cónyuge premuerto, puesto que la declaración de obra nueva, en cuanto constatación de circunstancias físicas de la finca inscrita, basta con que sea formulada, a efectos de su inscripción por el titular registral actual de la finca. Incluso a efectos civiles, la transmisión de la finca comporta la de todas sus partes integrantes y accesorios, por lo que la omisión de su descripción carece de relevancia jurídica al efecto de decidir el alcance de lo que realmente se transmite (arts. 1.097 y 1.468, 356 y sigs., y 883 del Código Civil).

B) Registro Mercantil

Resolución de 15 de febrero de 2001
Registro Mercantil de Málaga
(BOE 23-3-2001)

ANOTACION PREVENTIVA DE CIERRE REGISTRAL. PROHIBICION DE INSCRIBIR ACTOS DE DETERMINADA PERSONA: POSIBILIDAD.

Pese a lo extraño del mandato, dictado en procedimiento criminal contra un presunto falso administrador inscrito, ya que lo normal es que se ordenara una anotación de prohibición de otorgamiento de determinados actos y no sólo de su acceso registral, lo que permite suponer que se está pensando en actos ya otorgados, puede accederse a extender la anotación de cierre ordenada porque el artículo 94.1.10 RRM se refiere a resoluciones judiciales establecidas en las leyes y puede entenderse que esta medida cabe al amparo del artículo 13 LE Criminal; porque el Registrador no puede enjuiciar el fundamento, proporcionalidad o repercusiones de la medida adoptada por el Juez; porque se entiende limitado el cierre a los actos del administrador concreto, pero no a otros actos, en particular los adoptados por la sociedad para superar las dificultades que para el desarrollo de la actividad social pueda suponer aquella medida.

Resolución de 16 de febrero de 2001
Registro Mercantil de Málaga
(BOE 21-3-2001)

OBJETO SOCIAL. MAQUINAS RECREATIVAS. REQUISITOS ADMINISTRATIVOS.

No puede negarse la inscripción de una sociedad con domicilio en una determinada Comunidad Autónoma, en la que la legislación autonómica impone determinados requisitos, por el único motivo de no cumplirse tales requisitos, si, por un lado, la sociedad puede actuar en todo el territorio español y, por tanto, en comunidades que no imponen dichos requisitos, y, por otro, en los propios estatutos se previene que, de ser necesaria autorización administrativa o la inscripción en registros públicos, no podrá iniciarse la actividad antes de que se hayan cumplido los requisitos administrativos exigidos.

Resolución de 23 de febrero de 2001
Registro Mercantil de Madrid, número XV
(BOE 3-4-2001)

TRANSFORMACION S.A. EN S.R.L. REDUCCION DE CAPITAL CON RESTITUCION DE APORTACIONES. MODIFICACION DE ESTATUTOS NO INS-CRITA. REQUISITOS.

Acordada la transformación de una sociedad anónima en sociedad de responsabilidad limitada y una reducción de capital con restitución de aportaciones a los socios, deben cumplirse para la inscripción del acuerdo de reducción los requisitos impuestos por la LSA en beneficio de los acreedores de la sociedad, por cuanto mientras no se inscriba la transformación, la forma social vigente a efectos de terceros es la anterior a la transformación.

Por otra parte, adoptándose el acuerdo de aprobación de nuevos Estatutos sociales, «los cuales no sufren alteración en el objeto...», según expresa literalmente, pero observándose que la redacción del artículo relativo al objeto, no coincide con la que consta en el Registro Mercantil, debe aclararse el

acuerdo de suerte que quede claro si existió o no una voluntad social de introducir tal modificación.

Resolución de 26 de febrero de 2001
Registro Mercantil de Barcelona, VIII
(BOE 3-4-2001)

JUNTA GENERAL. UNIVERSAL: APRECIACION DE SU EXISTENCIA. INNECESARIEDAD DE INSCRIPCION DEL ACUERDO PREVIO DE EXCLUSION DE UN SOCIO.

Dado que la legislación registral vigente no impone obligatoriamente la inscripción de la exclusión de un socio, aunque sí imponga la de la consiguiente reducción de capital, y que el Registro Mercantil no publica, salvo en el supuesto de sociedad unipersonal, la identidad de los socios ni la adquisición o pérdida de dicha condición, no puede exigirse la previa inscripción de la exclusión de un socio, deducida de la documentación presentada, como condición para apreciar el carácter universal de la Junta General, cuyos acuerdos pretenden inscribirse, pues no es posible atribuir al Registrador la posibilidad de calificar si la Junta tuvo o no el carácter de universal, para lo cual bastará con que realmente tuviera ese carácter y que la certificación de los acuerdos exprese que en el acta consta la relación de asistentes y su firma.

Resolución de 7 de marzo de 2001
Registro Mercantil de Pamplona
(BOE 3-4-2001)

CUENTAS ANUALES. DEPOSITO: NECESIDAD DE APLICACION DE LOS RESULTADOS.

No se cumple la exigencia impuesta por el artículo 366.1.2.º RRM de que de la certificación del acuerdo del órgano social que acompaña a las cuentas anuales para su depósito se desprenda la aplicación del resultado del ejercicio cuando lo que se hace es su aplicación a una cuenta «remanente» no relacionada en el balance.

Resolución de 12 de marzo de 2001
Registro Mercantil de Huesca
(BOE 18-4-2001)

DISOLUCION JUDICIAL. SOCIEDAD ANONIMA. NOMBRAMIENTO DE LIQUIDADORES.

No impide la inscripción de la disolución de una sociedad anónima acordada por sentencia firme el que no se realice en la misma el nombramiento de liquidadores, por cuanto es ésta una competencia de la Junta General y no se exige su necesario cumplimiento de forma simultánea a la disolución.

Resolución de 22 de febrero de 2001
Registro Mercantil Buq. de Gijón
(BOE 3-4-2001)

HIPOTECA. PROHIBICION DE DISPONER.

Con la excepción de la enajenación a extranjero, ya prohibida en la Ley, es aplicable a la hipoteca de buque la doctrina de la DGRN que rechaza la inscripción de las prohibiciones de enajenar o gravar el bien hipotecado, ni aun bajo la cobertura de una condición resolutoria del plazo pactado para la devolución del préstamo garantizado, por ser contrarias al principio de libertad de contratación, limitativas de las facultades de libre disposición que favorecen el crédito y ajenas a los intereses del acreedor en orden a la conservación y efectividad de la garantía.

B) RESOLUCIONES COMENTADAS

POR JESÚS GONZÁLEZ GARCÍA, JESÚS CUÉLLAR MARÍN y JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA

ADMINISTRADORES DE HECHO.—LA SUBSISTENCIA DE LAS FACULTADES DE LOS ADMINISTRADORES, A EFECTOS DE PODER CONVOCAR LA JUNTA GENERAL, UNA VEZ QUE HA CONCLUIDO EL PLAZO DE VIGENCIA DE SUS CARGOS, SOLO ES ADMISIBLE DURANTE EL TIEMPO QUE MEDIA ENTRE LA FECHA EN QUE EXPIRA SU MANDATO Y HASTA LA SIGUIENTE JUNTA CELEBRADA O QUE HUBIERA DEBIDO CELEBRARSE PARA LA APROBACION DE LAS CUENTAS ANUALES (ART. 145.1 RRM). NO CABE... «...LA ADMISION INCONDICIONADA DE UNA PRORROGA DEL PLAZO DURANTE EL CUAL LOS ADMINISTRADORES CON CARGO CADUCADO PUEDEN SEGUIR ACTUANDO VALIDAMENTE...» (RESOLUCIÓN DE LA DGRN, DE 15 DE FEBRERO DE 1999. BOE DE 11 DE MARZO DE 1999.)

RESOLUCION de 15 de febrero de 1999, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Barcelona, don Juan José López Burniol, contra la negativa del Registrador Mercantil de Barcelona, número XIV, don Luis Fernández del Pozo, a inscribir una escritura de transformación de una sociedad anónima en una sociedad de responsabilidad limitada.

Hechos.—I. El día 28 de diciembre de 1995, mediante escritura pública autorizada por el Notario de Barcelona, don Juan José López Burniol, la compañía mercantil «Grup Guillén, Sociedad Anónima» formalizó el acuerdo adoptado en la Junta General Extraordinaria, de fecha 10 de noviembre de 1995, de transformarse en sociedad de responsabilidad limitada.

II. Presentada copia de la anterior escritura en el Registro Mercantil de Barcelona el día 26 de enero de 1996, fue calificada, entre otros, con los siguientes defectos: «Presentado el documento que antecede, según el asiento 3509 del diario 655, se deniega su inscripción por observarse el defecto de estar la sociedad disuelta de pleno derecho y cancelados sus asientos, según

nota marginal extendida en la hoja de la sociedad, por aplicación de la Disposición Transitoria sexta.2 de la Ley de Sociedades Anónimas. Además, del contenido de la hoja registral que constaba de la cancelación y del título presentado, se observan los siguientes defectos: 1. El órgano de administración consta caducado. 2. La convocatoria de la Junta deberá efectuarse judicialmente (art. 101 de la Ley de Sociedades Anónimas)... Barcelona, a 12 de febrero de 1996. El Registrador. Firma ilegible». (...)

Fundamentos de Derecho.—Vistos los artículos 4 del Código Civil, 228 del Código de Comercio, 251, 261, 267, 272, 274, 277, 278, 280.a) y Disposición Transitoria sexta, párrafo 2, de la Ley de Sociedades Anónimas; los artículos 106.2.121.b) y 123 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada; el artículo 145 del Reglamento del Registro Mercantil; las sentencias del Tribunal Supremo, de 22 de octubre de 1974, 3 de marzo de 1977 y 1 de abril de 1986; y las Resoluciones de 1 de diciembre de 1994; 5 de marzo y 29 y 31 de mayo, 5, 10 y 18 de junio, 16, 17, 18, 21, 28, 30 y 31 de octubre, 4, 5, 12, 13 y 25 de noviembre y 4 de diciembre de 1996; 8, 10 y 28 de enero, 5, 25 y 26 de febrero, 3 y 12 de marzo y 23 de septiembre de 1997; 18 de febrero, 11 de marzo y 13 de mayo de 1998, entre otras.

1. En este expediente se debate sobre la inscribibilidad de una escritura de transformación de una sociedad anónima —cuyo capital social es inferior a 10.000.000 de pesetas— en una sociedad de responsabilidad limitada, otorgada antes del día 31 de diciembre de 1995, pero presentada en el Registro después de dicha fecha.

2. Por lo que se refiere a los únicos defectos que son objeto de impugnación, en primer lugar se plantea la cuestión relativa a la determinación del concreto alcance del mandato normativo contenido en la Disposición Transitoria sexta, párrafo 2, de la Ley de Sociedades Anónimas, lo que, dado su contenido sancionador, debe estar presidido por un criterio interpretativo estricto (cfr. art. 4 del Código Civil).

3. La finalidad de la norma es clara: La desaparición de la sociedad anónima preexistente a la nueva Ley de Sociedades Anónimas que a partir del 31 de diciembre de 1995 no hubiere ampliado su capital por encima del mínimo legal; ahora bien, es obvio que esta desaparición no puede imponerse de forma radical en un momento determinado, con desconocimiento de las múltiples relaciones jurídicas en las que la entidad puede estar interesada. Es por eso que la norma cuestionada no declara la extinción inmediata de la personalidad de las sociedades anónimas afectadas a partir de la fecha señalada, sino, exclusivamente, su «disolución de pleno derecho», expresión ya acuñada por el legislador (vid. art. 261 de la Ley de Sociedades Anónimas), que respeta la persistencia de esa personalidad jurídica, pero de un modo transitorio, pues excluye la posibilidad de contraer nuevas obligaciones y hacer nuevos contratos (cfr. arts. 267 y 272 de la Ley de Sociedades Anónimas y 228 del Código de Comercio), e impone la apertura del proceso liquidatorio encaminado a la conclusión ordenada de las relaciones jurídicas pendientes.

4. Lo anterior en modo alguno se contradice con la previsión adicional contenida en dicha norma que impone al Registrador la cancelación inmediata y de oficio de los asientos registrales relativos a la sociedad; es cierto que en los supuestos normales se prevé que dicha cancelación seguirá a la conclusión del proceso liquidatorio y aprobación del balance final de la sociedad (cfr. arts. 274 y 278 de la Ley de Sociedades Anónimas), pero ni hay base legal para inferir de

tal previsión que la cancelación de asientos implica la extinción de la personalidad jurídica, ni tal extinción puede anticiparse al agotamiento de todas las relaciones jurídicas pendientes de la sociedad [cfr. arts. 274.1, 277.2.1.^a, y 280.a) de la Ley de Sociedades Anónimas; 121.b) y 123 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, y 228 del Código de Comercio y la propia Disposición Transitoria sexta, párrafo 2, de la Ley de Sociedades Anónimas]. La cancelación de los asientos registrales de una sociedad (que no es sino una fórmula de mecánica registral para consignar una vicisitud de la sociedad, bien que se considere terminada la liquidación, bien la que ahora es impuesta legalmente de la disolución de pleno derecho) puede preceder a la definitiva extinción de la personalidad de la sociedad (tanto en los supuestos normales de disolución si al formalizarse la solicitud del art. 278 de la Ley de Sociedades Anónimas no hubieran sido tenidas en cuenta determinadas relaciones jurídicas pendientes de la sociedad, como en el caso de la Disposición Transitoria referida), y en consecuencia, tal situación registral no puede ser considerada como obstáculo a la práctica de eventuales asientos posteriores que la subsistencia de la personalidad jurídica implique y que sean compatibles con la transitoriedad y finalidad liquidatoria de esa subsistencia, y todo ello sin prejuzgar ahora si, como parece deducirse de la interpretación conjunta de los artículos 261 de la Ley de Sociedades Anónimas (que prevé otro supuesto de disolución de pleno derecho) y 251 del mismo texto legal, así como de la inexistencia en esta Ley de un precepto similar al artículo 106.2 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, es posible acordar la reactivación de la sociedad anónima disuelta por aplicación de la Disposición Transitoria sexta de la Ley de Sociedades Anónimas, máxime si es por acuerdo unánime de todos los socios.

5. Por otra parte, el Registrador achaca a la convocatoria de la Junta General cuyos acuerdos se pretenden inscribir un defecto insubsanable, cual es el de haberse hecho por persona no legitimada para ello, al encontrarse caducado el nombramiento de los administradores y ser necesaria la convocatoria judicial de la Junta. De confirmarse tal defecto, ni siquiera sería posible la mencionada reactivación con base en la transformación acordada, ya que la nulidad de la convocatoria acarrearía la de la propia Junta y la de sus acuerdos (sin prejuzgar si el acuerdo unánime de todos los socios permite sanar con plena eficacia retroactiva la anterior decisión adoptada en dicha Junta —cfr. Resolución de 1 de diciembre de 1994—).

6. El recurrente invoca la doctrina conocida como del Administrador de hecho, que atendiendo al riesgo que para la sociedad implica un riguroso automatismo en el cese de los administradores, una vez transcurrido el plazo por el que fueron nombrados, dando lugar a una situación de acefalía e inoperancia, unido al principio de conservación de la empresa, permitiría la válida actuación de los administradores con cargo caducado. Estos principios, que han inspirado la solución dada por este Centro Directivo a otros problemas como el condicionar la renuncia voluntaria de los propios administradores a la previa adopción de determinadas medidas tendentes a evitar aquella situación, la admisión de la figura del administrador suplente a los efectos de convocatoria de la Junta General para proceder a nombrar nuevos cargos (cfr. la Resolución de 11 de junio de 1992) o la búsqueda de otras soluciones que trataran de evitar el mismo riesgo, en modo alguno puede llevar a la admisión incondicionada de una prórroga del plazo durante el cual los administradores con cargo caducado pueden seguir actuando válidamente. De entrada, la Resolución de 24 de junio de 1968, que suele señalarse como punto de partida de la mencionada doctrina,

en realidad consagra más la figura del Administrador reelegido de hecho a la vista de las actuaciones posteriores al cese, algunas inscritas, que la del Administrador de hecho como tal; la posterior Resolución de 12 de mayo de 1978, que vuelve a insistir en las peculiaridades del caso, admitió la válida actuación del órgano de administración caducado a los exclusivos fines de convocar la Junta General para proceder a nuevos nombramientos y evitar así la paralización de la sociedad, algo que, aunque sea *obiter dicta*, parece seguir admitiendo la Resolución de 7 de diciembre de 1993, pues en cuanto su actuación excediera de ese concreto objetivo fue rechazada en Resolución de 24 de mayo de 1974. Por su parte, la doctrina del Tribunal Supremo, plasmada entre otras, en sentencias de 22 de octubre de 1974, 3 de marzo de 1977 y 1 de abril de 1986, admite igualmente la válida actuación de los administradores con cargo caducado a los mismos fines y con el mismo objetivo, rechazando un automatismo que impida convocar la Junta General Ordinaria o una Extraordinaria previa, pero siempre bajo la idea de una caducidad reciente, una interpretación, en definitiva, en línea con la solución que para el caso de transcurso del plazo ha inspirado el régimen acogido en el artículo 145.1 del Reglamento de Registro Mercantil, la subsistencia del nombramiento hasta que se celebre la primera Junta o hubiera debido celebrarse la siguiente Junta General en que hubieran podido realizarse nuevos nombramientos.

7. En el presente caso, los administradores de la sociedad integrantes de su Consejo de Administración fueron nombrados en Junta General de 4 de abril de 1986 y no se cuestiona la caducidad de tales cargos, por lo que la convocatoria de la Junta General que adoptó los acuerdos ahora debatidos se hizo por quienes con bastante antelación habían cesado en el cargo que les legitimaba para ello y fuera de los plazos que permitían calificar como válida su actuación.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la decisión y la nota del Registrador respecto de los extremos que han sido objeto de impugnación.

Madrid, 15 de febrero de 1999.—El Director General, *Luis María Cabello de los Cobos y Mancha*.

Señor Registrador Mercantil de Barcelona número XIV.

PUBLICADA EN EL *BOE* DE FECHA 11 de marzo de 1999.

COMENTARIO

Se reitera la doctrina de otras anteriores, tanto en materia de administradores de hecho, como en cuanto a la interpretación de la Transitoria Sexta de la Ley de Sociedades Anónimas.

I. ADMINISTRADORES DE HECHO

Se reiteran nuevamente las consideraciones formuladas por la Resolución de 13 de mayo de 1998 (1) en cuanto al alcance que puede reconocerse actual-

(1) Publicada en el *BOE* de fecha 9 de junio de 1998 y comentada en el número 81 del *Boletín del Centro de Estudios Registrales* de Cataluña.

mente a la doctrina de los llamados «administradores de hecho». Se trata de la facultad reconocida jurisprudencialmente a los administradores para que, a pesar de haber caducado sus cargos, puedan convocar Junta General a los efectos —precisamente— de renovar el órgano de administración. Esta prolongación en el mandato de los administradores se admite para evitar una convocatoria judicial de la Junta, que —a falta de una Junta universal— sería el único remedio alternativo.

Se trata de evitar que un riguroso automatismo en la duración de los cargos llegue a provocar situaciones de paralización de los órganos sociales al menor descuido en su renovación, pero ello no debe llevarnos a caer en el extremo contrario: como muy bien observa la Resolución comentada, no cabe en modo alguno la admisión incondicionada de una prórroga del plazo durante el cual los administradores con cargo caducado pueden seguir actuando válidamente.

A las consideraciones anteriores se une la actual complejidad de las obligaciones que las leyes reguladoras de las sociedades de capital imponen a éstas. Actualmente, no basta con que la Junta se convoque al solo efecto de renovar los cargos; generalmente, es preciso aprobar las cuentas —para poder constituir su depósito en el Registro— y, a menudo también, adaptar los estatutos sociales. Sin estos acuerdos resulta imposible levantar la situación de cierre registral en que se encuentran muchas sociedades a las que afecta el problema de la caducidad de sus representantes, ya que no es solamente la obligación de renovarlos la que suele descuidarse, siendo muy frecuente que el descuido alcance a todas las demás.

Admitir que unos administradores caducados hace años puedan convocar la Junta, para adoptar acuerdos como los que acabamos de describir, implica llevar demasiado lejos la antigua doctrina del administrador de hecho, que fue concebida por la jurisprudencia anterior a la reforma mercantil de los años 1989-1990, y para situaciones de menor complejidad. Por otra parte, resulta inútil limitar el objeto de la Junta exclusivamente a la renovación de los cargos, porque no se podrían inscribir sin sanear la situación registral de la sociedad.

Los cambios legislativos operados desde 1990 hacían necesario un nuevo enfoque, ampliando las facultades de los administradores caducados, pero restringiendo la duración de las mismas para evitar posibles abusos. Así es como se hizo ya en el Reglamento del Registro Mercantil de 29 de diciembre de 1989, mediante una norma de marcado carácter sustantivo: el artículo 145 (2). De un lado, se evita el automatismo en la duración de los cargos, que ya no caducan de fecha a fecha, sino que se prorrogan hasta la siguiente Junta

(2) Esta norma ha pasado al vigente Reglamento de 1996 con ligeros retoques: «Artículo 145. Caducidad del nombramiento.

1. El nombramiento de los administradores caducará cuando, vencido el plazo, se haya celebrado la Junta General siguiente o hubiese transcurrido el término legal para la celebración de la Junta que deba resolver sobre la aprobación de cuentas del ejercicio anterior...

El Registrador hará constar la caducidad, mediante nota marginal, cuando deba practicar algún asiento en la hoja abierta a la sociedad o se hubiera solicitado certificación».

En las Sociedades de Responsabilidad Limitada, el artículo 192 remite a este mismo régimen.

celebrada o que hubiera debido celebrarse; de otro, se impone la caducidad de los cargos cuya renovación en tiempo oportuno no conste y se ordena al Registrador cancelar de oficio las inscripciones correspondientes.

Es de advertir que el Tribunal Supremo parece admitir últimamente la actuación de los administradores de hecho de modo incondicionado, pasando por alto la posibilidad de que pudieran estar canceladas las inscripciones correspondientes, y pronunciándose en unos términos tan categóricos que incluso darían a la antigua jurisprudencia sobre esta materia un alcance mucho mayor del que originariamente tuvo en su momento.

Se trata de la **sentencia de 27 de octubre de 1997**, la cual se limita a afirmar escuetamente lo siguiente: «En resumen, el recurrente dice que las convocatorias de Junta General hechas por el Presidente del Consejo de Administración, no obstante la caducidad de su cargo son nulas (vid. sentencia de 22 de octubre de 1974)... El motivo no prospera porque es muy reiterada y constante la jurisprudencia que admite la convocatoria de Juntas por Consejos de Administración que han rebasado su período de dirección, entre otras razones por la necesidad social de regularizar los órganos de las sociedades y acomodarlos a la legalidad estricta.»

A pesar del enfoque, un tanto maximalista, que el Tribunal Supremo ha dado en esta ocasión al problema que nos ocupa, creemos que no por ello queda desautorizada la doctrina formulada por la Dirección General de los Registros. Los criterios con que se interpretan las normas cuando se resuelve un litigio no necesariamente han de coincidir con los que se aplican al practicar la calificación registral; entre otras razones, porque el Registrador está vinculado por lo que resulte de los asientos del Registro (art. 18.2.º del Código de Comercio); si en éstos consta ya cancelado el cargo de un administrador, es evidente que no puede admitir la convocatoria de Junta efectuada por éste. Lo mismo sucede, naturalmente, si lo que procede es practicar la cancelación en el mismo momento de formular la calificación, como dispone el apartado 3.º del artículo 145 del Reglamento.

Puede salvarse la discordancia entre la jurisprudencia del Supremo y las Resoluciones reconduciendo el problema hacia una cuestión de tracto sucesivo (art. 11.3.º RRM). Principio que prevalece sobre la doctrina del administrador de hecho. Al determinar el Reglamento del Registro Mercantil que se cancelen de oficio las correspondientes inscripciones, ha cortado de raíz las posibilidades de actuación de estos administradores en el ámbito registral, salvo en el breve período de tiempo que media hasta la siguiente Junta General que deba convocarse para aprobar las cuentas.

Finalmente, recogemos la jurisprudencia del Tribunal Supremo y las resoluciones de la Dirección General acerca de los administradores de hecho:

STS de 22 de octubre de 1974: El cese de los administradores no se produce automáticamente al cumplirse el plazo de duración de su cargo: «...sino que deberá llevarse a cabo la celebración de la oportuna Junta General convocada por los mismos para el nombramiento de nuevos Administradores... Es lo cierto que no puede determinar (el art. 72 de la LSA) que el cese haya de producirse automáticamente al cumplirse aquel plazo, sino que deberá llevarse a cabo la celebración de la oportuna Junta General convocada por los mismos para el nombramiento de nuevos Administradores, pues si se sentara otro criterio llevándolo a sus últimas consecuencias, la Sociedad quedaría sin representación legal... no pudiendo ser designados nuevos adminis-

tradores sino a través de una Junta General, ésta no podría convocarse válidamente por persona alguna a salvo el supuesto del artículo 57 de la propia Ley de Sociedades Anónimas, al no existir quien ostentara el cargo de Administrador...».

STS de 3 de marzo de 1977: «...Es válida la convocatoria a Junta General de Accionistas efectuada por el administrador de una sociedad anónima que continuó en el ejercicio de sus funciones aún después de transcurrido el plazo de duración del cargo, en tanto no sea efectivamente sustituido en éste por los consejeros nuevamente designados...»

STS de 1 de abril de 1986: «...En los casos en que se estime que existe una continuidad de los administradores en el ejercicio de sus funciones sin haber mediado reelección, cualesquiera que fueran las consecuencias que de ello puedan derivarse, no se puede determinar que el cese haya de producirse automáticamente al cumplirse el plazo, sino que deberá celebrarse la oportuna Junta General, convocada por los mismos, para la designación de nuevos administradores, si se adoptara otro criterio y se llevara a sus últimas consecuencias, la sociedad quedaría sin representación legal; y la situación resultaría aún más complicada en caso de no existir un Consejo de Administración como tal, sino sólo administradores que asumen las funciones de aquél, ya que entonces, como no podrían designarse nuevos administradores sino a través de una Junta General, ésta no podría ser convocada válidamente por persona alguna salvo en el supuesto de convocatoria judicial que prevé el artículo 57 de la Ley de Sociedades Anónimas, al no existir quien ostentare el cargo de Administrador, que es el llamado a convocarla conforme al artículo 49 de la misma Ley de Sociedades Anónimas, lo que sería contrario a la lógica y a los principios que inspiran aquélla...»

Resolución de 24 de junio de 1968: «Considerando que esta tesis aparece avalada, a mayor abundamiento, por el proverbial principio de buena fe que regula las relaciones mercantiles y la doctrina de los actos propios —ya que todos los accionistas eran Administradores y tal carácter no se les ha regateado durante más de seis años, por lo que la conducta continuada de los socios está sancionando la reelección de los mismos—; hechos todos ellos que permiten afirmar que una vez que para dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 72, se haga constar en el Registro Mercantil la reelección ya habida en la realidad de los Administradores nombrados, resulta inscribible la escritura calificada.

»Considerando, finalmente, que de llevarse a su última consecuencia la teoría del cese automático de los Administradores, se llegaría en la Sociedad mencionada, a la situación, evidentemente no deseada, de que al tener, de una parte, que ser designados aquéllos por la Junta General, no podría, de otra, convocarse ésta válidamente, al no haber persona alguna que ostentase el cargo de Administrador, conforme al artículo 49 de la Ley —salvo en el de Junta Universal y siempre en las circunstancias excepcionales en que tal situación tiene lugar—, por lo que nunca podría realizarse tal nombramiento y se produciría una paralización de la vida social, sin solución posible, lo que constituye un resultado claramente contrario a los principios que han inspirado la Ley de 17 de julio de 1951».

Resolución de 24 de mayo de 1974: «Considerando que junto al principio de temporalidad del cargo de Administrador también recoge la Ley de Sociedades Anónimas el superior principio de conservación de la empresa, y en base a éste, y para evitar la paralización de la Sociedad por imposibilidad

de actuación de sus órganos sociales, este Centro Directivo declaró ya en la Resolución de 24 de junio de 1968, la validez de convocatoria de una Junta General hecha por Administradores con mandato caducado según el Registro, al haber transcurrido el plazo por el que fueron designados —una vez formalizada y constatada conforme al art. 72 de la Ley de Sociedades Anónimas, la reelección de hecho ya habida y acusada en los correspondientes antecedentes del caso, dulcificando de esta manera el riguroso automatismo derivado de una caducidad *ope legis*, en aras de la reconstitución de unos órganos sociales, que de otra forma no podían constituirse ni actuar...»

Resolución de 12 de mayo de 1978: «...Se plantea la cuestión de si, una vez cumplido el plazo de tres años para el que fueron designados como Administradores, pueden éstos, integrados en Consejo de Administración, ejercer la facultad de cooptación establecida en el artículo 73.2.º de la Ley y proveer las vacantes que hasta entonces se habrán producido debido al fallecimiento de uno de ellos y a la dimisión de otros tres, y en consecuencia nombrar hasta que se celebre la primera Junta General, cuatro administradores interinos, a uno de los cuales se designa Presidente del Consejo.

»Considerando que es reiterada jurisprudencia de este Centro Directivo desde la Resolución de 24 de junio de 1968, la de que el cese de Administrador no se produce automáticamente al cumplirse el plazo para el que fue nombrado, sino que se encuentra todavía legitimado para ejercitar una serie de facultades totalmente necesarias, pues de no ser así, y si se aplicara tajantemente otro criterio, podría quedarse la Sociedad sin representación legal, y sin la posibilidad de convocatoria de Junta General al no existir quien ostentara el cargo de Administrador.

»Considerando que la anterior doctrina, de carácter excepcional, no puede hacerse extensiva a supuestos distintos que no son vitales para la existencia y funcionamiento de la Sociedad, pues no hay que olvidar que el mandato legal contenido, como regla general, en el artículo 72 de la Ley, establece un plazo fatal que sólo puede entenderse todavía en vigor a los limitados efectos de impedir la paralización de la Sociedad, pues no cabe ampliarlo a supuestos no imperativos, como es el comprendido en el artículo 72.2.º de la Ley, que confiere una facultad al Consejo para completar, dentro del plazo legal, las vacantes que en el mismo se hubieran producido, por lo que reunidos, una vez vencido aquel plazo, seis de los diez Administradores que integran el Consejo de la Sociedad, no cabe designar interinamente de entre los accionistas a los cuatro que faltaban, y menos todavía estimar elegido como Presidente a quien no habrá obtenido mayoría, dado el empate de votos que se produjo y dio lugar a la falta de quórum necesaria...

»Considerando que de lo anteriormente expuesto se deduce que procede confirmar igualmente el tercero de los defectos de la nota de calificación, ya que la convocatoria de la Junta General se hizo por persona que no estaba legitimada para ello, de acuerdo con lo establecido en el artículo 21.a) de los Estatutos Sociales, que confiere esta facultad al presidente del Consejo de Administración...»

Resolución de 11 de marzo de 1998: Los nombramientos de administradores de las Sociedades Anónimas, efectuados por plazo superior a cinco años, con anterioridad a la entrada en vigor del vigente Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, caducan de acuerdo con lo dispuesto en la Disposición Transitoria Cuarta del anterior Reglamento del Registro Mercantil (de 29 de diciembre de 1989), el cual señalaba un plazo de cinco años a

contar desde su entrada en vigor (1 de enero de 1990). Por tanto, los cargos anteriores a dicha fecha, designados por más de cinco años, mantienen su vigencia hasta que se agote la duración prevista en los estatutos que estaban vigentes cuando se efectuó el nombramiento, siempre que no exceda del 1 de enero de 1995, en que caducan automáticamente todos.

Resolución de 13 de mayo de 1998: «...se ha de examinar la doctrina invocada por el recurrente, conocida como del administrador de hecho, que... permitiría la válida actuación de los administradores con cargo caducado... en modo alguno puede llevar a la admisión incondicionada de una prórroga del plazo durante el cual los administradores con cargo caducado pueden seguir actuando válidamente. De entrada, la Resolución de 24 de junio de 1968, que suele señalarse como punto de partida de la meritada doctrina, en realidad consagra más la figura del administrador reelegido de hecho a la vista de sus actuaciones posteriores al cese, algunas inscritas, que la del administrador de hecho como tal; la posterior Resolución de 12 de mayo de 1978, que vuelve a insistir en las peculiaridades del caso, admitió la válida actuación del órgano de administración caducado a los exclusivos fines de convocar la Junta General para proceder a nuevos nombramientos y evitar así la paralización de la sociedad, algo que aunque sea *obiter dicta* parece seguir admitiendo la Resolución de 7 de diciembre de 1993, pues en cuanto su actuación excediera de ese concreto objetivo fue rechazada en Resolución de 24 de mayo de 1974. Por su parte, la doctrina del Tribunal Supremo, plasmada entre otras, en sentencias de 22 de octubre de 1974, 3 de marzo de 1977 y 1 de abril de 1986, admite igualmente la válida actuación de los administradores con cargo caducado a los mismos fines y con el mismo objetivo, rechazando un automatismo que impida convocar la Junta General ordinaria o una extraordinaria previa, pero siempre bajo la idea de una caducidad reciente, una interpretación, en definitiva, en línea con la solución que para el caso de transcurso del plazo ha inspirado el régimen acogido en el artículo 145.1 del Reglamento del Registro Mercantil, la subsistencia del nombramiento hasta que se celebre la primera Junta o hubiera debido celebrarse la siguiente Junta General que hubieran podido realizar nuevos nombramientos...».

J. G. G.

COMPRAVENTA. INDIVISIBILIDAD CONVENCIONAL.—ES INSCRIBIBLE EL CONTRATO EN EL QUE LA PRESTACION, TANTO POR PARTE DE LOS VENEDORES COMO POR LA DE LOS COMPRADORES, ES CONJUNTA E INDIVISIBLE. (RESOLUCIÓN DE 23 DE JULIO DE 1999. BOE DE 8 DE SEPTIEMBRE DE 1999.)

RESOLUCION de 23 de julio de 1999, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto a efectos doctrinales por el Notario de Mijas, don Miguel Esteban Barranco Solís, contra la negativa del Registrador de la Propiedad de Mijas, número 2, don Francisco Mesa Martín, a inscribir una escritura de compraventa, en virtud de apelación del señor Registrador.

En el recurso gubernativo interpuesto a efectos doctrinales por el Notario de Mijas, don Miguel Esteban Barranco Solís, contra la negativa del Registra-

dor de la Propiedad de Mijas, número 2, don Francisco Mesa Martín, a inscribir una escritura de compraventa, en virtud de apelación del señor Registrador.

Hechos.—I. Con fecha 1 de diciembre de 1995, mediante escritura pública otorgada ante el Notario de Mijas, don Francisco Mesa Martín, los cónyuges don Ernest Hatton y doña Margaret Sandra Hatton, vendieron a los cónyuges don Raymond Samuel Beech y doña Flora Josephine Beech, todos de nacionalidad británica, una vivienda sita en el conjunto «Pueblo Sol», en el término de Mijas, finca registral número 28.740, por el precio de 35.000 libras esterlinas, equivalente a 6.475.000 pesetas.

II. Presentada copia de la referida escritura en el Registro de la Propiedad de Mijas número 2, fue calificada con la siguiente nota: «Suspendida la toma de razón del precedente documento por infracción del artículo 1.445 del Código Civil. Contra la precedente nota se puede interponer recurso gubernativo dentro del plazo de cuatro meses, a contar desde esta fecha, ante el Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, de conformidad con lo prevenido en el artículo 113 del Reglamento Hipotecario. Mijas, 9 de febrero de 1995. El Registrador. Firma ilegible».

III. El Notario autorizante de la escritura interpuso recurso gubernativo a efectos doctrinales contra la anterior calificación, y alegó: Que ante tal nota de calificación, el Notario autorizante queda totalmente indefenso y sin posibilidad de dar argumentos jurídicos en favor del acceso de la escritura en el Registro de la Propiedad, pues argumentar que en la misma constan todas las circunstancias exigidas por el supuesto artículo infringido es tan obvio como inútil, por lo que más que recurrir cabría protestar por la falta de rigor del Registrador que, o no toma en serio su trabajo, o no toma en serio el de los demás, entorpeciendo sin contemplaciones.

IV. El Registrador de la Propiedad, en defensa de su nota, informó: 1. Que según certificación de Ley expedida por el Cónsul del Reino Unido en Málaga, el régimen matrimonial británico es de absoluta separación de bienes; además, dicho régimen matrimonial lo prevé «La Matrimonial Proceedings and Property Act», por lo que se hace necesario expresar la participación en que compran los cónyuges, señores Beech, en la escritura objeto de este recurso. 2. Que en base al artículo 1.445 del Código Civil, se precisa concretar la proporción en que se compra y el precio que se satisface y, dado que el régimen matrimonial británico es de absoluta separación y no de gananciales, es por lo que si se hubiera practicado la inscripción se incurriría en una indeterminación. Que al comprar dos personas independientemente para sí, será necesario, según el artículo 1.445 del Código Civil, determinar cuál sea la cosa que compran (en este caso una cuota) y la certeza o exactitud del precio de la referida cosa.

V. El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía revocó la nota del Registrador, fundándose en que en la escritura la cosa aparece perfectamente determinada y el precio es cierto, y no se ve que el artículo 1.445 del Código Civil resulte infringido y en nada altera lo anterior, el que los compradores sean cónyuges cuyo régimen económico matrimonial sea de absoluta separación de bienes.

VI. El Registrador apeló el auto presidencial manteniéndose en sus alegaciones, y añadió: 1. Lo establecido en el artículo 54 del Reglamento Hipotecario en cuanto a las inscripciones de partes indivisas de finca o derecho.

2. Que hay que tener en cuenta el principio de especialidad hipotecaria. 3. Se señala la Resolución de 14 de diciembre de 1981.

Fundamentos de Derecho.—Vistos los artículos 1.138, 1.139, 1.149 a 1.151, 1.255 y 1.772 del Código Civil; 10 de la Ley Hipotecaria; 54, 92 y 217 del Reglamento Hipotecario, y Resoluciones de 5 de abril de 1991, 21 de enero de 1993 y 12 de junio de 1993.

1. En el caso objeto del presente recurso, el Registrador en su calificación se limita a suspender la inscripción de una escritura de compraventa por el único defecto de haberse infringido el artículo 1.445 del Código Civil. En dicha escritura de compraventa dos cónyuges británicos, dueños por mitad y proindiviso de determinada vivienda, venden el pleno dominio de ella a otros dos cónyuges también de nacionalidad británica, quienes la compran «con arreglo al régimen económico matrimonial legal supletorio de su país». Según certificado del Cónsul británico en Málaga, que el Registrador acompaña posteriormente a su informe, bajo la Ley inglesa, cada uno de los cónyuges ostenta plenos poderes contractuales y propietarios con independencia el uno del otro. Igualmente, se pactó que el precio de la venta sería de 35.000 libras esterlinas, equivalente a 6.475.000 pesetas.

2. En todo negocio jurídico que se concluye es primordial la voluntad de las partes en base al principio de autonomía de voluntad recogido en el artículo 1.255 del Código Civil, y por eso pueden concurrir los pactos y cláusulas que tengan por conveniente, siempre dentro de los límites establecidos en dicho artículo, y de ahí que la prestación, entrega de la cosa o pago del precio en la compraventa, puede configurarse bajo la forma de mancomunada o solidaria, divisible o indivisible, etc., lo que se traducirá en unas consecuencias jurídicas diferentes que se acomodarán a lo querido por los interesados y se encuentran protegidas legalmente.

3. Entre las obligaciones indivisibles, junto a las que lo son por la propia naturaleza del objeto, cabe también encontrar una indivisibilidad convencional en los casos en que siendo dicho objeto divisible, los contratantes, bien mediante convenio expreso o bien implícitamente, han estipulado que la obligación se ejecute como indivisible, y esto último es lo que sucede en la escritura discutida, pues de su lectura se deduce que se trata de un sólo y único contrato de compraventa en el que la prestación, tanto por parte de los vendedores como por la de compradores, es conjunta e indivisible.

No cabe, por tanto, negar el acceso al Registro de un acto traslativo perfectamente válido y exigir que las partes cambien su negocio inicial válido (la única compraventa de una vivienda de la que los vendedores son dueños por cuotas indivisas y los compradores adquieren del mismo modo) por una pluralidad de negocios. Y sin que, por otra parte, quepa alegar a efectos de inscripción el artículo 54 del Reglamento Hipotecario como hace el Registrador en su escrito de apelación, porque no es ese el defecto que resulta de la nota de calificación.

Esta Dirección General ha acordado revocar la nota y confirmar el auto.

Madrid, 23 de julio de 1999.—El Director General, *Luis María Cabello de los Cobos y Mancha*.

Excmo. Sr. Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía.

COMENTARIO

El supuesto de hecho de la Resolución es muy sencillo: Un matrimonio británico compra una finca, sin expresar la participación en que adquieren los cónyuges y sin que conste tampoco la existencia de un régimen convencional.

El Registrador extiende una nota de calificación ciertamente apresurada, suspendiendo la inscripción por considerar infringido el artículo 1.445 del Código Civil, que contiene, como es bien sabido, la definición legal de la compraventa. Posteriormente, y con mayor sosiego, manifiesta en su informe que, al ser el régimen legal supletorio británico el de separación de bienes, es preciso expresar la participación en que adquieren los cónyuges, conforme al artículo 54 del Reglamento Hipotecario.

La Dirección General confirma el auto revocatorio del Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, ante el único defecto puesto en la nota de calificación, por tratarse de un solo contrato de compraventa en que la obligación de los compradores es única e indivisible «sin que quepa alegar el artículo 54 del Reglamento Hipotecario en el escrito de apelación, al no resultar ese defecto de la nota calificadora».

I. INTRODUCCIÓN AL PROBLEMA

Ya en 1975, VICENTE SIMÓ SANTONJA se lamentaba de que «la contratación en España por extranjeros... está a la orden del día. La diversidad de leyes y reglamentos, no siempre coincidentes, ni suficientemente claros, plantea problemas tanto a los notarios como a los registradores... Y así las cosas funcionan un poco a la buena de Dios, porque también entre estos profesionales rige el refrán de que cada maestrillo tiene su librillo» («Problemática notarial y registral de la comparecencia de extranjeros», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, septiembre-octubre, núm. 510).

El crecimiento espectacular de adquisiciones inmobiliarias por extranjeros en los últimos lustros, especialmente en zonas turísticas, ha venido a acentuar un problema que no está bien resuelto por nuestra legislación, ni aclarado por la jurisprudencia registral, ni unificado tampoco en sus soluciones por una práctica cotidiana que no dudo en calificar de vacilante y errática, con el problema añadido de que, en muchos casos, el desconocimiento por notarios y registradores de los regímenes económicos matrimoniales extranjeros han provocado —y siguen provocando— asientos registrales equivocados, de los que constituye un mínimo ejemplo el que sirve para rematar su estudio al autor citado, cuando confiesa que «conozco el caso de un inglés que adquirió una finca, y a pesar de estar casado bajo el régimen legal inglés de separación, se inscribió en el Registro como de comunidad conyugal...»: Declaración que produce cierta ternura y la inmediata tentación de contestar: «¿Sólo el caso de un inglés...?»

La contratación por extranjeros implica cuestiones puntuales, no siempre fáciles de resolver, en orden a su identificación por el Notario, a la calificación de su capacidad y forma de acreditarla, a su intervención en el documento, etc., etc. (Y ello sin contar los que puede originar la situación de los bienes y los —hoy muy disminuidos— derivados de la legislación sobre inversiones extranjeras). Pero en el comentario a esta Resolución he de limitarme a los supuestos de adquisiciones a título oneroso por persona casada, en los que la

determinación del régimen económico matrimonial de los adquirentes extranjeros en la escritura es requisito clave para practicar el asiento registral adecuado, y para, en su día, resolver la cuestión de quién o quiénes pueden disponer del bien adquirido.

En este sentido, es una lástima que la Resolución de 23 de julio de 1999, no haya entrado, o no haya podido entrar, en el fondo del asunto, que sigue, pues, tan ayuno como estaba de aclaraciones jurisprudenciales.

II. EL ARTÍCULO 92 DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO

Este precepto, que se debe a la reforma aprobada por Real Decreto 3215/82, de 12 de noviembre, y que regula la inscripción de bienes adquiridos por personas casadas, no exactamente extranjeras, sino cuyo régimen económico matrimonial «estuviese sometido a legislación extranjera», es un semillero de problemas, no resuelve las vacilaciones que se producen diariamente en la práctica notarial y registral relativa a este tipo de adquisiciones, y está necesitado de aclaraciones y complementos urgentes. Dice lo siguiente:

Cuando el régimen económico-matrimonial del adquirente o adquirentes casados estuviere sometido a legislación extranjera, la inscripción se practicará a favor de aquél o aquéllos haciéndose constar en ella que se verifica con sujeción a su régimen matrimonial, con indicación de éste, si constare.

Una observación previa a realizar es que el artículo 92 se ocupa exclusivamente del modo de practicar las inscripciones, y no —a diferencia de lo que, para los matrimonios no sujetos a legislación extranjera, establecen los arts. 93 y siguientes— de quiénes pueden disponer de los bienes ya inscritos.

A primera vista, la interpretación del artículo 92 parece meridianamente clara: El Registrador, cual si se tratara de un autómatas, hará la inscripción a favor del adquirente, o de ambos adquirentes, «con sujeción a su régimen matrimonial», y sólo si constare en el título, se indicará cuál sea éste.

Pero es evidente que esto no puede ser así: De momento, el artículo 51.9.º del Reglamento, en la redacción dada por el Real Decreto 1368/1992, de 13 de noviembre, dispone *con carácter general* que: «La persona a cuyo favor se practique la inscripción... se determinará conforme a las siguientes normas: a) Si se trata de personas físicas se expresará ... de ser el sujeto casado y afectar el acto o contrato que se inscriba a los derechos presentes o futuros de la sociedad conyugal, *el régimen económico matrimonial y el nombre, apellidos y domicilio del otro cónyuge...*».

En segundo lugar, en el supuesto de adquisición por ambos cónyuges, la aplicación estricta del artículo 92 chocaría frontalmente —salvo que estén sujetos a un régimen de comunidad— con el artículo 54, también de aplicación general y que exige que se exprese con datos matemáticos la porción ideal de cada adquirente: Esto es lo que ocurre en el supuesto de la Resolución que se comenta.

Las críticas al artículo 92 surgieron en seguida: Ya en el año 1985, PEDRO AVILA ALVAREZ, en sus «Comentarios a las reformas hipotecarias 1982-1984», manifestaba que con la expresión «cuando el régimen económico-matrimonial... estuviere sometido a legislación extranjera», en realidad no se concreta nada, porque «¿cuándo está sometido a una legislación extranjera?, ¿qué credibilidad hay que conceder a las manifestaciones de los cónyuges?, ¿qué presunciones pueden establecerse ante el silencio de éstos sobre el particular?».

No se olvide que, actualmente, (art. 9.3 del Código Civil, tras la redacción de la Ley 11/90, de 15 de octubre) los efectos del matrimonio se regirán por la ley personal de los cónyuges al tiempo de contraerlo, en defecto de esta ley, por la ley personal o de la residencia habitual de cualquiera de ellos, elegida por ambos en documento auténtico otorgado antes de la celebración del matrimonio, a falta de esta elección, por la ley de la residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración, y, a falta de dicha residencia, por la del lugar de celebración del matrimonio. Pues bien —decía PEDRO AVILA, aunque con referencia al anterior art. 9 del Código Civil—, «¿cuándo ha de empezar a «sospechar» el Registrador que la legislación aplicable no es la española?; ¿solamente cuando uno de los cónyuges sea extranjero?; ¿y si sólo comparece uno de ellos, que es español y no manifiesta nada, como es usual, sobre la nacionalidad de su cónyuge, extranjero?»

POR su parte, MANUEL BALLESTEROS ALONSO, en su estudio «El Registro de la Propiedad y los regímenes matrimoniales extranjeros» (*Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 600, septiembre-octubre de 1990), tras hacerse una serie de preguntas poniendo de relieve lo absurdo de una simple interpretación literal del artículo 92, llega a la siguiente conclusión: «En rigor, todas las cuestiones son la misma: la de si el Registrador debe limitarse... a la escueta labor de transcripción que parece deducirse del artículo 92 del Reglamento o si ya en ese momento debe comenzar a ejercer su labor calificadora llegando hasta el mismo Derecho extranjero aplicable. Esto último es lo que, en mi modesta opinión hay que concluir, si se hace una interpretación sistemática y no meramente literal del precepto reglamentario».

En la misma línea, FRANCISCO JAVIER GÓMEZ GÁLLIGO (*Boletín del CEH de Cataluña*, núm. 60, enero de 1995), entiende que «la adquisición por cónyuges extranjeros de bienes inmuebles en España no les exime de expresar el carácter con que los adquieren, esto es, si con carácter común o privativo, y en este último caso, en qué proporción adquiere cada uno de ellos por exigencia del principio hipotecario de especialidad... En este sentido, *no sería inscribible el título de adquisición por virtud del cual dos cónyuges extranjeros se limitaran a adquirir un inmueble en España*. Deberían especificar... cuál ha sido su voluntad en orden a la extensión del derecho adquirido, en qué proporción adquieren o si lo hacen con carácter común». E insiste más adelante en que la expresión «si constare» del artículo 92, «no debe autorizar una indeterminación absoluta de la forma de adquisición (común o privativa), o de su extensión (proporción entre los cónyuges si están sometidos a algún régimen de separación)».

III. EL ARTÍCULO 92 Y LA DIRECCIÓN GENERAL

La mayoría de las Resoluciones —ciertamente no muy abundantes— de la Dirección, relativas a extranjeros, hacen referencia a problemas de inversiones o a adquisiciones en zonas estratégicas. Respecto a la forma de practicar la inscripción del adquirente extranjero, pueden mencionarse las siguientes, en general de escaso interés:

La de 17 de enero de 1951, afirmando que no puede exigirse a notarios y registradores que apliquen de oficio el derecho extranjero, por no regir respecto del mismo la máxima *iura novit curia*: lo que resulta, por otra parte, del artículo 36 del Reglamento Hipotecario.

La de 10 de marzo de 1978 (anterior, por tanto, al art. 92) que, en un supuesto de rectificación de inexactitud registral de inscripción practicada a favor de un apátrida, para su comunidad de bienes, cuando su régimen matrimonial era realmente de separación, declara no ser necesario el consentimiento de la esposa favorecida ni, en su defecto, resolución judicial, bastando la acreditación auténtica del error sufrido. Mantiene la Dirección que «la regla 1.^a del artículo 95 (anterior) del Reglamento Hipotecario, que obliga al Registrador a practicar una inscripción a favor de persona que no ha sido parte en el instrumento público debe ser interpretada... en forma restrictiva, y sólo aplicable a los supuestos típicamente españoles de bienes gananciales o presuntivamente gananciales, sin que sea posible la práctica o corruptela en contrario, *por lo que en estas adquisiciones la inscripción se realizará a favor de quienes aparezcan como compradores o adquirentes del inmueble*». Esta Resolución ha merecido unos extensos comentarios de MANUEL AMORÓS (*Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 537, 1980), a los que habrá la oportunidad de volver.

La de 14 de diciembre de 1981, declarando que el Registrador no sólo puede prescindir, bajo su responsabilidad, del informe o aseveración del Notario o Cónsul español, o Cónsul o funcionario competente extranjero acerca del contenido de la ley extranjera si *conociera suficientemente la legislación extranjera de que se trate*, sino que, además, puede disentir del juicio de dichos funcionarios.

La de 3 de julio de 1988, relativa a un supuesto de embargo sobre finca inscrita a favor de una señora alemana, habiéndose dirigido el procedimiento contra su esposo, que no figuraba como adquirente. Se deniega la anotación en base a los principios hipotecarios de tracto sucesivo y legitimación, puntualizando la Dirección que no es aplicable al artículo 1.373 del Código Civil, al no resultar del documento ni del Registro el carácter ganancial o presuntivamente ganancial de la finca embargada.

Y la de 13 de enero de 1999, en relación con si es necesario manifestar que la vivienda vendida no constituye el domicilio habitual, en un supuesto en que el vendedor es argentino y la esposa, según el Registro, española, existiendo régimen de separación pactado en capitulaciones: Resolución que, en rigor, no versa sobre el modo de practicar la inscripción, sino sobre quiénes han de disponer del inmueble inscrito.

IV. EL ARTÍCULO 92 Y LA DOCTRINA

BALLESTEROS ALONSO, en su trabajo antes citado, entiende que, en torno al artículo 92 podrían formularse las siguientes conclusiones:

1.^a Hay que comenzar por determinar cuál es el Derecho extranjero, *presuntivamente aplicable* al caso, acudiendo para ello a las normas de conflicto españolas (art. 12.6 del Código Civil).

2.^a Si el régimen económico matrimonial del adquirente o adquirentes se acredita —normalmente, mediante el correspondiente contrato matrimonial— se hará constar en la inscripción la existencia del régimen y el modo de su acreditación.

3.^a Si el régimen matrimonial que se declara es el que el Derecho presuntamente aplicable establece como régimen supletorio legal, se hará constar, sin más, en el asiento la manifestación del o de los comparecientes.

4.^a Si el régimen matrimonial declarado no es, en cambio, el previsto como supletorio en la legislación presuntivamente aplicable, se hará constar en el asiento la manifestación de la escritura, pero añadiendo la advertencia de que dicho régimen no ha sido acreditado.

5.^a Si, en el caso anterior, el régimen económico matrimonial que se manifiesta es el de separación de bienes y sólo comparece uno de los cónyuges, no debe practicarse la inscripción en tanto no se expresen nombre y apellidos del consorte (art. 51.9 del Reglamento) o bien, se acredite dicho régimen de separación.

6.^a Cabe la posibilidad de que el adquirente no haga manifestación alguna acerca de su régimen matrimonial; y entonces se inscribirá a favor del adquirente, conforme a su régimen matrimonial y sin indicación de éste.

7.^a En cuanto a la inscripción a favor de ambos consortes, el artículo 92 no es contradictorio con el 54 ni excluye su aplicación, por lo que debe determinarse en qué proporción adquieren, salvo que su régimen sea de comunidad.

La determinación de la ley extranjera, presuntamente aplicable, puede resultar hoy más complicado que cuando escribía BALLESTEROS, momento en el que sólo existían dos posibilidades: la nacional común de los cónyuges o la nacional del marido en el momento de contraer matrimonio. Es cierto que en la inmensa mayoría de los casos, no habrá problema, al tener los cónyuges la misma nacionalidad; pero si tienen nacionalidades diferentes y no acreditan haber elegido en documento auténtico anterior al matrimonio la ley personal o de la residencia habitual de cualquiera de ellos, la modificación del artículo 9.º del Código Civil hace la cuestión, obviamente, muy difícil.

Las conclusiones 3.^a, 4.^a y 5.^a a que llega BALLESTEROS parecen suponer un cierto conocimiento del Derecho extranjero por parte del Registrador, a lo que no está obligado, conforme resulta de los artículos 12 del Código Civil y 34 del Reglamento Hipotecario: Pero después habrá ocasión de volver sobre este tema, a mi juicio fundamental.

GÓMEZ GÁLIGO (en el Boletín antes citado) dice que los cónyuges extranjeros deben expresar, al menos, que su régimen económico matrimonial está sujeto a legislación extranjera (ya que es presupuesto necesario para la aplicación del régimen excepcional del art. 92), cuál es esta ley aplicable (que debe constar no sólo por exigencias de especialidad registral sino por imperativo del art. 12.6 del Código Civil), y si su régimen es el legal según la ley aplicable o han estipulado algún otro. No es, en cambio, exigencia imperativa la expresión circunstanciada de en qué consiste el régimen legal en su caso.

También para MANUEL PARGA LÓPEZ («Otorgamiento e inscripción de escrituras por extranjeros casados», en *Lunes* 4,30, núm. 128) sólo debería hacerse una manifestación aclaratoria del régimen aplicable en la escritura de adquisición «en aquellos casos en que el Notario tiene un conocimiento claro y exacto (de dicho régimen)... como, por ejemplo, sucede en los casos de ingleses... La fórmula podría ser: *casado... bajo el régimen legal vigente en su país según manifiesta, que es el de absoluta separación de bienes, según me consta*». Ni que decir tiene que el Registrador, de estar conforme con la apreciación hecha por el Notario en la escritura, inscribirá a favor del adquirente, con

arreglo a su régimen económico matrimonial de separación: y no veo ningún inconveniente en que expresamente haga constar en el asiento que adquiere *con carácter privativo*.

V. HACIA UNA MODERNA VISIÓN DEL ARTÍCULO 92

Ha llegado el momento de sentar algunas conclusiones.

Pese a la dicción literal del artículo 92, creo que ha quedado harto clara la necesidad de incorporar a la escritura y al correspondiente asiento de inscripción, una de dos, o bien el nombre y apellidos del otro cónyuge si el régimen económico matrimonial es de comunidad y adquiere uno solo de ellos, o bien la proporción en que adquieren ambos cónyuges compradores si el régimen es de separación: lo primero por aplicación del artículo 51.9; y lo segundo por imposición del 54 del Reglamento Hipotecario y del principio de especialidad.

La reforma del Real Decreto 3215/82 intentó facilitar la inscripción de las adquisiciones inmobiliarias extranjeras, simplificando la práctica anterior. En los comentarios de MANUEL AMORÓS a la Resolución de 10 de marzo de 1978, a que antes se ha hecho referencia, el citado autor dice que «para poder inscribir adecuadamente la compra hecha por un apátrida casado... habría que justificar los siguientes extremos: la legislación aplicable al apátrida y la demostración de esta peculiar situación; su domicilio y vecindad; la existencia o ausencia de capitulaciones matrimoniales, y el régimen económico matrimonial en defecto de pacto». Y se pregunta a continuación: «¿Cómo es posible que... se inscribiese en el Registro de la Propiedad el piso comprado (por el apátrida) como perteneciente a ambos cónyuges en régimen de comunidad?... Para ello... debería haberse probado ante el Registrador el régimen económico del matrimonio en el momento de la adquisición de acuerdo con la ley personal del marido al contraer matrimonio (nacional rumana, situación de apátrida, legislación territorial del domicilio), así como la existencia o no de capitulaciones matrimoniales y su eventual contenido».

Cierto es que la situación de apátrida no es la más frecuente; pero *mutatis mutandis*, dificultades similares se producían en las adquisiciones por extranjeros, dificultades que, a falta de expresa regulación legal, eran resueltas en cada caso concreto conforme al buen criterio del Registrador de turno.

Bien es verdad que, en la práctica, tampoco eran tan graves los problemas. Como dice PEDRO AVILA (obra citada), «no es demasiado transcendente que equivocadamente se inscriba la adquisición como ganancial siendo aplicable un régimen de separación», porque en el momento de disponer podrá acreditarse el carácter privativo; tampoco las consecuencias son especialmente graves si se inscribe a favor de ambos cónyuges en régimen de separación sin expresar la participación de cada uno: En realidad, tanto antes como después del artículo 92, el auténtico peligro es inscribir la finca como privativa del único adquirente, cuando el régimen es de comunidad.

Pero es hora de plantear una cuestión fundamental: una cosa es que ni notarios ni registradores estén legalmente obligados al conocimiento del derecho extranjero, y otra muy distinta que ignoren los regímenes económicos matrimoniales de, al menos, las principales naciones europeas y americanas.

Ya el artículo 36 del Reglamento prevé que ambos funcionarios no limiten su aplicación al Derecho español, al permitir al Notario acreditar, mediante informe o aseveración, la norma extranjera, y al Registrador prescindir de ese

medio de prueba (y de la certificación de cónsul o funcionario competente), si conociera suficientemente la legislación extranjera de que se trate, haciéndolo así constar en el asiento correspondiente.

No se propugna, por supuesto, una puesta de moda del estudio por el estudio de leyes extranjeras: Pero en los días de la Unión Europea y de la compra masiva de inmuebles por extranjeros, no es presentable ignorar el régimen legal matrimonial de una buena parte de nuestra «clientela», y, tratándose de algunas zonas turísticas, de la mayor parte de ella. Tampoco es cuestión de conocer a fondo dichos regímenes: en principio, será suficiente saber si se trata de un sistema de separación o de comunidad, ya que la inscripción de bienes o cuotas como privativos implicará, en general, la libre disposición por el titular, y la inscripción de bienes como comunes supondrá, también en general, la necesidad de intervención de ambos cónyuges.

De forma muy esquemática, cabría decir que el régimen de separación de bienes es el legal en Gran Bretaña y las naciones de su órbita de influencia histórica (Canadá —excepto Quebec—, Estados Unidos —excepto varios Estados—, Australia e Irlanda). En rigor, el inglés no es un sistema de separación, aunque en la práctica funciona como si lo fuera: el matrimonio es un factor neutro que no produce efecto alguno sobre la propiedad de los bienes pertenecientes a los cónyuges. La adquisición de una finca por los mismos no ofrece ninguna especialidad respecto a la que pudieran llevar a cabo dos hermanos o dos amigos. Lo mismo ocurre en los países islámicos.

También existe un régimen legal de separación en Bulgaria y Grecia dentro de Europa; El Salvador y Honduras en América, y en Israel y Japón en Asia.

En Alemania hay un régimen de participación que, en realidad, funciona también como de separación. Lo mismo ocurre en algunos cantones suizos.

En el resto de Europa y de América, el régimen dominante es de comunidad, con diversas variantes.

Las obras de FERNÁNDEZ CABALEIRO y LUCAS FERNÁNDEZ son clásicas en la materia. Sería de gran utilidad una especial exigencia en los programas de oposiciones y la aparición de alguna publicación o sección periódica que recoja las novedades que se vayan produciendo.

En definitiva: En los tiempos que corren, notarios y registradores deberíamos actuar habitualmente como si no existieran las dos últimas palabras («si constare») del artículo 92. El Notario aseverará en la escritura cuál es el régimen económico matrimonial del comprador extranjero, pero, aún en el caso de que no lo hiciese, el Registrador hará constar en la inscripción cual sea ese régimen, aplicando el último párrafo del artículo 36. Ni que decir tiene que cabrá la calificación registral del régimen que aparece en el título.

Sólo en el caso de dudas fundadas de ambos funcionarios (por temor a posibles recientes modificaciones de la ley extranjera o por la rareza de su aplicación) cabría inscribir sin más «con sujeción a su régimen matrimonial», aunque sería preferible, con vistas a una futura disposición de la finca, exigir certificación del cónsul o funcionario competente.

Un problema añadido se produce en los supuestos en que la duda no versa sobre el contenido del régimen matrimonial, sino sobre cual sea ese régimen (vid. arriba comentarios de PEDRO AVILA). Ello ocurrirá especialmente cuando los cónyuges tienen distintas nacionalidades y sólo compra uno de ellos, declarando que su régimen es de separación: Se inscribirá, como en el caso anterior, «con sujeción a su régimen matrimonial», sin expresar cuál sea éste, o se le exigirá que lo acredite.

VI. CONCLUSIONES

PRIMERA.—La Resolución objeto de estos comentarios confirma el auto revocatorio de la nota del Registrador, sin duda por no haberse recogido en ésta la alegación al artículo 54 del Reglamento Hipotecario que se hace en el informe. Estoy convencido de que la referencia a dicho artículo o incluso, más ampliamente, al principio de especialidad en la nota de calificación, hubiera significado un cambio en la doctrina de la Dirección.

SEGUNDA.—El artículo 92 del Reglamento tuvo como finalidad facilitar la inscripción en el Registro de las adquisiciones por extranjeros, sometida en la práctica a engorrosos trámites, en un momento de notable incremento de las mismas. Pero se excedió en su empeño de simplificación, y de ahí la necesidad de una interpretación sistemática, para exigir, de un lado, que figure el nombre y apellidos del otro cónyuge cuando el acto o contrato pueda afectar a los derechos presentes o futuros de la sociedad conyugal (art. 51.9.º del Reglamento); y de otro, que se determine la participación de cada cónyuge, cuando adquieren ambos y rijan entre ellos el sistema de separación o el de participación (art. 54).

TERCERA.—A falta de declaración de régimen económico matrimonial convencional —que de existir habría que hacer, conforme al art. 51.9.º, y además acreditar— el Notario deberá aseverar en la escritura cuál es el régimen supletorio legal según el Derecho presuntamente aplicable (aseveración calificable por el Registrador conforme a las normas generales), y *el Registrador deberá inscribir conforme al régimen económico matrimonial de los adquirentes, expresando cual sea éste, aunque no conste tal aseveración del Notario ni declaración de los compradores*. Esta conclusión, que supone prescindir de las palabras finales del artículo 92 («si constare») creo que es la que mejor se adapta a la obligación moral y al deber profesional de conocer, entrando el siglo XXI, al menos a grandes rasgos, los sistemas matrimoniales extranjeros. Hay que decirlo resueltamente: Hoy no es de recibo que notarios o registradores desconozcan, v. gr., que el régimen económico matrimonial francés es de comunidad o que el británico es (o funciona como si fuera) de separación absoluta de bienes.

CUARTA.—Sólo excepcionalmente podría inscribirse «con sujeción a su régimen económico matrimonial», sin expresión de éste, en dos casos: Cuando ni Notario ni Registrador conozcan el régimen supletorio legal (por ejemplo, por lo insólito de su aplicación), aunque sería preferible exigir la certificación del cónsul o funcionario competente; y cuando se dude sobre el Derecho nacional aplicable, en el caso de cónyuges de distintas nacionalidades, cuando compra uno solo de ellos alegando un régimen de separación, aunque sería mejor exigir la acreditación de dicho régimen.

QUINTA.—Una norma práctica de gran utilidad para el Notario autorizante de la escritura, en caso de adquisición por ambos cónyuges, dudándose del régimen económico matrimonial legal (y a falta de certificación acreditativa), sería hacer la venta por mitades indivisas: Si el régimen resulta ser de separación, cada uno podría disponer de su propia cuota, y se habrá cumplido además con el artículo 54; y si resultara ser de comunidad, cada mitad indivisa tendría también carácter común.

J. C. M.

EXPEDIENTE DE DOMINIO. REANUDACION DE TRACTO. FORMA DE EXPRESAR EL CUMPLIMIENTO DE LAS CITACIONES.—EL AMBITO DE CALIFICACION DE LOS DOCUMENTOS JUDICIALES, LIMITADO EN LOS TERMINOS SEÑALADOS POR EL ARTICULO 100 RH, NO SE EXTIENDE AL CUMPLIMIENTO DE TRAMITES PROCEDIMENTALES QUE NO ESTEN ESTABLECIDOS EN INTERES O PARA EL DESENVOLVIMIENTO DE LOS DERECHOS INSCRITOS QUE PUDIERAN VERSE AFECTADOS POR LAS RESULTAS DEL PROCEDIMIENTO, COMO OCURRE CON LA FORMA EN QUE SE REALIZA LA CITACION PREVISTA EN LA REGLA 3.ª DEL ARTICULO 201 LH EN BENEFICIO DE LA PERSONA DE QUIEN PROCEDEN LOS BIENES O DE SUS CAUSAHABIENTES, SI FUEREN CONOCIDOS, A DIFERENCIA DE LA ESTABLECIDA EN EL ARTICULO 202 LH EN BENEFICIO DEL TITULAR REGISTRAL O SUS CAUSAHABIENTES, PERSONAS DISTINTAS POR EXIGENCIAS DEL PROPIO SUPUESTO DE INTERRUPCION DEL TRACTO. (RESOLUCIÓN DE 29 DE MAYO DE 2000. BOE DE 3 DE JULIO DE 2000.)

RESOLUCION de 29 mayo de 2000, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por el Procurador de los Tribunales, don Javier Díez González, en nombre de don Emilio Sánchez Bravo, contra la negativa de la Registradora de la Propiedad de Nava del Rey, doña Mercedes Jiménez-Alfaro Larrazábal, a inscribir un expediente de dominio en virtud de apelación de la señora Registradora.

En el recurso gubernativo interpuesto por el Procurador de los Tribunales, don Javier Díez González, en nombre de don Emilio Sánchez Bravo, contra la negativa de la Registradora de la Propiedad de Nava del Rey, doña Mercedes Jiménez-Alfaro Larrazábal, a inscribir un expediente de dominio en virtud de apelación de la señora Registradora.

Hechos.—I. En expediente de dominio número 411/95 sobre reanudación del tracto sucesivo seguido ante el Juzgado de Primera Instancia número uno, de Medina del Campo, a instancia de don Emilio Sánchez Bravo, se dictó auto con fecha de 3 de junio de 1996, en el que se acordó la reanudación del tracto sucesivo interrumpido de la finca urbana, sita en Torrecilla de la Orden, registral 3.27 del Registro de la Propiedad de Nava del Rey, a favor de don Emilio Sánchez Bravo y doña Isidra Hernández Carrasco, y en consecuencia, se ordenó su inscripción en el Registro de la Propiedad, cancelándose las inscripciones contradictorias.

II. Presentado testimonio del citado auto en el Registro de la Propiedad de Nava del Rey, fue calificado con la siguiente nota: «Suspendida la inscripción del precedente documento por los siguientes defectos: 1. No hacerse constar la forma en que han tenido lugar las citaciones previstas en la regla 3.ª del artículo 201 de la Ley Hipotecaria, esto es, a la persona de quien proceden los bienes o sus causahabientes, a la persona a cuyo favor se encuentra catastrada o amillarada la finca y al portero o uno de los inquilinos. Artículo 286 del Reglamento Hipotecario. 2. No hacerse constar la medida superficial de la finca (art. 51.4 del Reglamento Hipotecario). Nava del Rey, 15 de noviembre de 1996. La Registradora, Mercedes Jiménez-Alfaro Larrazábal».

III. El Procurador de los Tribunales, don Javier Díez González, en nombre de don Emilio Sánchez Bravo, interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación, y alegó: 1.º Que se significa que en la certificación expedida por el Registro de la Propiedad de Nava del Rey consta la extensión de la finca. 2.º Que al resultar desconocidos los herederos o causahabientes del último titular registral y al no existir portero y menos inquilinos, se entendió que las citaciones deberían realizarse respecto de ellos en la forma que señala la regla 3.ª del artículo 201 de la Ley Hipotecaria e igualmente era obvia la citación a quien tuviera catastrada y amillarada la finca a su favor, por cuanto que la misma, a efectos fiscales, figuraba a nombre del recurrente. 3.º Que el Juzgado de Primera Instancia, una vez evacuado el informe del Fiscal, acordó convocar a las personas ignoradas a quienes pudiera perjudicar la inscripción solicitada por medio de edictos que se fijaron en el tablón de anuncios de los Juzgados de Medina del Campo y de la Torrecilla de la Orden y publicándose, además, en el Boletín Oficial de la Provincia el 18 de enero de 1996, y en el «Diario El Norte de Castilla», el 12 de enero del mismo año, para que dentro del término de diez días, pudieran comparecer ante este expediente para instar lo que a sus derechos conviniera. 4.º Que todas las personas a quien pudiera perjudicar la inscripción han sido citadas en la forma prescrita en el artículo 277 del Reglamento Hipotecario. Que ninguna de las personas convocadas comparecieron en el expediente, lo que unido al cumplimiento de los requisitos legales y reglamentarios, con el informe favorable del Ministerio Fiscal, el Juzgado de Primera Instancia número uno de Medina del Campo, dictó auto con el contenido que se refiere en el hecho I. 5.º Que la calificación del Registrador se halla en desacuerdo con la realidad de las citaciones practicadas a todas las personas a quien pudiera perjudicar la inscripción mediante la publicación de los correspondientes edictos, habida cuenta de que se trata de desconocidos; y en la primera inscripción de la finca consta la extensión superficial de la misma. 6.º Que hay que tener en cuenta lo que establecen los artículos 1 de la Ley Hipotecaria y 100 del Reglamento Hipotecario y la doctrina contenida en las resoluciones de 21 y 22 de noviembre de 1995.

IV. La Registradora de la Propiedad en defensa de su nota, informó: 1. En cuanto al defecto primero de la nota de calificación. Que teniendo en cuenta lo que establecen los artículos 201, regla 3.ª de la Ley Hipotecaria, y 286 del Reglamento Hipotecario, en el testimonio del auto presentado en el Registro, únicamente consta la forma en que se han practicado las citaciones a las personas ignoradas a quienes pueda perjudicar la inscripción solicitada, omitiéndose la forma de citación de las personas de quien procedan los bienes o sus causahabientes, si fueran conocidas y al que tenga catastrada o amillarada la finca a su favor; así como el portero o unos de los inquilinos, si fuera finca urbana. Que dado el carácter excepcional del expediente de dominio como medio de reingreso de la finca a la vida registral y dado su amplio alcance cancelatorio de asiento contradictorio, se impone un riguroso examen del cumplimiento de las formalidades exigidas por la ley. Que en la calificación de todo documento judicial se ha de apreciar lo que establece el artículo 100 del Reglamento Hipotecario. En este caso, sólo se pide que se determine la forma en que han tenido lugar las citaciones exigidas por la ley, las cuales constituyen la garantía de los derechos de los titulares de los bienes y sus herederos, dado que el asiento contradictorio va a quedar cancelado en cumplimiento de lo dispuesto en el

artículo 202 de la Ley Hipotecaria, sin que ello implique, en ningún caso, un examen sobre si ha tenido o no lugar tales citaciones y a quién se han efectuado las mismas. Lo único que se pide es que se haga constar en el auto la forma en que tales citaciones se han practicado; requisito de carácter fácilmente subsanable, a petición de parte interesada, supliendo en el auto aprobatorio del expediente de dominio la omisión formal padecida, que la forma de citación se debe hacer constar en el cuerpo de la inscripción que en su día se practique en el Registro, como exige la legislación hipotecaria. Que como fundamentos legales hay que citar el artículo 24 de la Constitución Española, 18, 201.3 y 202 de la Ley Hipotecaria; 277, 279 y 286 del Reglamento Hipotecario, y las Resoluciones de 21 de junio y 5 de julio de 1991, 19 de abril de 1972 y 24 de enero de 1994. 2.º En lo referente al segundo defecto de la nota de calificación. Que los artículos 21 de la Ley Hipotecaria y 51, regla 4.ª del Reglamento Hipotecario, exigen que se haga constar en el título inscribible. Que si bien es cierto que en la primera inscripción o de inmatriculación de la finca, de fecha 17 de junio de 1878, consta la medida superficial, no es menos cierto que en la inscripción cuarta, de fecha 19 de octubre de 1898, se hace constar que no se determina la superficie de la finca; que en el documento privado de 24 de agosto de 1976, no se determina descripción alguna de la finca y que en el título ahora presentado de fecha 14 de junio de 1996, tampoco se determina la superficie de dicha finca. Que la calificación debe hacerse teniendo en cuenta no sólo el documento presentado, sino también el contenido del Registro conforme al artículo 18 de la Ley Hipotecaria. Que dicho defecto también es de carácter subsanable, pudiéndose subsanar mediante aportación de la correspondiente certificación catastral, que en su día no fue presentada en el Registro. Que como fundamentos legales se citan los artículos 9.2, 18 y 21 de la Ley Hipotecaria, y 51.4 del Reglamento Hipotecario.

V. La Magistrada-Juez de Primera Instancia e Instrucción número 1, de Medina del Campo, informó: 1.º Que las citaciones de la regla 3.ª del artículo 201 de la Ley Hipotecaria, al no existir titulares de derechos reales sobre el inmueble y desconocerse los herederos o causahabientes del último titular registral, se han publicado en edictos en el tablón de anuncios de este Juzgado, tal como consta en el expediente de jurisdicción voluntaria 411/95. 2.º Que respecto a la citación que se refiere la regla 2.ª del citado artículo 201, a instancia del Ministerio Fiscal, el promotor del expediente aportó certificación catastral referente al año 1996, donde se constató que la finca figuraba a nombre de don Emilio Sánchez Bravo. 3.º No se practica citación a inquilinos y portero al tratarse la finca que se pretendía inscribir de un garaje. 4.º Que respecto a la medida superficial de la finca cuyo tracto se pretendía reanudar, al promover el expediente no se hizo constar en el auto dictado por el Juez, en fecha 3 de junio de 1996, al no contemplarse tal extremo en la descripción del bien efectuada en el escrito inicial del expediente. Que el Ministerio Fiscal, en fecha 24 de mayo de 1996, emitió informe favorable al dictado del auto aprobatorio del expediente.

VI. El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León revocó la nota de la Registradora, fundándose en que la formalidad extrínseca de la regla 3.ª del artículo 201 se cumple en el auto cuestionado y que el segundo de los defectos denunciados, por razones de economía procesal, se puede subsanar sin repetir el expediente, acompañando al documento judicial el certificado que indica la propia Registradora.

VII. La Registradora apeló el auto presidencial, y añadió: 1. Que no es objeto de apelación el defecto señalado en la nota de calificación con el número 2, al estar conforme con la forma de subsanación señalada en el auto presidencial. 2. Que en cuanto al defecto señalado en la nota, en primer lugar, se ratifica en el contenido de su informe, considerando que el defecto consiste en no constar la forma de citación a los herederos del titular registral, personas no ignoradas sino conocidas, tal y como consta en el auto de declaración de herederos, de 17 de febrero de 1949, presentado en el Registro en unión de auto que motivó la nota de calificación, tal como se señaló en el informe en defensa de la nota. Que la persona de quien el promotor del expediente adquiere los bienes es Domitila Bravo González, la cual no es heredera ni hija del titular registral. No adquiere de Domitila Bravo Reinoso, que es heredera del titular registral, pues en dicho caso no sería procedente el expediente de dominio para reanudar el tracto.

Fundamentos de Derecho.—Vistos los artículos 118 de la Constitución Española; 201, regla 3.ª y 202 de la Ley Hipotecaria; 100 y 286 del Reglamento Hipotecario.

1. Se debate en el presente recurso sobre la inscripción de un auto recaído en expediente de dominio seguido para la reanudación del tracto sucesivo, la cual es suspendida por el Registrador al «no constar la forma en que han tenido lugar las citaciones prevenidas en la regla 3.ª del artículo 201 de la Ley Hipotecaria, esto es, a la persona de quien proceden los bienes o a sus causahabientes, a la persona a cuyo favor se encuentra contrastada o amillarada la finca, y al portero o a uno de los inquilinos. Artículo 286 del Reglamento Hipotecario.

2. Si se tiene en cuenta que en congruencia con la obligatoriedad de cumplimiento de las resoluciones judiciales y con el deber de colaborar en la ejecución de lo resuelto (cfr. art. 118 de la Constitución Española), el ámbito de la calificación registral, cuando de dos documentos judiciales se trata, aparece limitado en los términos señalados por el artículo 100 del Reglamento Hipotecario, no podrá confirmarse el defecto ahora impugnado, puesto que no corresponde al Registrador comprobar el cumplimiento de aquellos trámites procedimentales que no están establecidos en interés o para el desenvolvimiento de los derechos inscritos que pudieran verse afectados por las resultas del procedimiento, como ocurre con la forma en que se producen las citaciones ahora cuestionadas, máxime si se tiene en cuenta la sustancial distinción de la citación prevista en la regla 3.ª del artículo 201 de la Ley Hipotecaria, en beneficio de la persona de quien proceden los bienes o de sus causahabientes, si fueren conocidos, y la establecida en el artículo 202 de la Ley Hipotecaria en beneficio del titular registral o de sus causahabientes, personas distintas por exigencias del propio supuesto de interrupción del tracto.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar el auto apelado.

Madrid, 29 de mayo de 2000.—La Directora General, *Ana López-Monis Gallego*.

Excmo. Sr. Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León.

COMENTARIO

El expediente de dominio, cualquiera que sea su finalidad —ya sea la inmatriculación, la reanudación del tracto sucesivo interrumpido o la acreditación de excesos de cabida—, tiene dos fases diferenciadas, que mejor cabría considerar como dos procedimientos o trámites tendentes al mismo fin.

Una de esas fases es la tramitación y decisión judicial, en la que se trata de decidir si se proporciona o no a la parte que lo insta, un título supletorio suficiente para la práctica de la inscripción.

En la otra fase, se trata de la inscripción en el Registro de la Propiedad de ese título supletorio, si reúne los requisitos necesarios para la inscripción y con el efecto de que dicho título, que, en principio, sólo surte efectos en el plano judicial para la parte o las partes que intervienen en el expediente, produce efectos, una vez inscrito, frente a terceros o *erga omnes*, en el sentido de que, a través del asiento registral, afecta a terceros y tiene los efectos que la Ley Hipotecaria asigna a las inscripciones, que son concretamente los efectos de legitimación registral o presunción de exactitud, salvaguarda de los asientos por los Tribunales, inatacabilidad o fe pública registral para el tercero que se basa en el asiento, inoponibilidad, prioridad y cierre registral.

La primera de dichas fases o procedimientos es de carácter «judicial» y consiste básicamente en una tramitación basada en la aportación de pruebas y documentos por parte del que insta el expediente y en unas citaciones y publicaciones dirigidas a determinados terceros. En esta fase o procedimiento es elemento esencial la tramitación formal y las personas que han de ser citadas, terminando por un auto en el que el Juez, valorando las pruebas alegadas, a través de su crítica racional y con intervención del Ministerio Fiscal, dicta auto, cuyo testimonio expedido por el Secretario, una vez firme, constituye el título inscribible.

La segunda fase del expediente de dominio, una vez acabada su tramitación, es la de su inscripción y consiguiente atribución de efectos *erga omnes* al mismo. Para que el expediente de dominio produzca esos efectos *erga omnes*, que exceden de los efectos atribuidos a una resolución judicial, dado que ésta, por definición, sólo puede afectar a la parte o partes intervinientes en el mismo, es necesaria la inscripción del título judicial en el Registro de la Propiedad, una vez superada la calificación registral prevista en la Ley Hipotecaria. Esta fase de inscripción es la fase del procedimiento registral con su control de legalidad de la tramitación realizada y, en su caso, a través del recurso gubernativo, en el que interviene otro órgano judicial, el Presidente del Tribunal Superior de Justicia, antes de la Dirección General de los Registros y del Notariado, y después del Registrador, siendo controlada, a su vez, la resolución de la DGRN a través del llamado «recurso judicial» del último párrafo del artículo 66 de la Ley Hipotecaria.

Pues bien, tanto el expediente de dominio como el posible recurso gubernativo insertado como continuación del procedimiento registral, son procedimientos de jurisdicción voluntaria, y tienen la cobertura de la legalidad procesal, no sólo a través de la Ley Hipotecaria, sino también del artículo 2.182 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Este artículo 2.182 LEC, tan olvidado impunemente por los distintos especialistas de una u otra materia, y por aquellos autores y decisiones judiciales que sienten extraña estupefacción por los procedimientos de la legislación hipotecaria, hay que recordar que va a continuación de los procedimientos de

jurisdicción voluntaria regulados por los artículos 1.811 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, como si fueran los únicos procedimientos de jurisdicción voluntaria que existan, cuando el citado artículo 2.182 LEC respeta las «reglas de procedimiento civil establecidas en la Ley Hipotecaria».

Y tanto el expediente de dominio como el recurso gubernativo contienen o son «reglas de procedimiento civil» establecidas en la Ley Hipotecaria (arts. 201 y 66 LH, respectivamente).

La naturaleza jurídica de ambos expedientes o procedimientos es la propia de los de jurisdicción voluntaria, entendida en sentido amplio, como procedimientos en que no se ventila un litigio o contienda entre partes conocidas y determinadas (art. 117.3 de la Constitución), sino una finalidad de garantía de derechos (art. 117.4 de la Constitución), y con vocación de eficacia *erga omnes* y no *inter partes* como la jurisdicción contenciosa.

Del expediente de dominio se han escrito ríos de tinta sobre su debatida naturaleza jurídica, muchas veces planteando el problema a base de la comparación con los procedimientos de jurisdicción voluntaria de la LEC, para ver si coincide o no literalmente con ellos, cuando su fuente de regulación y su finalidad nada tienen que ver con esos procedimientos de jurisdicción voluntaria de los artículos 1.811 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

La fuente de regulación del expediente de dominio no son los artículos 1.811 y siguientes de la LEC, sino el citado artículo 2.182 LEC, que se remite íntegramente a la Ley Hipotecaria.

Se trata, evidentemente, de un procedimiento de jurisdicción voluntaria de carácter especial, pero que no por esa especialidad, pierde las notas generales de todo procedimiento de jurisdicción voluntaria.

La Ley Hipotecaria lo regula en principio, partiendo de las ideas generales de cualquier procedimiento de jurisdicción voluntaria, es decir, basando su tramitación en un escrito de una persona interesada, sin que sea demanda contra nadie en concreto, y en el que no se litiga contra nadie, sino que se aportan unas pruebas para constituir un título inscribible supletorio del que se carece, y siguen unas citaciones y publicaciones, así como el informe del Ministerio Fiscal. Y como consecuencia de la vocación que todo procedimiento de jurisdicción voluntaria tiene, de poder afectar a terceros, pues no se trata de que en principio les afecte, sino de vocación o posibilidad de afectarlos, se da la posibilidad de que los terceros citados y notificados y cualquier otra persona o el propio Ministerio Fiscal, en representación de las personas desconocidas, puedan alegar lo que estimen pertinente ante el Juez.

Estas alegaciones pueden dar lugar a una fase de cierta «contención» limitada dentro del expediente de dominio, que no destruye el carácter general de jurisdicción voluntaria que tiene, sino que se inserta dentro de dicho expediente, a diferencia de la regulación de los procedimientos de jurisdicción voluntaria de los artículos 1.811 y siguientes LEC, y que es lo que representa la especialidad del expediente de dominio, pero que no siempre tiene por qué darse esa fase de contención, siendo incluso excepcional en la práctica.

Pues bien, en lógica correspondencia con esa naturaleza y con esa especialidad, el auto del expediente de dominio tiene dos tipos de control:

a) Por una parte, el control jurisdiccional respecto a lo que ha dado lugar a esa contención, y en cuanto a la decisión de fondo del Juez, por la sencilla razón de que la Ley Hipotecaria atribuye al Juez del expediente la decisión a través de «su crítica racional». En este sentido, las partes que han intervenido

en el expediente tienen la posibilidad de recurso de apelación ante la Audiencia Provincial, siendo este recurso de carácter jurisdiccional.

b) Por otra parte, el expediente de dominio tiene el control de garantía de la legalidad, a través de la calificación del Registrador de la Propiedad y, en su caso, del Presidente del Tribunal Superior de Justicia, en cuanto a los efectos que ha de producir a través del asiento registral respecto a terceros, en todo aquello en que el expediente de dominio es pura función de jurisdicción voluntaria y de garantía de derechos, que es lo relativo a la competencia del Juez, a la tramitación del expediente, singularmente en cuanto a la forma de las citaciones y las personas a las que hay que citar, a la intervención del Ministerio Fiscal, a la congruencia del mandato con la clase de procedimiento seguido y a los obstáculos que surjan del Registro, que no son sólo los asientos del Registro ya existentes, sino los requisitos que la legislación hipotecaria exige para practicar los asientos del Registro.

Las razones de este segundo control de legalidad del organismo registral, o sea, del Registrador de la Propiedad, y de los órganos del recurso gubernativo, son tres:

1.^a) El auto del expediente de dominio no produce por sí solo nada más que efectos respecto a la parte o partes o interesados que, efectivamente, hayan promovido o intervenido en el expediente, no respecto a los demás terceros, cuyos efectos los produce el asiento registral por disposición de la Ley Hipotecaria, y de ahí que exista esa segunda fase de control y eficacia registral respecto a terceros a través del asiento en que se publica el expediente de dominio.

2.^a) La tramitación o fase de jurisdicción voluntaria del expediente de dominio va dirigida a que los terceros que puedan resultar afectados o perjudicados, puedan comparecer en el expediente, de tal modo que si no existen las citaciones o publicaciones preceptivas, o no se han realizado en la forma legalmente prevista, el expediente de dominio puede surtir efectos respecto a las partes, desde el punto de vista judicial, pero no respecto a esos otros terceros, que ni siquiera podrán recurrir contra el auto, por falta de conocimiento y de posibilidad de conocimiento del expediente tramitado. Y mientras no se produzca el asiento registral, la cosa no es tan grave, pues puede volverse a la fase correspondiente del expediente de dominio para replantear las citaciones y publicaciones en debida forma, pero cuando el asiento registral ha tenido lugar, el efecto del expediente de dominio es expropiatorio de cualquier derecho de tercero sobre el inmueble, si se producen los efectos de la fe pública registral e inatacabilidad del artículo 34 LH, aparte de los demás efectos propios del asiento, como son la presunción legitimadora, el cierre registral, la inoponibilidad, etc., que también son significativamente graves para esos terceros olvidados en el procedimiento.

3.^a) Y como el control de legalidad registral se refiere, no a la decisión de fondo del Juez, conforme a su «crítica racional», sino respecto a la competencia, procedencia, tramitación, obstáculos y requisitos registrales, no hay ningún conflicto jurisdiccional posible, por la sencilla razón de que lo que la legislación hipotecaria prevé, amparada por el artículo 2.182 LEC y por la DA 7.^a de la Ley Orgánica del Poder Judicial, es que un órgano y un procedimiento de jurisdicción voluntaria (el expediente de dominio tramitado por el Juez de Primera Instancia del lugar de situación de la finca), de

efectos *inter partes*, en principio, sea controlado, para que tenga efectos «respecto a terceros», por otros órganos y por otro procedimiento de jurisdicción voluntaria, que en una primera instancia es el Registrador de la Propiedad como órgano especial y especializado en materia registral inmobiliaria y encargado de la calificación, redacción y procedencia de los asientos, y en segunda instancia por el Presidente del Tribunal Superior de Justicia, que también es órgano judicial y de jerarquía superior al Juez de Primera Instancia, pero que decide en el recurso gubernativo, que es otro expediente de jurisdicción voluntaria, atendiendo a los requisitos de inscripción del título y a la eficacia de los asientos respecto a terceros. Que luego exista, además, por razones históricas y de uniformidad de doctrina, un tercer escalón en el recurso gubernativo, que es la Dirección General de los Registros y del Notariado, con la cobertura legal de la propia LEC en su artículo 2.182 y de la Ley Hipotecaria y de la Disposición Adicional 7.^a de la Ley Orgánica del Poder Judicial, es ya lo de menos, porque a quien en el futuro no convenciera este tercer escalón del recurso gubernativo podría plantear su supresión o relegarla a un segundo escalón o a sustituirla por una Sala Especial de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo, con funciones de recurso gubernativo.

Lo que debe quedar claro es el perfecto acoplamiento de las funciones de jurisdicción voluntaria del expediente de dominio y del recurso gubernativo, y el control judicial en ambas fases o expedientes, sin que haya que aplicar los tópicos que siempre se manejan en estas materias y en los que incide la resolución de la DGRN de 29 de mayo de 2000, que motiva el presente comentario.

Si se me permite, repetiré lo que dije en otra ocasión sobre el recurso gubernativo: «Es un expediente de jurisdicción voluntaria en el que no existe contención entre partes, de los no regulados por los artículos 1.811 y siguientes LEC, con función de garantía de derechos (art. 117.4 CE) y con la misma finalidad que la propia calificación registral regulada en el artículo 18 LH, es decir, función de control de legalidad en el ámbito no contencioso de los títulos que pretenden el acceso al registro, al objeto de determinar si son o no susceptibles de producir efecto respecto a terceros a través de la publicidad del asiento registral. Dado que el título *per se* sólo produce efectos entre partes, es el asiento registral el que permite que produzca los efectos de legitimación registral, fe pública registral, prioridad y cierre registral, oponibilidad, tracto sucesivo, todo ello bajo la salvaguarda de los Tribunales».

Y en cuanto al Registrador de la Propiedad, «actúa en este expediente a modo de “Juez territorial o inmobiliario” (JERÓNIMO GONZÁLEZ), sin que defienda un mero interés personal o particular, sino que tiene, en primera instancia, la misma función que el Presidente del Tribunal Superior de Justicia, esto es, la función pública (art. 274 LH) de defensa de la legalidad en interés público y en interés de los terceros a los que podría afectar el asiento».

Pues bien, si no se parte de todos estos antecedentes sobre el expediente de dominio, sobre el procedimiento registral y sobre el expediente de recurso gubernativo, todo serán desorientaciones, confusiones, tópicos y apelaciones improcedentes al respeto a la función jurisdiccional, cuando lo que procede es plantear a fondo los requisitos de tramitación del expediente de dominio, en toda su amplitud en el ámbito del recurso gubernativo, para determinar si el auto resultante del mismo es o no inscribible en el Registro de la Propiedad.

La presente resolución DGRN, de 29 de mayo de 2000, que motiva el presente comentario, por no tener en cuenta todas estas consideraciones previas, da por inexistente o fenecido el artículo 286 del Reglamento Hipotecario, cuando es una norma muy clara en su redacción, que no puede ser desvirtuada por una resolución de un órgano jerárquicamente inferior.

Por otro lado, la **interpretación** de la legislación vigente, que ciertamente sí es competencia del Registrador y de los órganos del recurso gubernativo, no permite tampoco considerar el artículo 286 del Reglamento Hipotecario como derogado por supuestas normas de jerarquía superior al mismo.

En fin, las resoluciones DGRN no constituyen «fuente del Derecho», por lo que no son fundamento suficiente para que el Registrador de la Propiedad prescinda del contenido de un precepto tan fundamental como el artículo 286 del Reglamento Hipotecario para el futuro, fuera del caso concreto de esta resolución.

Bajo estas ideas, conviene recordar el texto del artículo 286 del Reglamento Hipotecario, que establece:

«El auto aprobatorio del expediente de dominio, cuando se trate de reanudación del tracto sucesivo interrumpido dispondrá la cancelación de las inscripciones contradictorias a que se refiere el artículo 202 de la Ley, y necesariamente expresará que se han observado los requisitos exigidos, según los casos, por el citado artículo y la forma en que se hubieren practicado las citaciones de la regla 3.ª del artículo 201 de la misma Ley».

Ante la claridad del texto reglamentario, huelgan las interpretaciones: el auto del expediente de dominio debe expresar, para ser inscribible, «la forma en que se hubieren practicado las citaciones de la regla 3.ª del artículo 201 de la Ley Hipotecaria», así como, en general, que se han observado los requisitos exigidos.

No se puede partir de una supuesta naturaleza «jurisdiccional» del auto del expediente de dominio, que le preservaría de la calificación registral y del control de los órganos del recurso gubernativo, entre ellos, el Presidente del Tribunal Superior de Justicia, que también es órgano de jurisdicción voluntaria, como el Juez en el expediente de dominio.

A las puertas de una nueva regulación de los procedimientos de jurisdicción voluntaria, prevista para el plazo de un año desde la entrada en vigor de la nueva LEC, no es de recibo que se parta de la naturaleza «jurisdiccional» del expediente de dominio, cuando la propia LEC, que está a punto de entrar en vigor, y que ha recogido todos los procedimientos jurisdiccionales, ha dejado sin regular el expediente de dominio, porque su regulación queda reservada a la futura Ley de Jurisdicción Voluntaria o a la remisión que ésta haga, en su caso, a la Ley Hipotecaria, igual que el artículo 2.182 LEC hace a las «reglas de procedimiento civil de la Ley Hipotecaria».

Pues bien, si el expediente de dominio es un expediente de jurisdicción voluntaria, especial, según hemos defendido, y además, tiene carácter y finalidad registral por su objeto, lo lógico es que tenga un sistema de control de legalidad diferente de los procedimientos de jurisdicción contenciosa y de los procedimientos de jurisdicción voluntaria de la Ley de Enjuiciamiento Civil, lo que se confirma porque la especialidad del expediente de dominio es que va a afectar a «terceros» ajenos a la interposición del procedimiento, frente a

la regla general de que los procedimientos judiciales sólo tienen efecto entre las partes que han intervenido en los mismos.

Para que se produzcan los efectos del expediente de dominio respecto a terceros, es necesario que entre en juego la publicidad registral, y para que ésta lo haga, ha de existir el previo control de legalidad propio de la función registral del órgano encargado de extender los asientos registrales que van a tener esos efectos respecto a terceros, así como de los órganos del recurso gubernativo que van a controlar la legalidad en sucesivas instancias, a esos fines de los efectos de los asientos registrales.

De ahí que entre en juego con posterioridad al auto del expediente de dominio, y antes de su inscripción, otro procedimiento de jurisdicción voluntaria, que es el de calificación registral o control de legalidad realizado por el Registrador respecto a los efectos frente a terceros de los asientos, y sucesivamente el Presidente del Tribunal Superior de Justicia y la Dirección General de los Registros y del Notariado, a través de «las reglas de procedimiento civil», a que se refiere el repetido artículo 2.182 de la LEC.

Siguiendo el razonamiento a que nos llevan las anteriores observaciones sobre la naturaleza del expediente de dominio y del procedimiento registral y del expediente de recurso gubernativo, daremos sucesivos pasos para la explicación del denostado artículo 286 RH, por esta resolución.

El expediente de dominio es un procedimiento especial para obtener la inscripción en supuestos en que falla el tracto registral o previa inscripción en sentido amplio, ya sea por falta de inmatriculación, por interrupción de tracto o por falta de cabida, pues, a los efectos que nos interesan, hay identidad entre las tres modalidades del expediente.

Su finalidad es configurar un título supletorio para obtener la inscripción, habiendo querido la Ley Hipotecaria, siempre tan próxima a la función judicial, que sea el Juez de Primera Instancia del lugar de situación de la finca el que tramite el procedimiento, para crear el título inscribible en estos casos, interviniendo el Juez en función de garantía de derechos y no propiamente jurisdiccional.

Ahora bien, ¿en qué consiste prácticamente un expediente de dominio? En realidad, en dos aspectos esenciales:

1.º) En la aportación de pruebas acerca de la pretensión que se formula para que sea valorada por el Juez conforme a su crítica racional.

2.º) En la existencia de una serie de trámites consistentes, fundamentalmente, en citaciones, notificaciones y publicaciones, para que los terceros puedan conocer que existe la tramitación del expediente de dominio y puedan alegar lo que estimen procedente.

El primero de dichos aspectos, el de valoración de la prueba aportada, se deja al arbitrio exclusivo del órgano judicial, pues la Ley Hipotecaria se refiere a la «crítica racional» del Juez. Por ello, este aspecto sólo puede ser desvirtuado mediante el recurso de apelación ante los órganos judiciales, pues es un problema de libre valoración y decisión judicial.

Pero el segundo aspecto, el de los trámites consistentes en citaciones, notificaciones y publicaciones dirigidas a terceros, sin los cuales el expediente de dominio queda prácticamente en la «nada», no puede dejarse al exclusivo control judicial del recurso de apelación ante la Audiencia, porque dejaría en completa indefensión a los terceros imposibilitados de conocer el procedi-

miento si faltan dichos trámites de citaciones o son defectuosos, y en tal caso, no quedaría justificado que el asiento registral del expediente produjera efectos «inmediatos» contra terceros, con posibilidad de transmisión inmediata a tercero inatacable del artículo 34 LH.

Los defectos de tramitación podría alegarlos por medio de recurso de apelación ante la Audiencia, únicamente quien haya intervenido en los trámites del expediente, pero no los terceros que no han podido comparecer porque no se han enterado de la tramitación del expediente debido a los defectos de las citaciones, notificaciones o publicaciones. Por ello, esta materia es del control exclusivo de los órganos registrales, como órganos de protección de terceros, con ocasión de la calificación registral del procedimiento antes de extender la inscripción y como requisito de la misma.

Y es que los defectos de tramitación no son sólo un mero trámite del expediente de dominio, sino el presupuesto esencial del mismo, sin el cual es inexistente e incongruente, pues no daría oportunidad de intervenir a los terceros en un asunto esencial para los mismos.

La presente resolución de 29 de mayo de 2000 padece un grave defecto de miopía respecto a los terceros a los que ha de referirse siempre la función registral. Sólo tiene en cuenta la protección de los titulares registrales que consten previamente inscritos en el expediente de reanudación de tracto sucesivo interrumpido, y no tiene en cuenta la eficacia de los asientos registrales «contra terceros», que son todos los que no han inscrito pero que resultan o pueden resultar perjudicados por los asientos registrales. Esa eficacia de los asientos registrales contra terceros, establecida por la legislación hipotecaria por razones de la «seguridad del tráfico», sólo puede justificarse si se toman las medidas adecuadas para la protección de la «seguridad de los derechos», a través del control de legalidad riguroso en asuntos que no dependen de la «crítica racional» del Juez, sino de un defecto grave de falta de las preceptivas citaciones o publicaciones respecto a terceros conectados con la finca en cuestión, y que pueden proceder o no de titulares registrales, pero a los que puede perjudicar el asiento registral del expediente de dominio. No parece necesario insistir en las elementales consideraciones sobre la solución de la tensión existente entre los conceptos de «seguridad del tráfico» y «seguridad de los derechos», que tiene perfecta aplicación aquí en los términos que se acaban de indicar.

Si en la tramitación del expediente de dominio el Juez comete un error, el Ministerio Fiscal lo puede o no detectar dentro de sus funciones, pero también han de detectarlo, a efectos de decidir si procede o no la inscripción contra terceros, los órganos que tienen encomendado el control de legalidad de los asientos registrales como función específica.

Resulta verdaderamente paradójico que esta resolución de la DGRN se apoye en un artículo reglamentario, el consabido artículo 100 del Reglamento Hipotecario, relativo a los «obstáculos del Registro», para neutralizar otro artículo del mismo rango que es el artículo 286 del propio Reglamento, cuando los «obstáculos del Registro» en sentido amplio, comprenden también los que derivan de la imposibilidad de obtener la inscripción por la vía ordinaria de la previa inscripción, al faltar todo enlace con el titular registral anterior, por ser éste diferente o por no existir siquiera, lo cual exige «cumplir los requisitos que la Ley Hipotecaria establece» para superar el obstáculo registral de la falta de previa inscripción, que sólo se suple cumpliendo las formalidades de tramitación del expediente respecto a los posibles terceros afectados, que no son sólo los que figuran en el Registro.

Ciertamente, los titulares registrales, que son de los únicos que se ocupa la presente resolución, han de obtener la máxima protección. Pero también han de obtenerla, para que se justifiquen los efectos de la inscripción del expediente de dominio contra terceros, que estos otros terceros hayan tenido la posibilidad de hacer alegaciones respecto al expediente.

El obstáculo registral en estos casos es la imposibilidad de inscribir la finca a nombre de una persona cuando hay interrupción del tracto, **si no se cumplen los trámites** que prevé la legislación hipotecaria para remover el obstáculo registral.

Por otra parte, hay otros argumentos que han de estimarse decisivos acerca de la legalidad y justificación del artículo 286 del Reglamento Hipotecario y sobre la procedencia de la calificación registral de los trámites de citaciones y publicaciones en el expediente de dominio.

Existe, en opinión de este comentarista, la errónea creencia de que el ámbito de la calificación registral y de los órganos del recurso gubernativo —entre ellos el Presidente del Tribunal Superior de Justicia—, se agotan en el artículo 18 de la Ley Hipotecaria. Ciertamente, el artículo 18 LH es el precepto fundamental y emblemático de la calificación registral, pero ello no autoriza a desconocer otros preceptos que también se refieren a la misma, entre ellos los siguientes:

a) El artículo 202 de la Ley Hipotecaria considera «inscribibles», los expedientes de dominio «tramitados con arreglo al artículo anterior». Por tanto, sólo son inscribibles los «tramitados», es decir, «los que cumplan los trámites» del artículo 201. Los expedientes que no cumplan esos trámites no son inscribibles, y por tanto, además de las citaciones del propio artículo 202 LH, se exige en general, tanto para los expedientes de reanudación de tracto, como para el de inmatriculación, como para el de excesos de cabida, las citaciones y publicaciones de la regla 3.ª del artículo 201 LH. En consecuencia, el artículo 286 del Reglamento Hipotecario es perfectamente coincidente con el artículo 202 de la Ley Hipotecaria.

b) Por otra parte, el artículo 99 de la Ley Hipotecaria contiene un matiz importante respecto a los documentos que motivan cancelaciones, y es que en lugar de limitarse la calificación de los mismos a la «legalidad de las formas extrínsecas de los documentos», habla en general de la «legalidad de los documentos». Y resulta que, al menos en el expediente de reanudación de tracto se produce la cancelación de la inscripción anterior, y ha de exigirse la «legalidad de los documentos», es decir, que conste en ellos haber cumplido los requisitos de legalidad que establece el artículo 201 de la Ley Hipotecaria.

c) La interpretación de la expresión «obstáculos del Registro» en el sentido amplio de requisitos exigidos para la inscripción por la Ley Hipotecaria, lleva a la misma conclusión, pues no se trata únicamente de los obstáculos derivados del tracto sucesivo en sentido «positivo», sino de los requisitos exigidos por la Ley Hipotecaria para suplir la «falta o inexistencia de tracto sucesivo», ante la eventualidad de que existan derechos de terceros fuera del Registro que puedan quedar perjudicados por el nuevo asiento registral del expediente de dominio realizado sin tracto ni previa inscripción, y con completa indefensión de los terceros que tienen relación con la finca, que son los que señala la regla 3.ª del artículo 201 de la Ley Hipotecaria.

d) En fin, la calificación registral de la competencia del Juzgado (art. 100 RH), perfectamente justificada en los expedientes de dominio conectados a la

necesaria territorialidad o situación de la finca de que se trate, y la calificación registral de la congruencia del mandato judicial con la «clase de juicio o procedimiento seguido (igualmente, según el art. 100 RH), llevan también a la idea de que la tramitación del expediente de dominio y las citaciones a terceros son esencia o la seña de identidad del procedimiento mismo. Un expediente de dominio sin citaciones no es expediente de dominio.

El fundamento de la calificación registral de documentos judiciales se explica por la indicada razón de que el auto judicial sólo produce efectos respecto al interviniente o intervinientes en el expediente, no respecto a terceros. Y como el asiento registral tiene efectos «contra terceros», que son todos aquellos terceros afectados por la falta o irregularidad de las citaciones y publicaciones, sería una auténtica paradoja que fuera inscribible un expediente de dominio sin citaciones, y que inmediatamente, pudiera surgir un tercero hipotecario del artículo 34 LH (seguridad del tráfico), que pudiera prevalecer sobre los terceros que han quedado en absoluta indefensión por la falta absoluta de trámites del expediente de dominio (seguridad de los derechos).

La seguridad del tráfico, que lleva consigo una expropiación, se justifica sobradamente cuando los titulares de los derechos no han accedido al Registro, existiendo una situación normalizada de tracto sucesivo. Pero si el tracto sucesivo se ha roto, se produce un obstáculo registral en sentido amplio, y han de tomarse todas las medidas para «sanar» y «restablecer» la seguridad del tráfico, y ésta sólo puede producirse cuando la seguridad de los derechos no queda en situación de indefensión. Y esto no es un problema meramente judicial, sino el problema registral típico, el de la configuración de un título inscribible supletorio por faltar tracto, al estar interrumpido, o por faltar tracto, por falta de inscripción (supuestos de inmatriculación o excesos de cabida).

Y como el Registrador de la Propiedad no es el único ni el definitivo órgano que debe controlar la actuación del Juez sobre la tramitación del expediente de dominio, sino que está también el Presidente del Tribunal Superior de Justicia en vía de recurso gubernativo, que es superior jerárquico del Juez, en otro expediente igualmente de jurisdicción voluntaria como el expediente de dominio, no existe ningún problema de choques competenciales o jurisdiccionales en asuntos en que además no se trata de discutir la decisión de fondo del Juez, conforme a su «crítica racional», sino los trámites del expediente de dominio, como procedimiento registral que tiene como finalidad la creación de un título registral.

Por todo lo expuesto, se estima, salvo mejor opinión, que los Registradores de la Propiedad y los Presidentes de los Tribunales Superiores de Justicia, y la propia Dirección General de los Registros y del Notariado, deben olvidar rápidamente esta Resolución de 29 de mayo de 2000, y volver al cauce del artículo 286 del Reglamento Hipotecario, que es un precepto vigente y concordante con los artículos 201, 202, 18 y 99 de la Ley Hipotecaria y con el artículo 2.182 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Deberían recordarse, una vez más, las observaciones de ese gran jurista, civilista e hipotecarista, maestro de todos, que fue don JERÓNIMO GONZÁLEZ, en aquellas famosas frases que me permito reiterar: «No puede dejarse la extensión de un asiento y la marcha entera de la oficina a funcionarios que resuelven sobre cuestiones distintas y sin exacto conocimiento de los datos registra-

les». «El problema de las relaciones entre las autoridades judiciales que deciden contradictoriamente *inter partes* y los funcionarios encargados del Registro cuyas resoluciones producen efectos *erga omnes* es un caso particular del problema general planteado al determinar la influencia recíproca de las jurisdicciones contenciosa y voluntaria». «Dentro de su respectivo campo, el Registrador y el Juez son autónomos y, en cierto modo, soberanos, y el segundo no puede imponer la extensión de un asiento determinado, como el primero no alterar los pronunciamientos de un fallo».

J. M. G. G.

III. Sentencias del Tribunal Supremo

1. DERECHO CIVIL

B) OBLIGACIONES Y CONTRATOS

POR JOSÉ QUESADA SEGURA,
ISABEL DE LA IGLESIA MONJE
e ISABEL MORATILLA GALÁN

*REVOCACION DE DONACION POR INGRATITUD: SOLO ES POSIBLE EN
LOS CASOS CONCRETOS DEL ARTICULO 648 DEL CODIGO CIVIL. (SEN-
TENCIA DE 13 DE MAYO DE 2000.)*

Hechos.—Una anciana realizó donación de unas fincas que le pertenecían a favor de las personas que la estaban cuidando. Cierta tiempo después, y como dejaron de hacerlo, tuvo que ingresar en un asilo. La donante demanda la revocación de la donación por ingratitud. La demanda no prospera.

Doctrina de la Sentencia.—La donación *inter vivos*, como cualquier otro contrato, es irrevocable. Sin embargo, se permite la revocación en ciertos supuestos establecidos en la ley, entre los que se comprende el de ingratitud, en cuanto la donación impone, sin duda alguna, el cumplimiento de ciertos deberes morales, *ius gratitudinis* del donatario con referencia al donante, que entiende la parte recurrente han incumplido los demandados; ahora bien, en nuestro sistema legal no toda ingratitud de los donatarios da lugar a la causa de revocación, sino solamente los casos concretos y determinados que señala el artículo 648 del Código Civil, y los demandados, evidentemente, no han incurrido en clase alguna de delito y menos contra la donante. No todo acto que implique ingratitud es suficiente para que prospere la acción de revocación de la donación, sino solamente los contenidos en alguno de los tres supuestos del artículo 648; supuestos que no se han acreditado en autos y que debido a su carácter penal, de acuerdo a la doctrina tradicional, han de interpretarse de forma restrictiva, por lo que no cabe extender los casos de ingratitud más allá de los supuestos establecidos en la ley.

LEGITIMACION «AD CAUSAM». (SENTENCIA DE 16 DE MAYO DE 2000.)

Doctrina de la Sentencia.—Tanto la doctrina como la jurisprudencia coinciden mayoritariamente en afirmar la estrecha relación de la llamada legitimación *ad causam* con el fondo del asunto. Y es que el examen de cualquier pretensión pasa, necesariamente, por comprobar si existe o no la relación entre sujeto y objeto que pueda permitir la estimación de aquélla. De ahí que en la jurisprudencia más reciente de esta Sala se diga que la legitimación *ad causam* es cuestión preliminar al fondo, pero que puede exigir un examen del fondo, o que mientras la falta de legitimación *ad processum* equivale a la falta de capacidad procesal, la falta de legitimación *ad causam* equivale a la falta de acción.

Como recoge la sentencia de esta Sala, de 18 de marzo de 1993, la legitimación en el proceso civil se manifiesta como un problema de consistencia jurídica, en cuanto que exige la adecuación entre la titularidad jurídica que se afirma y el objeto jurídico que se pretende, lo que se traduce en que el tema de la legitimación comporta siempre una *questio iuris*, pues obliga a establecer si efectivamente guarda coherencia jurídica la posición subjetiva que se invoca en relación con las peticiones que se deducen.

MOTIVACION DE LAS SENTENCIAS. (SENTENCIA DE 16 DE MAYO DE 2000.)

Doctrina de la Sentencia.—La motivación es una exigencia formal de las sentencias, en cuanto deben expresar las razones de hecho y de derecho que las fundamentan, es decir, el proceso lógico-jurídico que conduce a la decisión o fallo, lo que concuerda con el artículo 248.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que modifica la estructura de la Ley Procesal.

Siendo doctrina constitucional que la motivación del pronunciamiento es requisito ineludible de la actividad judicial, existiendo incongruencia omisiva cuando se omite todo razonamiento respecto de algún punto esencial, lo que no es extensivo a todas las alegaciones, pero sí a los aspectos fácticos que sirvan de base para exteriorizar el fundamento jurídico de la decisión y para permitir su control, bastando que la motivación ponga de manifiesto que la decisión judicial adoptada responde a una concreta interpretación y aplicación ajena a toda arbitrariedad y que permita la eventual revisión jurisdiccional mediante los recursos legalmente establecidos.

EL ARTICULO 34 DE LA LEY HIPOTECARIA Y SU INCIDENCIA EN LA RETROACCION DE LA QUIEBRA. (SENTENCIA DE 22 DE MAYO DE 2000.)

Doctrina de la Sentencia.—Es doctrina reiterada y prácticamente uniforme de esta Sala la que proclama la nulidad radical, *ipso iure*, de todos los actos de administración y dominio realizados por el quebrado con posterioridad a la época a que se retrotraigan los efectos de la quiebra.

Sobre la posible incidencia en esta materia del artículo 10 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Mercado Hipotecario, en cuanto exige prueba del fraude en la constitución del gravamen y deja a salvo al tercero que no hubiera sido cómplice de aquél, la sentencia de 22 de enero de 1999 lo considera una «excepción a aquel principio de nulidad absoluta».

Como ya se declaró en sentencia de 1 de febrero de 1974, el artículo 34 de la Ley Hipotecaria nunca puede amparar a quien contrata directamente con el quebrado, pues aquél no es en puridad tercero y por eso queda plenamente sometido al artículo 33 de la misma Ley, a cuyo tenor la inscripción no convalida los actos o contratos que sean nulos con arreglo a las leyes, de suerte que el negocio jurídico entre el quebrado y de quien éste adquiriera será nulo por aplicación del artículo 878 del Código de Comercio, y como tal no podrá ser convalidado pese a su inscripción registral.

Una aplicación indiscriminada del artículo 34 LH a favor de los subadquirentes acabaría con la eficacia del artículo 878 del Código de Comercio al impedir el reintegro de los bienes a la masa de la quiebra, siempre que el adquirente directo del quebrado transmitiera rápidamente a terceros de buena fe que con igual celeridad inscribieran asimismo su derecho.

Los términos en que se protegen los derechos del tercero de buena fe por el artículo 34 LH son de muy difícil incidencia en el riguroso régimen del artículo 878 citado, pues el derecho de quien transmite al tercero no se anula o resuelve por una causa que pudiera constar en el Registro de la Propiedad, sino precisamente por la sola circunstancia de haberse adquirido ese derecho en un tiempo anterior que se fija retroactivamente por el Auto judicial de declaración de la quiebra, de suerte que en rigor no cabría hablar de «inexactitud del Registro».

Buena prueba de esa difícil incidencia es la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado al declarar que puede inscribirse una compraventa presentada antes que un auto de declaración de quiebra que retrotraiga sus efectos a fecha anterior a la de aquélla, o que «en los folios de las fincas enajenadas por el quebrado durante el período de retroacción no puede ser anotada la declaración de quiebra dictada en un procedimiento en el que no son citados ni oídos los titulares registrales actuales de aquéllas».

LA DISPOSICION A TITULO GRATUITO DE UN BIEN GANANCIAL ES UN ACTO NULO. PARA QUE LA SEPARACION DE HECHO EXCLUYA LA SOCIEDAD DE GANANCIALES, TAL SEPARACION HA DE SER SERIA Y PROLONGADA. (SENTENCIA DE 24 DE MAYO DE 2000.)

Doctrina de la Sentencia.—La disposición del bien solamente por el marido, sin la intervención (codisposición) de la esposa, o sin su consentimiento, determina la invalidez del acto de disposición a título gratuito de bien ganancial, sin que importe aquí concretar si la nulidad tiene carácter radical (como ocurre claramente en la actualidad, dados los arts. 1.322, párrfo 2.º y 1.378 del Código Civil), o relativa, en la normativa del régimen vigente cuando se efectuó (arts. 1.413, redacción de Ley 24 de abril de 1958, 1.415 párrafo 2.º a *contrario sensu*, e incluso 1.343 y 1.409 en orden a complementar la interpretación normativa), porque el tema no se suscitó en casación. Por todo ello es evidente la nulidad del título por no cumplirse la exigencia legal en materia de disposición gratuita de bienes gananciales.

Según doctrina de esta Sala, la libre separación de hecho excluye el fundamento de la sociedad de gananciales, de tal modo que no tienen este carácter los bienes adquiridos individualmente después de la cesación de la convivencia, pero la misma no es aplicable al caso de autos, pues no basta con no tener relaciones íntimas con el cónyuge y mantener unas relaciones extrama-

trimoniales con otra persona para aplicar la doctrina expuesta. El marido no dejó el domicilio conyugal, siguió pernoctando en el mismo, continuó llevando la gestión de los asuntos de la familia formada por la mujer e hijos y contribuyendo con sus ingresos al sostenimiento. La sentencia de 27 de enero de 1998, trata de un caso de ruptura de la convivencia conyugal y dice: «siempre que ello obedezca a una separación fáctica seria, prolongada y demostrada». En el caso de autos no se da, pues, la separación de hecho, por lo que no es aplicable la doctrina expresiva de que la libre separación de hecho excluye el fundamento de la sociedad de gananciales.

MOTIVACION DE LAS SENTENCIAS. TITULARIDAD DE UNA CUENTA CORRIENTE INDISTINTA. (SENTENCIA DE 29 DE MAYO DE 2000.)

Doctrina de la Sentencia.—No cabe identificar la incongruencia con la falta de motivación, siendo perfectamente posible que una sentencia sea congruente, aunque carezca de motivación, y a la inversa, ya que la congruencia se mide por el ajuste del fallo a lo pedido en la demanda; el deber de motivación de las sentencias no supone que haya de hacerse un análisis pormenorizado de todos y cada uno de los argumentos de las partes, cabiendo así distinguir entre peticiones, a las que es exigible una respuesta efectiva, y alegaciones.

La titularidad indistinta de una cuenta corriente lo único que atribuye a los titulares frente al Banco depositario es la facultad dispositiva del saldo que arroje la cuenta, pero no determina, por sí sola, la existencia de un condominio y menos por partes iguales sobre dicho saldo de los dos (o más) titulares indistintos de la cuenta, ya que esto habrá de venir determinado únicamente por las relaciones internas entre ambos titulares, y más concretamente por la originaria pertenencia de los fondos o numerario de que se nutre dicha cuenta (sentencia de 7 de junio de 1996).

ADQUISICION DE LA PROPIEDAD: EL ARTICULO 609 DEL CODIGO CIVIL NO ES ABSOLUTO NI EXCLUYENTE. (SENTENCIA DE 20 DE JUNIO DE 2000.)

Doctrina de la Sentencia.—El artículo 609 del Código Civil, en orden a la adquisición de la propiedad, no es tan absoluto que no admita en su régimen adquisitivo modificaciones por voluntad de los interesados en el negocio jurídico de que se trate o en el que sea su consecuencia, ni es tan negativo que por mor de esas modificaciones arrastre la nulidad del título que las recoja, tal como permite el artículo 1.255 del propio Código con carácter general, siempre que el tipo de contrato que así se cree no obedezca a una causa torpe que contrarie la ley, la moral o el orden público y más aun si la propia ley lo ha previsto.

En el presente supuesto, la entidad vendedora se ha desprendido de la propiedad y de la posesión del camión ahora en litigio, desde el momento en que ha recibido su precio, con la entrega de esa posesión al comprador, mientras que éste, voluntariamente suspende a favor de su financiadora la adquisición de la propiedad en función de la pendencia que sobre él pesa de reintegrar el capital que se le prestó. El comprador, por acuerdo o conformidad, como dice el artículo 1.463 del Código Civil, se queda en poseedor inmediato y concede la posesión mediata, ínsita en el dominio, a quien le financia la

operación, quedándole la expectativa, a modo de condición suspensiva, de la plenitud de lo adquirido para cuando termine de pagar.

RESOLUCION DE COMPRAVENTA DE INMUEBLES: NATURALEZA DEL REQUERIMIENTO DEL ARTICULO 1.504 DEL CODIGO CIVIL. (SENTENCIA DE 26 DE JUNIO DE 2000.)

Doctrina de la Sentencia.—La exigencia de que el requerimiento resolutorio a que se refiere el artículo 1.504 del Código Civil haya de observar unos determinados requisitos formales y haya de tener un determinado contenido, no implica limitación alguna de los derechos derivados del contrato de compraventa de bienes inmuebles.

La jurisprudencia ha manifestado que se puede calificar el requerimiento del artículo 1.504 como un acto jurídico complejo integrado, en su fin principal, por una declaración unilateral de voluntad —a la que la ley anuda un efecto resolutorio contractual— (sentencia de 1-6-1987). Es válido el requerimiento en el que se condiciona la resolución contractual al pago de las cantidades adeudadas en un plazo que discrecionalmente concede el vendedor al comprador (sentencia de 6-11-1991).

El único requerimiento que exige el artículo 1.504 como requisito previo para que se produzca la resolución de la compraventa, es aquél que implica una intimación a que el comprador se avenga a resolver la obligación y a no poner obstáculos a ese modo de extinguirla, rechazándose por la doctrina jurisprudencial la tesis de que tal requerimiento constituye una intimación al pago con resolución *ex lege*, si éste no se produce.

RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACION: AUNQUE LA TENDENCIA LEGISLATIVA CONCENTRA LAS RECLAMACIONES EN LA JURISDICCION CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA, LOS ASUNTOS INICIADOS ANTES SE RIGEN POR LOS ANTERIORES CRITERIOS COMPETENCIALES. (SENTENCIA DE 29 DE JUNIO DE 2000.)

Doctrina de la Sentencia.—Corresponde recordar la presencia de dudas sobre la concreción del orden jurisdiccional correspondiente para sustanciar las reclamaciones indemnizatorias contra la Administración, pues frente a la generalidad del artículo 3.b) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, de 27 de diciembre de 1956, se encuentra el alcance de la responsabilidad extracontractual contenida en el artículo 1.902 del Código Civil, relativa a que el conocimiento del orden jurisdiccional civil, en materia de daños producidos por una Administración Pública, procede cuando ésta no ha ejercido potestades soberanas y la del orden contencioso-administrativo en caso contrario. La normativa aplicable actualmente en este tema, aparte de las disposiciones aprobadas por las respectivas Comunidades Autónomas, se encuentra en el artículo 106.2 de la Constitución Española, el cual establece que «los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos»; en el artículo 2.e) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-

Administrativa, que reconoce su competencia para conocer de las cuestiones que se susciten sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración; y en los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas. La publicación de las Leyes 30/1992 y 29/1998 evidencia un cambio del panorama competencial, con la tendencia en la nueva legislación, de conformidad con el espíritu imperante en las pautas administrativas recién dictadas y en el artículo 215 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, de concentrar las reclamaciones contra la Administración en la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Sin embargo, por razones de seguridad jurídica, conviene respetar los criterios competenciales precedentes para los asuntos iniciados antes del cambio legislativo aludido, pues su quiebra ante un proceso iniciado previamente a la puesta en vigor de la citada normativa, perjudicaría el principio de la tutela judicial efectiva y produciría indefensión.

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL: ES REQUISITO INDISPENSABLE DETERMINAR EL NEXO CAUSAL ENTRE LA CONDUCTA DEL AGENTE Y LA PRODUCCION DEL DAÑO. (SENTENCIA DE 30 DE JUNIO DE 2000.)

Doctrina de la Sentencia.—Constituye doctrina de esta Sala que para la imputación de la responsabilidad, cualquiera que sea el criterio que se utilice (subjetivo u objetivo), es requisito indispensable la determinación del nexo causal entre la conducta del agente y la producción del daño, el cual ha de basarse en una certeza probatoria que no puede quedar desvirtuada por una posible aplicación de la teoría del riesgo, la objetivación de la responsabilidad o la inversión de la carga de la prueba. Es preciso la existencia de una prueba determinante (sentencias de 3-11-1993 y 31-7-1999) sin que sean suficientes meras conjeturas, deducciones o probabilidades. El «cómo» y el «por qué» del accidente constituyen elementos indispensables en el examen de la causa eficiente del evento dañoso.

La prueba del nexo causal, requisito al que no alcanza la presunción ínsita en la doctrina denominada de la inversión de la carga de la prueba, incumbe al actor, el cual debe acreditar la realidad del hecho imputable al demandado del que se hace surgir la obligación de reparar el daño causado (sentencias de 11-2-1986 y 17-12-1988, entre otras).

RESPONSABILIDAD DEL ARQUITECTO EN LA DIRECCION DE LA OBRA. (SENTENCIA DE 3 DE JULIO DE 2000.)

Doctrina de la Sentencia.—La responsabilidad por la ruina del edificio que el artículo 1.591 del Código Civil impone al arquitecto, procede cuando aquélla sea debida a vicio del suelo o de la dirección. Por dirección de la obra ha de entenderse, según el Decreto de 17 de junio de 1977, «la fase en que el arquitecto lleva a cabo la coordinación del equipo técnico facultativo de la obra, la interpretación técnica, económica y estética del proyecto de ejecución, así como la adopción de las medidas necesarias para llevar a término el desarrollo del proyecto de ejecución, estableciendo las adaptaciones, detalles complementarios y modificaciones que puedan requerirse con el fin de alcanzar la realización total de la obra, de acuerdo con lo que establece el proyecto

de ejecución correspondiente»; y el Real Decreto de 23 de enero de 1985 define la dirección de la obra como la actividad que controla y ordena la ejecución de la edificación en sus aspectos técnicos, económicos y estéticos, coordinando a tal efecto las intervenciones de otros profesionales técnicos cuando concurran en la misma.

La adecuada dosificación de los materiales y su correcta colocación son funciones que no entran dentro de las atribuidas al arquitecto director de la obra, sino que competen al arquitecto técnico.

PARA QUE SEA APLICABLE EL ARTICULO 1.502 DEL CODIGO CIVIL SE REQUIERE QUE EL COMPRADOR SE HALLE EN POSESION DE LA COSA VENDIDA. (SENTENCIA DE 10 DE JULIO DE 2000.)

Doctrina de la Sentencia.—Además de ser jurisprudencia reiterada de esta Sala la de la interpretación estricta de los términos «acción reivindicatoria o hipotecaria» contenidos en el artículo 1.502 del Código Civil, también tiene declarado, por una parte, que la facultad de suspender el pago del precio requiere, antes de su ejercicio, su notificación por el comprador al vendedor, a fin de que éste pueda, en su caso, afianzar la devolución conforme a la previsión legal (sentencias de 15-2-58 y 20-7-91), y por otra, que el primer requisito condicionante de la operatividad del artículo 1.502 es que el comprador se halle en poder de la cosa vendida (sentencia de 25-10-95), siendo sobremanera contradictorio que el recurrente haya dedicado otros motivos a alegar la falta de entrega de las fincas por el vendedor para, después, invocar el artículo 1.502 a fin de justificar el incumplimiento de su obligación de pagar.

EL CREDITO DIMANANTE DEL SUMINISTRO DE MAQUINARIA INDUSTRIAL NO PUEDE CALIFICARSE DE REFACCIONARIO. (SENTENCIA DE 21 DE JULIO DE 2000.)

Doctrina de la Sentencia.—En la jurisprudencia y en la doctrina científica domina hoy un concepto amplio de crédito refaccionario, en cuanto no limitado ya en su origen, como entendía la doctrina tradicional, a un préstamo de dinero destinado a la construcción o reparación de un edificio, sino comprensivo de todo crédito causalmente conectado con obras de reparación, construcción o mejora de bienes.

El crédito refaccionario no nace necesariamente de un préstamo, en el sentido técnico-jurídico que ha de darse a este contrato, sino también de aquellos otros que hayan contribuido por modo directo al resultado de una construcción, reparación, conservación o mejora de un inmueble.

Tal concepto amplio de crédito refaccionario no autoriza, empero, su extensión indiscriminada a todo el que tenga su origen en el suministro de bienes o servicios que guarden cualquier tipo de relación con bienes inmuebles.

La doctrina científica española, como la europea en general y por influencia alemana, ha venido distinguiendo dentro del artículo 334 del Código Civil, no sin destacar que su verbo rector debía de ser «se reputan» en vez de «son», partes integrantes y pertenencias, estudiando esta última categoría especial-

mente en relación con los artículos 883 y 1.097 del mismo Código. Sin embargo, no debe olvidarse que en materia de protección o garantía del crédito, las máquinas a que se refiere el ordinal 5.º del artículo 334 tienen en nuestro ordenamiento un régimen generalmente diferenciado del edificio en que se realiza la industria a que aquéllas se destinan. Así el artículo 111.1.º de la Ley Hipotecaria excluye de la hipoteca constituida sobre una finca, salvo pacto expreso o disposición legal en contrario, los objetos muebles que se hallen colocados permanentemente en aquélla para el servicio de alguna industria, a no ser que no puedan separarse sin quebranto de la materia o deterioro del objeto. El artículo 12.4.º de la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento de Posesión considera susceptible de hipoteca mobiliaria la maquinaria industrial, regulándola con más detalle en sus artículos 42 a 44 y contemplando también, en su artículo 75, la posible concurrencia con una hipoteca del inmueble donde la maquinaria esté instalada y la preferencia de una y otra garantía cuando, conforme al citado artículo 111 LH, se hubiera pactado expresamente la extensión a la maquinaria de la hipoteca sobre la finca.

Por otra parte, la Ley Hipotecaria, en sus preceptos dedicados al crédito refaccionario, lo asocia siempre a la ejecución de una obra y no al suministro o venta de maquinaria industrial.

En virtud de todo lo antedicho, ha de concluirse que el crédito en cuestión, dimanante del suministro de maquinaria industrial, no puede calificarse de refaccionario.

CONFESION JUDICIAL: ES UNA PRUEBA SOMETIDA A LA VALORACION DE LA INSTANCIA. (SENTENCIA DE 26 DE JULIO DE 2000.)

Doctrina de la Sentencia.—La confesión judicial es una prueba sometida a la valoración de la instancia, salvo en los supuestos en que clara, lisa y llanamente, sin necesidad de conectar las respuestas con los antecedentes y otras circunstancias, sin necesidad de ninguna interpretación, de forma inequívoca y sin ninguna ambigüedad, el confesante realiza una declaración contra sí (sentencias de 29-1-1997 y 12-5-1995).

La confesión de un litigante no puede perjudicar a los colitigantes.

La confesión ya no es hoy la reina de las pruebas y puede ser desvirtuada por otras estimaciones probatorias, porque nuestro sistema es de libre valoración de las pruebas, salvo que se haga con juramento decisorio (sentencias de 29-12-1981 y 19-9-1989, entre otras).

OBLIGACIONES: LA JURISPRUDENCIA ADMITE LA SOLIDARIDAD TACITA. (SENTENCIA DE 26 DE JULIO DE 2000.)

Doctrina de la Sentencia.—Aunque el artículo 1.137 del Código Civil establece en materia de obligaciones como regla general el principio de la mancomunidad, y como excepción la solidaridad, sin embargo, la doctrina jurisprudencial admite la doctrina de la solidaridad tácita, aplicable cuando entre los obligados se da una comunidad jurídica de objetivos, manifestándose una interna conexión entre ellos, con lo que se trata de facilitar y estimular la garantía de los perjudicados, descartándose únicamente cuando hay una mera

casual identidad de fines o prestaciones. En tal sentido se manifiestan, entre otras, las sentencias de 2 de marzo de 1981 y 19 de julio de 1989, que dice que la concepción actual de la obligación solidaria requiere poner de relieve que aunque los créditos de los particulares deudores puedan desarrollarse hasta cierto grado con independencia, permanecen, no obstante, unidos entre sí a través de la identidad de fin de las prestaciones, que es el estar destinadas en común a la satisfacción del interés del acreedor, cual sucede cuando existe una comunidad jurídica de objetivos entre las prestaciones de los diversos deudores, al manifestarse una íntima conexión entre ellas, pudiendo ser demostrada su concurrencia por el conjunto de antecedentes denotadores de que ha sido querido realmente por los interesados aquel resultado económico.

LA LEY DE USURA NO ES APLICABLE A UN SUPUESTO DE INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS. (SENTENCIA DE 27 DE JULIO DE 2000.)

Doctrina de la Sentencia.—La cantidad debida no corresponde a un préstamo ni a unos intereses, sino a una indemnización pactada por incumplimiento de la promotora, por lo que no es susceptible de aplicación la conocida como Ley de Azcárate contra la Usura, porque el objeto que constituye la partida impugnada no es el interés de lo que se dice adeudado, y que se demoró en el pago, sino la indemnización de perjuicios concretos que tal incumplimiento produjo en el contratista en relación con otras personas que, directa o indirectamente, intervinieron en la ejecución de las obras para la edificación de un bloque de apartamentos.

RESPONSABILIDAD DEL ARRENDATARIO: OBLIGACION DE CUSTODIA DE LA COSA. (SENTENCIA DE 25 DE SEPTIEMBRE DE 2000.)

Doctrina de la Sentencia.—La responsabilidad que se exige a la arrendataria es la nacida del contrato de arrendamiento, contrato que si bien concede el uso y posesión de la cosa arrendada, le impone al arrendatario la obligación de conservarla en el estado en que le fue entregada, de forma que de acuerdo con el artículo 1.563 del Código Civil, responde de la pérdida o deterioro de la misma, salvo que acredite que se ocasionaron sin culpa del arrendatario, de aquí que se diga, en el supuesto de pérdida o deterioro, que existe una inversión de la carga de la prueba de la culpa, pero lo que ocurre en realidad es que con la pérdida o deterioro se da el incumplimiento de la obligación de guarda y custodia de la cosa, y para que quede libre de esa responsabilidad contractual, se exige al arrendatario que acredite que se perdió o deterioró sin su culpa.

RESOLUCION DE COMPRAVENTA DE INMUEBLES: ESPECIALIDAD DEL ARTICULO 1.504 FRENTE AL 1.124. (SENTENCIA DE 26 DE SEPTIEMBRE DE 2000.)

Doctrina de la Sentencia.—La interrelación de los artículos 1.124 y 1.504 del Código Civil es bien elemental, contrastando las respectivas sanciones de uno y otro en el bien entendido que ambos contemplan la posibilidad resolu-

toria de los contratos u obligaciones bilaterales o sinalagmáticas a causa de incumplimiento por alguno de los obligados o contratantes, pudiendo destacarse:

a) Que el artículo 1.124 como precepto genérico se refiere a todo tipo de contratos bilaterales cuando se incumpla por alguno de los obligados lo que les incumbe, en cuyo caso, automáticamente, el perjudicado podrá instar la resolución.

b) El artículo 1.504, como norma específica, sólo juega en la venta de inmuebles. Ante la redacción dada a la norma del 1.504, es más benévola en principio que la del 1.124, pues autoriza a pagar después de cumplido el término, aunque concurra el pacto comisorio, pero una vez practicado éste, resulta de mayor severidad el citado 1.504 sobre el 1.124, pues determina la resolución, sin admitir aquella apreciación de causas justificadas de incumplimiento, y prohibiendo en forma expresa y absoluta la concesión de un nuevo término para cumplir la obligación en la hipótesis de impago del precio.

Por ende, en caso alguno en la venta de inmuebles cabe la discrecionalidad judicial de señalar nuevo plazo que permite el penúltimo párrafo del 1.124.

J. Q. S.

ESTRUCTURA DE LA SENTENCIA CIVIL. (STS DE 29 DE DICIEMBRE DE 2000.)

Es jurisprudencia de esta Sala, de un lado, que según se desprende de la expresión en su caso, contenida en el artículo 248-3 LOPJ, no es exigible un apartado específico de Hechos Probados, como en la sentencia penal y en la laboral, sino que el deber de motivación fáctica se cumple valorando en los fundamentos jurídicos la prueba practicada y declarando en consecuencia los hechos que hayan de tenerse por probados en relación con las pretensiones de las partes, y de otro lado, que no es imprescindible la cita expresa de preceptos legales cuando se tienen en cuenta, pues lo decisivo es el criterio doctrinal que se sienta como precedente y base del fallo.

En suma, los artículos 120.3 CE y 372 LEC lo que exigen es que las sentencias contengan el proceso lógico-jurídico que conduce a la decisión del pleito, y no la pormenorización y exposición precisa de la normativa legal, cuando la misma se aplica y tiene en cuenta, aunque no se cite literalmente.

ADMISIBILIDAD EN NUESTRO ORDENAMIENTO DEL CONTRATO ATIPICO. (STS DE 22 DE DICIEMBRE DE 2000.)

Nuestro sistema contractual permite la conformación de contratos atípicos que son aquéllos en los que la causa, entendida como función económico-social o práctica, no responde a un esquema objetivo específicamente previsto en la ley, de tal modo que, dentro de los límites en que se admite la libertad contractual (art. 1.255 del Código Civil), las partes pueden convenir a su antojo mediante el concurso de voluntades sobre la cosa y causa del negocio (art. 1.262.1.º del Código Civil), la regulación de sus intereses, por lo que no resulta en absoluto desacertada la apreciación de la sentencia de instancia en cuanto estima la

existencia de un acuerdo de voluntades de naturaleza jurídica del contrato, conforme se define y se compone en los artículos 1.254 y 1.261 del Código Civil, en que los actos y silencios de los contratantes tienen un significado inequívoco, que permite deducir su libre y consciente voluntad de obligarse al cumplimiento de una convenida distribución particional. Finalmente, debe observarse que nada obsta a que las interesadas puedan atribuir o distribuir libremente los bienes que les pertenecen, dentro de los términos de su poder de disposición, sin tener que someterse a las determinaciones testamentarias que sólo a ellas afectan, ni sujetarse a un principio de igualdad que ningún precepto legal impone.

RECLAMACION DE CANTIDAD POR DEVENGO DE HONORARIOS PROFESIONALES Y PERJUICIOS ACREDITADOS EN EL DESEMPEÑO DE LA LOCATIO OPERARUM ENCARGADA. (STS DE 30 DE DICIEMBRE DE 2000.)

En lo relativo a la minutación de ausencias del despacho, lo cierto es que tratándose el señor..., de letrado con despacho abierto, es lógico que desplazado fuera del mismo como consecuencia de atender los servicios concertados con los demandados, su ausencia le produzca unos perjuicios de difícil evaluación, pero que, por un juicio lógico se producen: imposibilidad de atender clientes, reuniones, asistencia, vistas, sustituciones efectuadas por otros compañeros, etc..., sin embargo, cifrar aquellos en 75.000 pesetas/día (en dos supuestos) o 95.000, por días de viaje, parece excesivo, fijándose prudentemente dichos perjuicios en 40.000 pesetas por día, teniéndose presente no sólo las condiciones concurrentes en el demandado, sino también la posibilidad de atender cuestiones urgentes a través de los modernos medios de comunicación, en definitiva, los suplidos referentes a la ausencia del despacho y obligaciones profesionales se cifran en 160.000, por los cuatro días de desplazamiento. Por último, la impugnación efectuada por los gastos de desplazamiento no procede ser tomada en consideración al constar acreditado en autos que el señor... se desplazó, para la atención del asunto encomendado por los hoy demandados, los días que señala. Por otra parte, los gastos que se reclaman, tanto por desplazamiento como por otros conceptos, son ajustados a derecho, toda vez que todos ellos (incluso los que no ofrecen justificación documental) obedecen a un devenir normal de los hechos, por lo que quedan debidamente acreditados de conformidad con lo establecido en el artículo 1.249 del Código Civil. Y es que este concepto minutado es válido porque si el profesional, como en el supuesto de autos, ha cumplido con su obligación de medios en su *locatio operarum* es obvio tiene derecho a su contraprestación que comprenderá, no sólo la suma específica por sus honorarios, en cuya cuantía es recomendable el módulo colegial, sino asimismo, cuanto le haya supuesto de gastos o expensas por el desempeño de su *facere*, si bien, ya por el concepto de resarcimiento de perjuicios, y en esta partida, no hay por qué excluir «lo dejado de percibir» por ese cumplimiento, sobre todo, si la Sala *a quo* lo declara acreditado, sin que por ende, quepa elevar este criterio a doctrina general aplicable a todo evento semejante que no se cimienta en esa probanza de la instancia.

LA RESCISIÓN DE CONTRATO DE VENTA DE INMUEBLE POR LESIÓN EN MÁS DE LA MITAD DEL PRECIO JUSTO PERMITE AL COMPRADOR, CONFORME AL DERECHO CIVIL ESPECIAL DE CATALUÑA, COMPLETAR EL PRECIO CONVENIDO HASTA EL JUSTO Y REAL, EVITANDO ASÍ LA PROCEDENTE RESCISIÓN. (STS DE 1 DE DICIEMBRE DE 2000.)

Hechos.—La demanda rectora interesa subsidiariamente la rescisión del contrato de compraventa al haberse producido en él lesión en más de la mitad del precio justo que correspondería al valor real del bien vendido.

Doctrina.—La Compilación de Derecho Civil especial de Cataluña previene en su artículo 323.1 la posibilidad de rescindir, entre otros, el contrato de compraventa de bienes inmuebles, desde el dato objetivo de la existencia de lesión en más de la mitad del justo precio por diferencia entre el convenido y el valor real o en venta que al tiempo de otorgarse el contrato —según precisa el art. 324— tuviera en la misma localidad cosas iguales o análogas, siendo en base de esos dos elementos —precio convenido y precio correspondiente al valor real— que ha de determinarse la prosperabilidad o no de la pretensión formulada en la demanda sobre esta posibilidad según resulte de lo probado.

La diferencia de precio y valor real —cuatro millones y diez millones de pesetas, respectivamente— ha de llevar a estimar la demanda en cuanto se formula por la pretensión de rescisión por lesión *ultradimidium* que la demandante formuló acogiéndose al amparo del artículo 323 de la Compilación antes citado con la consecuencia que previene su artículo 325, en salvedad expresa a lo dispuesto en el artículo 1.295 del Código Civil, de devolución del precio con los intereses legales anteriores a la reclamación judicial y de devolución de la cosa y además a ella inherente en la medida que dice aquel artículo 325, siquiera a todos estos efectos habrá de tenerse en cuenta el derecho legal que consagra el párrafo segundo de este artículo como opción que concede al comprador para, a su voluntad, evitar la rescisión que se decreta completando aquel precio pagado hasta el valor real de diez millones que queda fijado, para cuya efectividad y acogimiento ni era necesaria la indicación que hace en el escrito de recurso ni tenía que haber formulado reconvencción, pues reconocido su derecho en la normativa vigente no cabe la oposición que ahora, en el trámite de impugnación del recurso y con él y más allá de él la de las consecuencias finales e inevitables de su propia pretensión resolutoria, hace sobre esto la parte demandante y recurrida.

INEXISTENCIA DE NEGLIGENCIA NI DE RESPONSABILIDAD DEL ARQUITECTO, PUESTO QUE LOS FALLOS EXISTENTES NO SON DEL PROYECTO SINO DE LA EJECUCIÓN. (STS DE 11 DE DICIEMBRE DE 2000.)

No cabe aludir a la infracción del artículo 1.191 del Código Civil al entender que existe responsabilidad para el arquitecto por los daños y perjuicios originados a causa del incumplimiento producido por falta de entrega del certificado final de obra o, en su caso, de un certificado parcial. Consta, no obstante, en las actuaciones conforme a las pruebas practicadas, que en la fecha pactada no podía entenderse concluida la obra, pues existían serios problemas en el servicio de prevención contra incendios que quedaron refle-

jados en el informe del arquitecto municipal. También el problema de las mediciones, en función de las competencias respectivas, fue tratado por la sentencia de instancia con resultado contrario por las cuestiones de hecho que involucraba a las pretensiones del actor.

EXISTENCIA DE CONDICION CONTRACTUAL E INAPLICACION DE LA REGLA DEL ARTICULO 1.504 DEL CODIGO CIVIL POR NO HABER SIDO CONSIGNADO EL PRECIO DE LA COMPRAVENTA DE UN BIEN INMUEBLE. (STS DE 29 DE DICIEMBRE DE 2000.)

El logro del contrato y el cumplimiento del pago del precio se supeditaba a una verdadera condición en sentido técnico, cual era la de que los Organismos Oficiales de Extremadura aprobaran el Plan de Ordenación Urbana de Badajoz y se concediera licencia de obras en el solar objeto de la compraventa, para concluir que, como el indicado Plan establece la inedificabilidad del solar, y, en su consecuencia, la no concesión de la preceptiva licencia de obra, es claro que, por la propia configuración del contrato, éste quedaba a la única voluntad de la compradora, a quien no se le podría exigir el precio por no haberse cumplido la condición, y, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.117 del Código Civil y las normas que regulan la contratación en general, la obligación debía darse por extinguida al resultar de imposible cumplimiento, amén de que se frustraron las legítimas expectativas de una o de las dos partes aunque no hubiera ánimo deliberado de incumplimiento, y sería contrario a toda equidad dejar subsistente un contrato que tiene una antigüedad superior a los cinco años a la espera de que la inmobiliaria pueda efectuar una hipotética compra de algún solar adyacente para alcanzar la superficie mínima de edificación, y sin pagar mientras tanto el precio ligando y vinculando a la otra parte contratante, ante lo cual daba por resuelto el contrato, cuyo razonamiento es aceptado por esta Sala, habida cuenta de que, asimismo, aunque la entidad demandada hizo ofrecimiento de pago en el acto de conciliación, el incumplimiento de su obligación no quedó invalidado por tal manifestación al no haber consignado el precio.

LA DETERMINACION DE LA BUENA FE CONTRACTUAL ES UNA CUESTION DE HECHO QUE QUEDA DENTRO DE LA INSTANCIA. (STS DE 24 DE MAYO DE 2000.)

El principio de buena fe a partir de su introducción en nuestra normativa jurídica general, a través del artículo 7.1.º del Código Civil, tiene un carácter impregnador que debe alcanzar a todo el Ordenamiento, e incluso debe ser tenido en cuenta de oficio, puesto que las normas referidas a dicho principio son imperativas y no están a disposición de las partes.

Pero ahora bien, tanto si se estima la buena fe, desde un punto de vista objetivo, como subjetivo, debe ser concretada y valorada libremente por el Tribunal de instancia, en relación a unos hechos determinados; y dicha valoración debe ser respetada a no ser que se sitúe en un parámetro de irracionalidad o de falta de lógica, presupuestos estos que no se dan en la presente

contienda judicial, ya que se hace una interpretación correcta de la cláusula sexta del referido contrato privado.

OBLIGACION DEL MANDATARIO DE TRANSMISION DE LO RECIBIDO CON INTERESES. (STS DE 25 DE ABRIL DE 2000.)

La sentencia recurrida condena al reintegro de una cantidad dineraria, reintegro que procede del hecho de que tal cantidad la aplicó a sus propios usos, por lo menos a partir de que depositó unas determinadas acciones adquiridas con aquella cantidad en una entidad bancaria a su nombre. Al condenar al mandatario al pago de los intereses, infringe la sentencia recurrida el mencionado artículo 1.724 del Código Civil, y debe añadirse la condena a tales intereses.

I. I. M.

CONTRATO DE LEASING. ACCIONES RESOLUTORIAS DE LA COMPRAVENTA Y DEL ARRENDAMIENTO FINANCIERO. LEGITIMACION DEL USUARIO. CESION DE LAS ACCIONES. CLAUSULA DE EXONERACION. OMISSION DE LA CLAUSULA USUAL. INTEGRACION DEL CONTRATO. (SENTENCIA DE 24 DE MAYO DE 1999.)

El Juzgado de Primera Instancia número 2 de Murcia, en sentencia de 26 de noviembre de 1993, desestima íntegramente la demanda. La Audiencia Provincial de Murcia (Sección 4.ª), en sentencia de 19 de octubre de 1994, confirma la dictada por el Juzgado.

El recurso de casación prospera.

Base fáctica.—La cuestión que se dilucida en el proceso consiste en la determinación del derecho que asiste al cesionario de un vehículo adquirido en régimen de «leasing» para ejercitar directamente la acción resolutoria contra el vendedor a causa de los graves defectos de la cosa, y es que ante las irregularidades y defectos de funcionamiento del vehículo, cuyo motor hubo de cambiarse dos veces, se solicita la resolución de los contratos de compraventa del vehículo y conexo el de arrendamiento financiero.

Doctrina de la Sentencia.—La sentencia recurrida confirma la dictada por el órgano de primera instancia, entendiendo que la resolución de la compraventa no afecta para nada a los demandantes porque no tuvieron participación en ella ni como vendedores ni como compradores, limitándose a recibir directamente del proveedor para su uso y explotación el vehículo objeto del contrato previamente escogido por ellos, pero ello no les configura como parte de la compraventa, careciendo por tanto de facultad para pretender su resolución. A decir verdad no existe, en el arrendamiento concertado, cláusula alguna que les facultara para actuar por subrogación.

El arrendatario financiero incumple sus obligaciones si no satisface a su vencimiento la cuota periódica convenida, reconoce que la prestación de la sociedad arrendadora financiera se ha consumado con la cesión del uso y disfrute de los bienes por ésta adquiridos en cumplimiento de las instruccio-

nes del arrendatario. Además, las partes reiteran que la sociedad arrendadora ya ha dado íntegro cumplimiento a sus obligaciones en el contrato, por lo que no es jurídicamente posible prever incumplimiento alguno por su parte, puesto que la falta de pago de cualesquiera de los plazos parciales faculta a la sociedad arrendadora para exigir del arrendatario el pago del resto pendiente o la resolución del contrato.

Se establece por el órgano *a quo* que no existe en el arrendamiento concertado cláusula alguna que les facultara para actuar por subrogación, pues el contenido de la condición afecta a perturbaciones ocasionadas por un tercero, no siendo de aplicación en el supuesto de autos en que se acciona en virtud del artículo 1.484 del Código Civil por defectos ocultos de la cosa vendida.

En realidad, de los tres sujetos que intervienen en la operación económica de «leasing» —vendedor, comprador y arrendador financiero de la cosa comprada y usuario, optante, finalmente a la compra de la cosa en uso—, la exoneración de responsabilidad del segundo respecto del tercero, sin otorgamiento de medios defensivos al tercero contra el primero, en cuanto a la idoneidad de la cosa entregada, conduciría a una intolerable indemnidad del vendedor y a un desamparo del usuario.

Según la doctrina, en los contratos de «leasing» es frecuente hallar como cláusulas independientes o fundidas en una misma, tanto la exoneración de responsabilidad, respecto de las utilidades del bien entregado al usuario, como la cesión de acciones en favor del usuario, subrogándolo en los derechos que asisten a la entidad de crédito o financiera como compradora. La citada cláusula de exoneración cobra sentido en tanto en cuanto se pacte la correlativa transmisión de las acciones que tenga la entidad crediticia en su calidad de compradora frente al vendedor en favor del usuario. Se destaca el carácter de contrapartida que tiene tal cesión al poner de relieve que la sociedad de «leasing» no responde al usuario del buen funcionamiento o idoneidad de los referidos bienes, pero, como compensación de ello, subroga —con subrogación convencional expresamente pactada— al arrendatario-usuario en todas las acciones que, como compradora, le puedan corresponder frente a la entidad proveedora-vendedora.

En el caso que analizamos *in iudicando* se produce por una mala inteligencia la «condición que consigna en favor del arrendatario su condición de cesionario de las acciones del arrendador financiero, dimanantes de la compraventa celebrada», de tal manera que una interpretación, tal y como la propugna la sentencia de instancia, llevaría al absurdo de admitir un pacto dentro de un contrato oneroso en el que la interpretación ha de venir imperada por el equilibrio de las prestaciones recíprocas, pero en el supuesto de que se estimara que la susodicha cláusula no se extiende a la cesión de las acciones en cuestión estaríamos, al decir de la Sala, en presencia de una «ambigüedad contractual» que exige la integración del contrato, conforme al artículo 1.287 del Código Civil, teniendo en cuenta tal uso o costumbre ya difundido de la incorporación de dicha cláusula cuya omisión debe suplirse considerándola implícitamente puesta por ser de aquéllas que «de ordinario suelen establecerse» en relaciones contractuales de esta naturaleza.

Además, los graves defectos que acusó el camión en relación con el uso y destino que prometía, determinante de su adquisición, se erigen en causa suficiente para la resolución del contrato de compraventa, y, por tanto, para el éxito de la acción resolutoria ejercitada contra la entidad vendedora. La entidad de los defectos y la inadecuación del bien para la satisfacción del

comprador permiten considerar que se ha entregado un *aliud pro alio* y, en consecuencia, que se ha producido un verdadero incumplimiento, lo que obliga a hacer aplicación de los artículos 1.101 y 1.124 del Código Civil. Ejercitada conjuntamente con la precedente acción resolutoria del contrato de «leasing», no cabe duda de la relevancia que tiene el éxito de la primera sobre la segunda, pues dada la mutua conexión e interdependencia funcional que existe en todo contrato de arrendamiento financiero o «leasing», entre este y el de compraventa que, con anterioridad, o simultaneidad han de celebrar la entidad arrendadora financiera y la proveedora o suministradora de los respectivos bienes de equipo, la resolución ya acordada del contrato de compraventa ha de comportar necesariamente la del arrendamiento financiero, por lo que igualmente procede acordarlo así.

Por último decir que la solidaridad de la condena se apoya en la falta de claridad y consiguiente indefinición sobre las funciones que, como vendedor y fabricante, desempeñaron cada uno de los demandados en la relación jurídica controvertida y por ello, en la interdependencia de las obligaciones y derechos que asumieron durante el tracto contractual, al menos, de *facto*.

ACCION DE INEXISTENCIA DE CONTRATO DE COMPRAVENTA POR FALTA DE CAUSA. ACCION DE RESCISION POR FRAUDE DE ACREEDORES. ACCION DE RESPONSABILIDAD DE ADMINISTRADORES DE S.A. LAS TRES ACCIONES SON DESESTIMADAS. (SENTENCIA DE 31 DE MAYO DE 1999.)

El Juzgado de Primera Instancia número 6 de los de Madrid, en sentencia de 22 de junio de 1992, desestima la demanda. La Audiencia Provincial de Madrid (Sección 18.^a), en sentencia de 4 de julio de 1994, desestima el recurso de apelación.

No triunfa el recurso de casación.

Doctrina de la Sentencia.—En primer lugar, en la acción de inexistencia de compraventa por simulación absoluta, al carecer de causa por inexistencia de precio, se estima que se ha de partir de la presunción *iuris tantum de existencia y licitud de causa* que establece el artículo 1.277 del Código Civil, pues aunque la causa no se exprese en el contrato, se presume que existe y que es lícita mientras el deudor no pruebe lo contrario. Pero, la prueba de presunciones que proclama el artículo 1.253 del Código Civil no se aplica porque por la prueba directa se ha declarado que se aplica la presunción de causa del artículo 1.277 al no haberse probado la falta de la misma.

En segundo lugar, respecto de la acción rescisoria por fraude de acreedores, es concebida en doctrina y jurisprudencia como un remedio para evitar el perjuicio que un acto fraudulento le causa al acreedor en su crédito, el cual debe ser anterior al acto pretendidamente fraudulento, aunque puede ser posterior si se prueba que el acto se ejecutó en consideración y perjuicio del crédito futuro. Realmente no se probó que el demandante pudiese cobrar el crédito, ni se acreditó que la codemandada deudora careciese de otros bienes o derechos que las acciones cuya venta se impugna, pues falta el presupuesto de subsidiariedad que proclama el artículo 1.294 del Código Civil. Al tiempo de la perfección del contrato de compraventa, la vendedora codemandada no era deudora del demandante, es decir, no existía crédito de éste contra aquélla, pues éste nació años después y no consta que la venta se produjo en

consideración y perjuicio del crédito futuro, por lo tanto, falla el requisito de la existencia del crédito.

En tercer y último lugar, la acción de responsabilidad de los administradores de la sociedad anónima se establece por la antigua Ley de Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951, y deriva de la obligación de diligencia que se les impone, en el sentido de que debe gestionar los asuntos sociales con la diligencia adecuada a cada uno de los mismos; la responsabilidad se impone a los administradores que hayan causado un daño por malicia, abuso de facultades o negligencia grave —art. 79—, si el daño se produce en el patrimonio de la sociedad, la acción corresponde a ésta —art. 80—. El artículo 81 contempla la acción individual a favor de accionistas y de acreedores cuando han sufrido daños directamente indemnizables por la sociedad y requiere un acto del administrador y una lesión directa al patrimonio del accionista o del acreedor, siempre que en aquél concurra la malicia, el abuso de facultades o la negligencia grave.

PROMESA PUBLICA DE RECOMPENSA O PREMIO. CONCURSO CON PREMIO. (SENTENCIA DE 7 DE JUNIO DE 1999.)

El Juzgado de Primera Instancia número 5 de los de Palencia, en sentencia de 16 de junio de 1994, desestima por excepción de incompetencia de jurisdicción la demanda. La Audiencia Provincial de Palencia, en sentencia de 9 de noviembre de 1994, estima el recurso de apelación.

No prospera el recurso de casación.

Base fáctica.—La Excelentísima Diputación de Palencia convoca un concurso cuyo premio consiste en una determinada cantidad de dinero más la publicación de la obra galardonada en las condiciones que juzgue la Diputación.

Doctrina de la Sentencia.—La base jurídica se centra en la cuestión de la promesa pública de recompensa o premio, esta última es el concurso con premio, por la cual la Excelentísima Diputación Provincial de Palencia hace una oferta al ofrecer una prestación —el premio—, que consiste en una determinada cantidad de dinero y en una edición «en las condiciones que juzgue la Diputación», y el concursante al concursar está aceptando la oferta tácitamente, con lo que nace el contrato, fuente de las obligaciones. Además, el recurrente trata de vencer al Tribunal del error en la apreciación de la prueba verificada por el de apelación y no tiene en cuenta que, según tiene declarado reiteradamente esta Sala, esto no se produce salvo que ésta resulte ilógica, opuesta a las máximas de la experiencia o a las reglas de la sana crítica —que son supuestos de exclusión que no concurren en nuestro caso—, pues lo contrario transformaría el recurso de casación en una tercera instancia.

SI EN UNA DE LAS CLAUSULAS DEL CONTRATO EL COMPRADOR AFIRMA DESPUES DE EXAMINAR LA COSA, QUE LA RECIBE A SU SATISFACCION, NO PUEDE, POSTERIORMENTE, PRETENDER LA REDHIBICION POR EXISTENCIA DE CARGAS. (SENTENCIA DE 30 DE JUNIO DE 1999.)

El Juzgado de Primera Instancia número 1 de los de Sevilla, en sentencia de 9 de noviembre de 1993, estima la demanda. La Audiencia Provincial de

Sevilla (Sección 6.ª), en sentencia de 18 de octubre de 1994, desestima el recurso de apelación.

El recurso de casación no prospera.

Doctrina de la Sentencia.—Parte esta litis de la premisa hecha doctrina de la Sala de que cuando no se condena a un litigante se le absuelve en una interpretación del silencio decisorio en los procesos. El comprador, con posterioridad a la perfección de la venta, descubre **CARGAS** que desconocía sobre la finca, como: error en el precio, al consentir indebidamente en la existencia de un crédito adverso; error en la superficie de la finca, y error urbanístico, por cuanto en la licencia de obra no se especifica ninguna división anterior de la nave adquirida; cargas todas ellas que, al no constituir defectos ocultos de la cosa enajenada, no influyen en la cuestión de fondo, no pudiéndose producir indefensión de la parte, además de que tales deficiencias patentizan una evidente negligencia del comprador, pues pudo comprobar la superficie del inmueble, pudo verificar la adecuación de la obra final a la licencia que la respaldaba y pudo, dado el carácter público del Registro de la Propiedad, verificar la descripción del local comercial y todas sus características jurídicas.

Además, la expresión «carga o gravamen» tiene, en la actualidad del litigio donde se desarrolla, un decantado significado jurídico puntualizado por la Dirección General de los Registros y del Notariado. Junto a esto decir que, la pasividad del interesado en el cumplimiento de las cargas del proceso no puede ser retribuida con la apertura de una fase de prueba en alzada.

**RESPONSABILIDAD DE UN TERCERO POR INCUMPLIMIENTO CONTRAC-
TUAL CUANDO COOPERA CON ACTOS A AQUEL INCUMPLIMIENTO DEL
DEUDOR. (SENTENCIA DE 8 DE JULIO DE 1999.)**

El Juzgado de Primera Instancia número 5 de los de Cáceres, en sentencia de 19 de febrero de 1994, estima parcialmente la demanda. La Audiencia Provincial de Cáceres (Sección 2.ª), en sentencia de 10 de octubre de 1994, estima parcialmente el recurso de apelación.

Prospera el recurso de casación.

Hechos.—El 24 de febrero de 1979, en Cáceres, don Benito Alfonso Avilés y don Gregorio Sánchez Casado venden a «Atyba, S.A.», dos fincas, con la pretensión, por parte de la compradora, de construir unos edificios para viviendas en dos fases. La finca que vende el citado don Benito está inscrita en el Registro de la Propiedad a nombre de doña Josefa Melgosa Borbolla. En el mes de junio de 1979, doña Sofía Melgosa Borbolla (hermana de la anterior) otorga en favor de «Atyba, S.A.», escritura pública de venta de una finca que segrega previamente de otra de mayor extensión. Paralelamente a esto, los señores Alfonso Avilés, Sánchez Casado y «Atyba, S.A.», firman un documento privado en el que se convienen determinadas cláusulas adicionales al contrato de fecha 24 de febrero de 1979, suscrito entre don Benito Alfonso Avilés y don Gregorio Sánchez Casado, actuando conjuntamente, y Promociones y Construcciones «Atyba, S.A.». «Atyba, S.A.», sociedad constituida para la promoción y construcción inmobiliaria, acuerda disolverse el 10 de agosto de 1985, nombrándose liquidadores solidarios a don Antonio

Atienza Berruezo, don Juan Bazaga Sánchez y don Ignacio Fajardo García, quedando liquidada según inscripción registral de 10 de agosto de 1990. En 1984 constituyeron don Juan Bazaga Sánchez y su esposa y don Antonio Atienza Berruezo y su esposa, la sociedad «Promotora de Edificios y Viviendas Extremeñas, S.A. Prevesa». Hasta el 1 de septiembre de 1990, don Juan Bazaga Sánchez era Presidente del Consorcio de Administración y don Antonio Atienza Berruezo, Consejero-Delegado de la misma. En 1990, este último es también Presidente, pasando el señor Bazaga a ser vocal del Consejo de «Prevesa», que había aumentado su capital social. Con anterioridad —en concreto el 9 de marzo de 1987—, la Junta Universal de Accionistas de «Atyba, S.A.», acuerda vender la parcela de terreno adquirida por doña Soffa Melgosa a «Prevesa», llevándose a cabo por escritura pública otorgada el 29 de diciembre de 1989 por uno de los liquidadores de la primera sociedad, don Ignacio Fajardo García, compareciendo en nombre de «Prevesa» don Antonio Atienza Berruezo como Consejero-Delegado.

Doctrina de la sentencia.—Se plantea por la Sala si basta el mero conocimiento por «Prevesa» de que la parte vendedora «Atyba, S.A.», transmite una de las fincas de la cual debía entregar a los actores mil quinientos metros cuadrados, causa esta suficiente para que se entienda que asume la obligación de la vendedora como propia, y es que no se trata de una cuestión que se resuelve por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria en favor de «Prevesa» porque no se cuestiona en absoluto la nulidad, resolución o rescisión del título de dominio de «Atyba, S.A.», ni por tanto de protección del tercero de buena fe sino de si ha existido o no una asunción de deuda entre las sociedades citadas. Desde luego, no hay en autos ninguna prueba de que expresa o tácitamente la hubiesen pactado, y la sentencia recurrida ha considerado que la constitución de «Prevesa» no se hizo para defraudar los derechos de los actores, ni cabe la aplicación de la doctrina del «levantamiento del velo de la persona jurídica», con el resultado de que «Prevesa» y «Atyba» son en realidad la misma sociedad.

«Prevesa» conocía, al adquirir de «Atyba, S.A.», que esta sociedad se imposibilitaba de cumplir lo pactado con los causantes de los actores en la transmisión, ya que la mala fe de sus órganos de administración y representación implica la de la sociedad. El 29 de diciembre de 1989, don Antonio Atienza Berruezo era Consejero-Delegado de «Prevesa» y Liquidador solidario de «Atyba», y es el que firmó en nombre de ésta los compromisos con los causantes de los actores, sabía al comprar en nombre de «Prevesa» la obligación que pesaba sobre «Atyba». Esta Sala no puede volver a considerar la conducta de los liquidadores de «Atyba, S.A.», que han extinguido la sociedad sin tener en cuenta la obligación que pesaba sobre ella porque su absolución no ha sido recurrida por los actores, lo han consentido, ni por eso mismo las conexiones entre «Prevesa» y «Atyba», pero sí se puede imputar a la primera sociedad complicidad en el incumplimiento de la obligación de la segunda, por conocer que con la venta ya no podía hacerlo. Ello no lleva desde luego a imponer la sanación de la asunción de la obligación por «Prevesa», sino la responsabilidad solidaria con los liquidadores de los daños y perjuicios causados por haber cooperado con ellos al incumplimiento de «Atyba». La situación que crea no puede ser más desfavorable en apariencia para los acreedores, pues nada pueden reclamar a «Atyba» porque se ha disuelto, carece de personalidad jurídica, y nada a «Prevesa» porque no asumió la deuda, sin

embargo, este desamparo jurídico tiene su remedio si se considera en profundidad la conducta de los intervinientes.

I. M. G.

C) ARRENDAMIENTOS

POR CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ

Arrendamientos rústicos

ADQUISICION FORZOSA.—ES LICITO FIJAR EL PRECIO PARA EL ACCESO A LA PROPIEDAD, CONFORME A LA LEY DE EXPROPIACION FORZOSA EN LA FASE DE EJECUCION DE SENTENCIA. (SENTENCIA DE 21 DE MARZO DE 1997.)

El Juzgado número 1 de Ecija desestimó la demanda y la Audiencia Provincial confirmó la anterior.

Triunfa la casación. La Ley de 10 de febrero de 1992, de Arrendamientos Rústicos Históricos, regula el acceso a la propiedad por parte del arrendatario en determinados contratos, derogando el artículo 99 LAR de 1980, que era la normativa vigente en el momento en que se plantea la pretensión de la parte actora. La tesis de la instancia es que, el dejar para la ejecución de sentencia la fijación de precio justo, es inapropiado. Pero esta doctrina debe ser calificada como contraria a la jurisprudencia, y así la sentencia de 2 de febrero de 1993 dice que la fijación del precio de acceso a la propiedad debe hacerse conforme al artículo 39 LEF, si bien es cierto que, cuando el precio calculado no resultare conforme con el valor real de la finca arrendada, puede acudir el juez a otros criterios estimativos, lo que no es competencia de la Sala de Casación, por lo que es adecuada la remisión que se hace al procedimiento de ejecución, sin perjuicio de los demás derechos indemnizatorios que pueda tener el arrendatario. Por tanto, determinar el precio en fase de ejecución, no menoscaba principio procesal alguno, sin que suponga ataque a la seguridad jurídica, principio que proclama el artículo 9.3 de la Constitución Española.

ACCESO A LA PROPIEDAD.—CONFORME AL ARTICULO 79 LAR NO CABE MAS QUE UNA SUCESION EN LA RELACION ARRENDATICIA. DE OTRA PARTE, LA LEY DE ARRENDAMIENTOS RUSTICOS HISTORICOS DE 1992 SOLO SE APLICA A LOS CASOS EN QUE SE HAYA PERDIDO MEMORIA DEL TIEMPO POR EL QUE SE CONCERTARON. (SENTENCIA DE 24 DE MARZO DE 1997.)

La Juez de Carballo desestimó la demanda, pero la Audiencia revocó la anterior.

Tiene éxito la casación. Los demandados adujeron, al contestar la demanda, que el demandante no tiene la condición de sucesor en el arrendamiento primitivo por fallecimiento de su madre, pues ésta ya había sido la sucesora en el arrendamiento al fallecer su esposo, con lo que había quedado agotada la posibilidad de nuevas sucesiones, ya que no puede haber más que una y, al fallecer la madre del actor, el arrendamiento debía ser considerado nuevo, conectado

además no con el actor sino con la esposa de éste, que es la que ha venido pagando las rentas. En contra, la sentencia recurrida estima que la muerte del arrendatario, haga el número que haga, no determina la extinción del arrendamiento, sin que ello signifique que éste pueda perpetuarse indefinidamente, ya que tiene límites temporales: veintiún años como máximo, sin perjuicio de las prórrogas voluntarias que puedan concertarse y de las normas especiales de los arrendamientos históricos. Es doctrina de esta Sala (sentencias de 24 de abril de 1980 y 27 de junio de 1995) la de que, en caso de muerte del arrendatario, no cabe la posibilidad más que de una sucesión en la relación arrendaticia, diciendo que una interpretación racional del artículo 79 LAR no permite la admisión de subrogaciones posteriores, y las normas limitativas de los derechos dominicales no pueden ser objeto de interpretación extensiva. Aplicada la doctrina anterior a este caso, es evidente que no cabe una segunda sucesión por haberse extinguido el arrendamiento primitivo. Por otra parte, el fallo infringe la Disposición Transitoria 1.^a, regla 3.^a de la vigente Ley de Arrendamientos, ya que el contrato no se halla incardinado en tal disposición, ya que es aplicable a aquellos contratos en que se haya perdido memoria del tiempo por el que se concertaron y en este caso el arrendamiento litigioso se celebró el 22 de julio de 1928, y señala el tiempo por el que se concertaron, que era el de cinco años, siendo de mencionar que la Ley de Arrendamientos Históricos de 1992, no deroga la citada Disposición Transitoria de la Ley de 1980, ni expresa ni tácitamente, por lo que siempre el derecho de acceso a la propiedad se refiere a los arrendamientos en que se hubiere perdido memoria del tiempo, por el que se concertaron, lo que no ocurre en este caso.

ACCESO A LA PROPIEDAD.—HABIENDO FALLECIDO EL RECURRENTE DURANTE LA TRAMITACION DEL RECURSO, NO PROCEDE LA ADMISION DEL MISMO, YA QUE EL HEREDERO DE AQUEL HA DE PROBAR SU CUALIDAD DE PROFESIONAL DE LA AGRICULTURA EN EL PROCEDIMIENTO CORRESPONDIENTE. (SENTENCIA DE 31 DE MARZO DE 1997.)

El Juzgado número 3 de Oviedo estimó la demanda, pero la Audiencia revocó la anterior.

No se admite la casación. El núcleo de la «litis» radica en la pretensión de la parte actora de tratar de acceder a la propiedad de una finca rústica, en base a su condición de cultivador personal, tratando de demostrar el recurrente que reunía esa condición, pero, dado el fallecimiento del recurrente durante la tramitación del recurso, hay que tener en cuenta que, según la doctrina de esta Sala (sentencia de 14 de diciembre de 1992) la cualidad de profesional de la agricultura que trataba de hacer valer el primer recurrente, se puede catalogar como datos de un derecho personal y, por lo tanto, intransmisible, por lo que no pueden ser heredados por el recurrente posterior, sin que éste haya podido probar que él también tenía las cualidades especificadas en el artículo 16 LAR. El hijo del recurrente ha de sucederle en el arrendamiento y más tarde podría ejercitar la acción de acceso a la propiedad, por reunir los requisitos necesarios.

RETRACTO.—SE ADMITE EL RETRACTO, PUES AUNQUE SE HUBIERA EXTINGUIDO EL ARRENDAMIENTO, LA REALIDAD ES QUE EL ARREN-

DADOR CONTINUA RECIBIENDO LA MITAD DEL IMPORTE DE LA FRUTA DEBIDA POR PARTE DEL ARRENDADOR QUE NO PUEDE IR CONTRA SUS PROPIOS ACTOS. (SENTENCIA DE 9 DE MAYO DE 1997.)

El Juzgado número 2 de Santa Cruz de la Palma estimó la demanda y confirmó la Audiencia Provincial.

No procede la casación. Se admite el retracto, dada la naturaleza rústica de la finca y la cualidad de cultivador personal que tiene el actor. Aunque éste aportó en juicio de divorcio un documento firmado por la vendedora en el que hacía constar que se había extinguido el contrato de medianería, no hay que olvidar la doctrina jurisprudencial reiterada de que nadie puede ir contra sus propios actos y la exigencia de que éstos causen estado y definan la situación de quien los realiza, lo que no ha ocurrido aquí, pues la realidad es que, según las certificaciones de la Cooperativa, el actor continuó entregando la fruta y recibiendo la mitad de su importe, ingresado en su cuenta corriente con la aquiescencia de quien había afirmado su condición de precarista. Se prueba también por la prueba testifical del gerente de la cooperativa que ratifica la entrega de la mitad de la cosecha de la finca, existiendo también un contrato de 1 de agosto de 1983, en el que se acuerda la constitución de la aparcería, estando demostrada la autenticidad de las firmas de dicho documento.

DESAHUCIO.—SOLO SE EXIGE PARA DENEGAR LA PRORROGA QUE EL ARRENDADOR SE COMPROMETA AL CULTIVO DIRECTO DE LA FINCA, INDEPENDIENTEMENTE DE QUE CONCURRA O NO LA CONDICION DE PROFESIONAL DE LA AGRICULTURA QUE SOLO AFECTA A LOS DESCENDIENTES DEL ARRENDADOR, QUIEN PUEDE ADQUIRIR ESA CONDICION CON POSTERIORIDAD. (SENTENCIA DE 16 DE MAYO DE 1997.)

El Juzgado de Aguilar de la Frontera estimó la demanda y confirmó la Audiencia Provincial.

Tiene éxito la casación. En el contrato se establece la duración de seis años que finalizaban en febrero de 1987. Se prorrogó por otros seis años que finalizaron en 1993. En 1992 el arrendatario fue notificado fehacientemente del propósito de la arrendadora de oponerse a la prórroga del contrato para cultivar directamente la finca y, en febrero de 1993 se requirió al arrendatario para la resolución del contrato. No puede admitirse la ambigüedad en cuanto a cuál de los dos: madre o hijo tienen la condición de profesional de la agricultura, cuya exigencia afecta únicamente a la persona que fuese descendiente del arrendador, ya que el artículo 26 LAR sólo exige el compromiso de cultivo directo durante seis años. El descendiente puede adquirir después la cualidad de profesional de la agricultura, cualidad que aparece probada en este caso. Por otro lado, la prórroga del contrato concluía el 12 de febrero de 1993 y la notificación se hizo el 5 de febrero de 1992, es decir, que se cumplía con la exigencia de que se hiciese un año antes de su vencimiento.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO.—NO HACE FALTA QUE CONSTE EXPRESAMENTE LA VOLUNTAD DE NOVAR CUANDO SE ALTERAN LOS

DOS ELEMENTOS ESENCIALES DEL CONTRATO COMO SON EL OBJETO Y LA RENTA, LO QUE OCURRE EN ESTE CASO. (SENTENCIA DE 19 DE MAYO DE 1997.)

El Juzgado número 1 de Ecija desestimó la demanda y la Audiencia confirmó.

No tiene éxito la casación. En 1979 se hizo un contrato de arrendamiento rústico con una cabida de 206 fanegas, pero en 1984 los propietarios venden parte de las tierras objeto del arrendamiento, quedando reducido a 177 fanegas. En el mismo año se firmó un documento con el hijo del arrendatario en el que se dice que éste queda subrogado en los derechos y obligaciones del contrato elevándose la renta. La sentencia recurrida estima que existe novación extintiva del contrato primitivo de 1979, sustituido por el de 1984, sometándose a la vigente Ley de 1980 en cuanto a duración y prórrogas. Según la sentencia de 16 de junio de 1994, se ha declarado con reiteración que la facultad de establecer los requisitos de la novación, extintiva o modificativa, es facultad de instancia. También la existencia de 27 de abril de 1988 dice que es reiterada la doctrina de esta Sala que reputa existente la voluntad novatoria en el contrato de arrendamiento rústico y la sustitución del mismo, sin que conste expresamente su novación cuando se alteran los dos elementos más esenciales del arrendamiento, como son el objeto y la renta, e incluso la notoria modificación de una sola de estas circunstancias cuando se ofrece con caracteres muy acusados, puede revelar un ánimo novatorio extintivo. Está acreditada la alteración del objeto y de la renta del primitivo contrato, siendo correcta la interpretación del de 1984 por el Juez de Primera Instancia. Es ilógico pensar que el arrendatario subrogado acepte esa importante alteración, sobre todo en las condiciones económicas (aumento de la renta) sin obtener a cambio ninguna contraprestación, quedando sujeto el nuevo contrato a los límites temporales a que lo estaba el de 1979; no existiendo ninguna contraprestación que recayera sobre los arrendadores, en virtud del contrato de 1984, es lógico afirmar la existencia de *animus novandi* que implica la existencia de un nuevo contrato, sujeto a la Ley de 1980.

DENEGACION DE PRORROGA.—SE ACOGE PARCIALMENTE LA DEMANDA YA QUE SE CONCEDE LA RECUPERACION DEL CULTIVO DIRECTO SOLO PARA LOS ARRENDADORES Y NO PARA SUS DESCENDIENTES. NO HACE FALTA DECIR QUE EL CULTIVO DIRECTO DEBE HACERSE DURANTE SEIS AÑOS, YA QUE ESTA ES UNA OBLIGACION «EX LEGE». (SENTENCIA DE 9 DE OCTUBRE DE 1997.)

El Juzgado número 2 de La Carolina estimó la demanda y confirmó la Audiencia Provincial.

Triunfa parcialmente la casación. En 1991 se notificó al arrendatario el deseo del arrendador de poner fin al arrendamiento, por querer explotarla directamente desde el 1 de junio de 1992. Según el recurrente, la sentencia es incongruente ya que, a pesar de pedirse el cultivo directo para cualquiera de los actores o de las personas a que se refiere el artículo 26 LAR en lo que se insiste en el acto del juicio, dejando para momento posterior la determinación de quién asumirá la obligación del cultivo directo, tanto

Juzgado como Audiencia sientan que la recuperación de la finca es para los demandantes y no para sus descendientes. La incongruencia es clara, pues no hay en el fallo referencia al cultivo directo por las personas no nominadas, a que se refiere el artículo 26, y en el acto del juicio se insiste en su derecho junto a los arrendadores, y en que a todos corresponde decidir quién asumirá la obligación. La jurisprudencia exige que en la denegación de prórroga para cultivo de la finca de los descendientes se dé a conocer la identidad del futuro cultivador, mientras que si es el propio arrendador el accionante, no precisa demostrar su condición de profesional de la agricultura. Entiende el Juzgado que los actores se refirían al cultivo por ellos mismos, pero es claro que si es así, la demanda tenía que haberse acogido sólo parcialmente, excluyendo toda referencia al resto de las personas a que se refiere el artículo 26, por lo que procede la casación al no estimarse parcialmente la apelación y procede casar la sentencia de la Audiencia, revocando parcialmente la del Juzgado. No procede la casación por el motivo de que, al reclamarse el cultivo directo no se diga que es por seis años, ya que esta es una obligación *ex lege* y su ausencia no es óbice para la aplicación en favor del arrendatario, de lo dispuesto por el artículo 27 y la oposición a la prórroga se notificó con antelación mínima de un año al comienzo de la prórroga.

ACCESO A LA PROPIEDAD.—LA DEDICACION NO PREFERENTE A LA ACTIVIDAD AGRARIA NO PUEDE DAR LA CONDICION DE CULTIVADOR PERSONAL AL ARRENDATARIO QUE EJERCITA EL DERECHO DE ACCESO A LA PROPIEDAD. (SENTENCIA DE 23 DE OCTUBRE DE 1997.)

El Juzgado de Balmaseda desestimó la demanda y confirmó la Audiencia Provincial.

No se admite la casación. La sentencia recurrida considera que la parte impugnante no se puede considerar como profesional de la agricultura, puesto que se dedica al oficio de albañil, que dura aproximadamente doce años, dedicación que no consta fuera a tiempo parcial. Esta situación fáctica, totalmente incontrovertible, hace que no se pueda considerar al actor inicial de la «litis» como profesional de la agricultura, y así lo proclama la sentencia de 21 de enero de 1993, cuando dice que la dedicación no preferente a la actividad agraria, no puede dar la cualidad de cultivador personal, pues no puede quien en el tiempo libre que le deja su jornada laboral ocuparse además de actividades agrarias, por lo que no puede hacer uso del derecho de adquisición forzosa. Y sobre todo cuando la parte recurrente no ha aportado al proceso prueba alguna que indique siquiera esa segunda actividad de tipo agrícola.

Arrendamientos urbanos

TRASPASO.—LA AUTORIZACION PARA EL TRASPASO SE DEDUCE DEL ACTO DE CONCILIACION, QUE NO SE HA DECLARADO NULO NI INEFICAZ NI LO HA INTENTADO SIQUIERA LA PARTE RECURRENTE. (SENTENCIA DE 17 DE ABRIL DE 1997.)

El Juzgado número 5 de Madrid estimó la demanda, así como la Audiencia Provincial.

No se admite la casación. El contrato de arrendamiento de 1950 contenía una cláusula que decía: «El arrendatario se obliga a no ceder, subarrendar ni traspasar el todo o parte del cuarto o local arrendado ni destinarlo a uso distinto del asignado, a no hacer obra, variación o instalación alguna sin que para ello obtenga autorización escrita del propietario». En 1977 se realizó el traspaso y por acto de conciliación se entregó a la usufructuaria su parte en el traspaso consumado. En esas fechas, dicha usufructuaria no estaba incapacitada legalmente, ni consta que estuviese imposibilitada para otorgar el consentimiento en el citado acto, ya que estaba representada procesalmente y tenía un administrador general. No puede admitirse el *fraude legis*, alegado por el recurrente, ya que no existe incumplimiento del artículo 1.091 del Código Civil, considerando correcta la aplicación del artículo 32 LAU. Se basa el recurrente en la necesidad de autorización escrita del arrendador, pero esta autorización se desprende de manera inequívoca que ha existido y así se deriva del acta del acto de conciliación, celebrado el 16 de enero de 1978. Este acta no se ha declarado nula ni ineficaz, ni siquiera se ha intentado. En cuanto a la infracción del artículo 29 LAU se trata de una cuestión nueva, por lo menos en relación al debate que resuelve la sentencia recurrida. De esa cláusula no se induce una renuncia del arrendatario al traspaso, ya que solamente se establece una condición para su ejercicio, como es la autorización escrita del arrendador.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO.—LA ACTIVIDAD DE «OFICINA» NO ESTA PROHIBIDA POR LOS ESTATUTOS. SOLO CABE FUNDAR LA CASACION EN NORMAS DE DERECHO PRIVADO CON CATEGORIA DE LEY O ASIMILADAS A LAS LEYES Y NO EN DISPOSICIONES ADMINISTRATIVAS. (SENTENCIA DE 21 DE ABRIL DE 1997.)

El Juzgado número 37 de Madrid desestimó la demanda y confirmó la Audiencia.

No procede la casación. La comunidad de propietarios demanda al «Instituto de Promoción y Apoyo al Desarrollo» interesando la resolución del arrendamiento existente por actividades no permitidas por los Estatutos, ni por las autoridades municipales. La infracción del artículo 1.255 del Código Civil se rechaza porque no es apto, por su generalidad, para ser vía de soporte a una causa de casación. Igual ocurre con la infracción del artículo 1.089 del Código Civil. Sólo cabe fundar el motivo de casación en normas de Derecho Privado con categoría de ley o asimiladas a las leyes y la posibilidad de invocar otras normas de rango inferior queda reducida a los supuestos en que éstas tengan una de naturaleza civil o mercantil como cobertura, y en este caso se conecta el artículo 1.089 con el artículo 11.1.19 de las Ordenanzas del Plan General de Ordenación Urbana de Madrid, que es una disposición administrativa y por tanto, inservible como cobijo de la casación, según se ha manifestado en sentencias de 19 de julio de 1991, 31 de diciembre de 1991 y de 19 de mayo de 1992. Por último, la infracción del artículo 11 de los estatutos de la comunidad de propietarios no puede ser admitida, ya que se refiere exclusivamente a consultorios, casas de huéspedes, colegios o academias y no a una oficina, que es lo que ha ins-

talado la arrendataria sin que se demuestre la existencia de uso peligroso o molesto del piso, lo que concuerda con la sentencia de 5 de marzo de 1990, en la que se dice que las prohibiciones del artículo 7 LPH se interpretan con carácter restrictivo, por lo que no puede aceptarse la instalación de una oficina entre las limitaciones estatutarias.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO DE INDUSTRIA.—EXISTE CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE INDUSTRIA, YA QUE LO QUE SE ENTREGO FUE UN NEGOCIO EN FUNCIONAMIENTO, HACIENDOSE CARGO EL CESIONARIO DEL MISMO SIN SOLUCION DE CONTINUIDAD, SIN QUE OBSTE A ELLO LA INEXISTENCIA DE INVENTARIO Y LA ADQUISICION DE ALGUNOS BIENES MUEBLES POSTERIORMENTE, POR RAZONES DE UTILIDAD O CONVENIENCIA DEL ARRENDATARIO. (SENTENCIA DE 25 DE ABRIL DE 1997.)

El Juzgado número 2 de Granada estimó la demanda y la Audiencia confirmó.

No triunfa la casación. El Patronato de la Alhambra y el Generalife arrienda un negocio de bar-restaurant con todas las instalaciones: menaje, mobiliario, etc., estipulando que el arrendatario repondría los elementos que se deteriorasen a fin de que, terminado el arrendamiento, retornase el negocio al Patronato en estado de perfecto funcionamiento. El plazo era de un año, prorrogable tácitamente por un año, sin que se pudiese ceder, traspasar ni subarrendar. El Patronato percibiría un porcentaje sobre los ingresos de un 15 al 20 por 100 según el importe de aquéllos. Denunciado el contrato en 1986, el arrendatario se negó a dejar el negocio. El Patronato calificó el contrato como arrendamiento de industria, estimando el demandado que era de local de negocio, sujeto a prórroga forzosa. Tanto el Juzgado como la Audiencia consideraron el contrato como de aparcería industrial, dando lugar a la resolución por expiración de plazo. El recurrente se basa para negar la existencia de unidad patrimonial en la inexistencia de un inventario de los bienes cedidos y en que tuvo el arrendatario que adquirir los muebles que faltaban en el local para que funcionase el negocio, pero el demandado firmó el contrato sin hacer salvedad alguna sobre el inventario y sucedió al anterior cesionario, sin solución de continuidad, lo que indica que tenía lo necesario para la puesta en marcha del negocio. Nada importa que el inventario se perdiese o que no llegara a levantarse, pues es cuestión de hecho que queda al arbitrio de los Tribunales de instancia, no revisable en casación. Lo convenido entre las partes es la norma suprema de los contratos, cuya interpretación es también facultad de los juzgadores de instancia, tanto más cuanto que la claridad de las cláusulas es tal que no deja duda sobre la misma, como dice el artículo 1.281 del Código Civil. Existe aparcería por que lo esencial es que la renta consista en parte alicuota de lo producido, debiendo regirse este contrato de aparcería por sus propios pactos, estando excluido de la LAU y, por supuesto, de la prórroga forzosa del artículo 57.

RETRACTO.—SE TRATA DE UN LEGADO DE COSA AJENA HABIENDO HECHO EL TESTADOR USO DE LA FACULTAD QUE LE CONCEDE EL ARTICULO 1.056 DEL CODIGO, POR LO QUE EL RECURRENTE NO

TENIA CUOTA ALGUNA INDIVISA EN EL BIEN LEGADO Y NO ESTABA LEGITIMADO PARA EJERCITAR LA ACCION DE RETRACTO. (SENTENCIA DE 26 DE ABRIL DE 1997.)

El Juzgado número 1 de Almería desestimó la demanda y la Audiencia confirmó.

No se admite la casación. El propietario de una farmacia lega a su hija la nuda propiedad de la misma, incluido el derecho de arrendamiento sobre el local en que está instalada, sin perjuicio del usufructo reservado a su esposa. En un contrato de compraventa de 1991, la viuda vende a su hija cuantos derechos le correspondan en la farmacia por su cuota usufructuaria. Se ejercita el retracto por parte de la hermana de la legataria y compradora de la farmacia, que es rechazada en ambas instancias. La voluntad testamentaria ha de ser interpretada en sus términos exactos, incluso por circunstancias exteriores al mismo, como se ha dicho en las sentencias de 8 de julio de 1940, 6 de marzo de 1944, 3 de julio de 1947 y 20 de junio de 1965, entre otras, siendo doctrina de esta Sala que la interpretación de las cláusulas testamentarias es función de los tribunales de instancia, cuyas conclusiones deben ser respetadas en casación. La sentencia recurrida no se funda en el artículo 891 del Código, respecto a la distribución de la herencia en legados, sino que se refiere al uso por el testador de la facultad del artículo 1.056 de realizar la partición en el testamento. La calificación de la legítima como *pars hereditatis* no impide que el testador pueda disponer de alguno de los bienes de la herencia a favor de un legitimario o de otra persona, siempre que se respete la legítima de los herederos forzosos y ésta se pague con bienes de la herencia. No existe legado de cosa ajena sino de bien ganancial, siendo aplicable el artículo 1.380 del Código Civil, es decir, que se entiende legado el bien si se adjudica a la herencia del testador y, en caso contrario, se entiende legado el valor que tuviera al tiempo del fallecimiento. El hecho de ser un legado de cosa ganancial impide reconocer a la recurrente cuota alguna en el bien legado; la recurrente no adquirió ningún derecho sobre la nuda propiedad de la farmacia, por lo que no puede reconocerse la legitimación activa para ejercitar la acción de retracto de comuneros o de coherederos a que se contrae la demanda, todo ello sin perjuicio de la liquidación de la sociedad de gananciales, en cuanto afecte a la farmacia.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO.—LAS OBRAS REALIZADAS NO ALTERAN LA CONFIGURACION DEL NEGOCIO NI DEBILITAN LA NATURALEZA DE LOS MATERIALES EMPLEADOS EN LA CONSTRUCCION. (SENTENCIA DE 6 DE MAYO DE 1997.)

El Juzgado número 37 de Madrid desestimó la demanda y confirmó la Audiencia.

No se da la casación. Se interpuso demanda de resolución por obras inconsistentes que fue rechazada en ambas instancias. Las obras son las relativas al cambio o modificación del rótulo del establecimiento y lo atinente a la reparación del zócalo exterior en la parte inferior de los cierres. Pero estas obras no alteran la configuración del local de negocio ni debilitan la naturaleza y resistencia de los materiales empleados en la construcción, por lo que no se da el supuesto de la causa 7.^a del artículo 114 LAU, hechos que no han

sido debidamente impugnados en casación. La alegación de que se trata de obras de mejora constituye cuestión nueva no abordable en casación.

NULIDAD DE ARRENDAMIENTO.—RESUELTA LA CUESTION DE LA RESOLUCION DEL ARRENDAMIENTO POR INTRODUCCION DE UN TERCERO NO PROCEDE PLANTEAR AHORA EL TEMA DE LA NULIDAD DEL CONTRATO POR INEXISTENCIA DE SU OBJETO. (SENTENCIA DE 27 DE OCTUBRE DE 1997.)

El Juzgado número 2 de Málaga desestimó la demanda y confirmó la Audiencia.

No se admite la casación. Se arrendó en 1961 una casa que, en realidad no existe en esa fecha, tratándose de un solar con algunas ruinas. El arrendatario demolió las ruinas y edificó un edificio nuevo de dos plantas, en el que instaló un negocio de sala de fiestas. En 1990 se inicia acción de desahucio por traspaso inconsentido, pleito que concluyó con sentencia de desahucio, sentencia que, según el actor, se produce en base a un contrato inexistente, tomando posesión como dueño el demandado, que se enriquece con el valor de tales bienes, pidiendo el valor de lo edificado y del negocio en funcionamiento. Esta pretensión ha sido rechazada en ambas instancias. Existe la excepción de cosa juzgada, ya que hay identidad entre este procedimiento y el anterior de desahucio, por traspaso inconsentido. Según la jurisprudencia, la concurrencia de las identidades entre los dos procedimientos ha de apreciarse, haciendo un juicio comparativo entre la sentencia precedente y la pretensión del posterior proceso, pues de la paridad entre los dos litigios es de donde se ha de inferir la relación jurídica controvertida, interpretada con los hechos que sirvieron de base a la petición y requisitos para apreciar la cosa juzgada, existiendo contradicción evidente entre lo que se resolvió y lo que de nuevo se pretende, de modo que no pueda existir armonía entre los dos fallos. Resueltas las cuestiones de la resolución del arrendamiento por introducción de un tercero, no cabe ahora el tema de la nulidad del contrato por inexistencia de objeto, siendo irrelevante la distinta posición de las partes en los dos procesos. Tampoco puede admitirse la acción, en cuanto al enriquecimiento injusto, ya que éste va ligado a la declaración de nulidad del contrato y que, como hemos visto, no tiene viabilidad. La cláusula 3.^a del contrato autoriza al arrendatario a realizar obras para adaptar el local para Sala de Fiestas y Restaurante, realizando las obras necesarias que quedarán en beneficio de la propiedad. Dado el tiempo transcurrido: treinta años, no cabe estimar que la revalorización del inmueble suponga un incremento patrimonial del arrendador a costa del arrendatario, y fueron los propios actos del arrendatario los que dieron lugar a la resolución del contrato, por introducción de un tercero en el local.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO DE INDUSTRIA.—NO PROCEDE LA CASACION POR NO LLEGAR A LA CUANTIA EXIGIDA POR LA LEC PARA ESTE RECURSO: LA DE SEIS MILLONES DE PESETAS. (SENTENCIA DE 28 DE OCTUBRE DE 1997.)

El Juzgado número 1 de Azpeitia desestimó la demanda, pero la Audiencia revocó la anterior.

No se admite la casación. Se pide la resolución del contrato, sujeto a la legislación común, por conclusión del tiempo por el que se pactó, según las reglas procesales comunes sin aplicación de la LAU. Se interpone el recurso de casación por tratarse de un local cuya renta supera el límite de un millón fijado por el artículo 135 de dicha Ley. Como la LEC permite la casación cuando alcance la cuantía requerida para estos recursos en los declarativos ordinarios: seis millones, no procede la admisión de este recurso extraordinario.

RECLAMACION DE CANTIDAD.—NO ES ADMISIBLE LA ALEGACION DE QUE LA EVALUACION DE UNAS INSTALACIONES CONTABLEMENTE AMORTIZADAS, PUEDE SUPONER UN ENRIQUECIMIENTO INJUSTO POR PARTE DEL DEMANDADO. (SENTENCIA DE 19 DE NOVIEMBRE DE 1997.)

El Juzgado número 8 de Valladolid estimó parcialmente la demanda y confirmó la Audiencia.

No se admite la casación. Se reclamó la devolución de la cosa arrendada y el abono de 11.088.000 pesetas, por el importe de las obras para reparar los daños causados en la nave objeto de la «litis», así como lo que se determine en ejecución de sentencia por perjuicios ocasionados por la imprudencia que hacen que el inmueble no pueda ser arrendado posteriormente. No es admisible la alegación de que la evaluación de unas instalaciones contablemente amortizadas pueda suponer un enriquecimiento injusto del demandado, ya que ello denota incompatibilidad con los criterios de moderación judicial en la apreciación de daños no surgidos de negligencia responsable y exige una condición contractual imposible: la de indemnizar unas instalaciones ya saneadas, según las cuentas internas, porque la sentencia de instancia llega a opuesta conclusión tras analizar el contrato de arrendamiento en relación con la prueba de pericia obrante en autos. La alusión a la Ley 41/1964, de Reforma Tributaria, y a las Ordenes Ministeriales concordantes, no sirve para el objeto pretendido, ya que tienen una naturaleza exclusivamente fiscal y ninguna es extrapolable al supuesto del debate.

C. R. R.

F) RESPONSABILIDAD CIVIL

POR JOSÉ MARÍA CORRAL GIJÓN, MARISELA GONZÁLEZ LÓPEZ,
JUANA RUIZ JIMÉNEZ, TERESA SAN SEGUNDO MANUEL
y LOURDES TEJEDOR MUÑOZ
(Departamento de Derecho Civil de la UNED.
Director: Profesor LASARTE)

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DE PERSONA JURIDICA. (SENTENCIA DE 25 DE OCTUBRE DE 2000.)

Ponente: Don Antonio Romero Lozano.

Se demanda a la entidad mercantil «Limpiezas Urbanas de M., S.A.» pidiendo una indemnización de 18.000.000 de pesetas por fallecimiento en ac-

cidente laboral de uno de sus empleados, en un vertedero de basuras deficientemente iluminado. En primera instancia se estima la demanda; la Audiencia rebaja la indemnización por mediar conducta imprudente de la víctima. El Tribunal Supremo confirma la sentencia, declarando que las personas jurídicas pueden resultar afectadas por lo dispuesto en el artículo 1.902 del Código Civil. Puede afirmarse que en la sentencia de apelación se explicitan suficientemente los elementos probatorios en que se fundamenta la condena de la sociedad recurrente con concreta referencia a la carencia de iluminación propia en el vertedero —acerca de cuyo extremo el representante legal de la entidad dice carecer de toda información— y a la precisión en que se encuentran los operarios de valerse del alumbrado del camión, cuyos faros, según es notorio, proyectan la luz hacia su parte delantera, en tanto que la actuación del fallecido obligadamente se desarrollaba en la trasera. Dado que el luctuoso suceso se produjo, además, en plena madrugada, según también se hace constar en la resolución a que nos referimos, resulta absolutamente congruente la aplicación tanto de la llamada teoría del riesgo, a tenor de la cual quien lo ha creado ha de correr con sus consecuencias, como de la del beneficio, que atribuye a quien lo obtiene la responsabilidad por las consecuencias dañosas que de su actividad lucrativa puedan desviarse para un tercero.

No resulta arriesgado afirmar que la existencia de una iluminación adecuada —cuya puesta en funcionamiento probablemente reduciría en cierta medida los beneficios de la empresa— habría permitido evitar accidentes de la gravedad del que es objeto el presente litigio.

En resumen, el Tribunal de apelación está aplicando la responsabilidad civil directa ex artículo 1.902 a «Limpiezas Urbanas de M.», entidad a la que ha de reprocharse la situación de peligrosidad existente. Evidentemente no existe obstáculo alguno para que una persona jurídica incurra en responsabilidad por riesgo, cuando es ella misma y no uno de sus operarios quien origina dicho riesgo (véanse sentencias de esta Sala de 23 de abril de 1998 y de 13 de julio de 1999, entre otras), y, en tal caso, la subsunción del supuesto en el artículo 1.902 del Código Civil, elimina tanto la referencia a culpa *in vigilando* o *in eligendo* como la posibilidad de ampararse en el último párrafo del artículo 1.903 o de ejercitar el derecho de repetición del artículo 1.904.

CONJUNCION DE CONCAUSAS PROCEDENTES DE SUJETOS DISTINTOS, PROVOCADORAS DEL EVENTO. (SENTENCIA DE 26 DE OCTUBRE DE 2000.)

Ponente: Don Román García Varela.

En el caso del debate, fue determinante la conducta de don Teodoro Iglesias de Ussel y Leste, que fue arrollado por una máquina elevadora, manejada por don Adrián Hernández Ramos, después de que aquél, en su condición de Jefe de Muelle, diera a éste instrucciones para retirar unos contenedores, y, en el desarrollo de la operación, se interpuso entre el «container» a trasladar y la máquina elevadora, cuando se encontraba de espaldas a ésta, pero contribuyó igualmente a tal efecto la circunstancia de que la misma, cuando el brazo o «spreader» está bajo, carece absolutamente de visibilidad, de manera que, como expresa la sentencia de instancia, «la persona encargada de su manejo ha de extremar el cuidado en sus desplazamientos, especialmente cuando su visibilidad se halla más disminuida y aun cuando pueda esperar

que las personas que circulen por la zona sean conocedoras de sus condiciones, por cuanto han de preverse también los descuidos de éstas, incluso apeándose de la máquina previamente o auxiliándose de la dirección de otra persona cuando circule a ciegas para evitar acontecimientos como el que se estudia que, de haberse tomado esas precauciones, se hubiera evitado», cuya argumentación es aceptada por esta Sala.

En este supuesto, la conjunción de varias concausas, provenientes de sujetos distintos, ha provocado el evento, y, con indicación a la intervención en el suceso de don Adrián Hernández Ramos, es evidente su actuación voluntaria en la forma que se declara probada en la instancia y con las omisiones precautorias recién indicadas, que se encuentra en la línea de la STS de 31 de diciembre de 1996, cuya doctrina es aplicable al evento del pleito, cuando sienta que «la responsabilidad por riesgo no se caracteriza solamente por la inexistencia de culpa en sentido clásico, pues casi siempre hay un principio de imputación positiva, en la que, aun predominando el criterio de objetividad basado en la creación de un riesgo, no puede decirse, en muchos casos, que haya una ausencia total de voluntariedad más o menos inmediata al hecho productor de los daños; en esta actuación voluntaria, mediata o indirecta, se haya el fundamento de esta responsabilidad que impide caer en una primitiva responsabilidad por el mero resultado» (STS de 31 de diciembre de 1996).

Por demás, es impropia la alegación en este motivo del artículo 1.903 del Código Civil como infringido, pues tal precepto hace mención a la exigibilidad de la obligación impuesta por el artículo 1.902 de idéntico Cuerpo legal por los actos u omisiones de aquellas personas de quienes se debe responder, lo que es ajeno a la situación en el litigio de don Adrián Hernández Ramos, habida cuenta de su condición de trabajador de libre designación elegido por «LA CANDELARIA, TERMINAL DE CONTENEDORES, S.A.».

CULPA MEDICA. INFORMACION AL ENFERMO. RESPONSABLE EL MEDICO OTORRINOLARINGOLOGO. (SENTENCIA DE 12 DE SEPTIEMBRE DE 2000.)

Ponente: Don Alfonso Villagómez Rodil.

Se reclama indemnización de 70 millones al médico que operó de estapedectomía en el oído izquierdo y a consecuencia de lo cual perdió por completo la audición del mismo, constatándose cofosis total, cuadro de acúfenos y habiendo precisado tratamiento psicoterapéutico.

La demanda fue desestimada en primera instancia y en apelación. El Tribunal Supremo acoge la casación, pero rebaja la indemnización solicitada a 35 millones de pesetas.

Al tratarse de responsabilidad médica cabe la yuxtaposición de los aspectos contractual y extracontractual (sentencias de 7-2-1990, 22-2-1991 y 31-12-1997). En el caso que nos ocupa, la relación se presenta más bien como propiamente contractual, al haber tenido la intervención en centro privado, lo que permite encuadrar la información médica omitida, que se deja estudiada, en el ámbito de la necesidad de actuar en forma acomodada la buena fe que debe presidir las relaciones contractuales por estar inserta en el pacto médico-enfermo, y ello exige la previa información, que es iniciativa exclusiva del médico, como requisito previo para que el enfermo pueda emitir un consentimiento, de conformidad a los artículos 18 y 22 del Código de Deontología

Médica y de conformidad a los artículos 7.1, 1.107 y 1.258 del Código Civil, 43 y 51.1.º y 2.º de la Constitución, y 2.1.d) y 13 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (Ley 26/1984).

CULPA MEDICA. INEXISTENCIA DE LA NEGLIGENCIA PROFESIONAL DENUNCIADA. (SENTENCIA DE 19 DE SEPTIEMBRE DE 2000.)

Ponente: Don Alfonso Villagómez Rodil.

Se denuncia la actuación negligente del médico, que no se prueba. La demanda es desestimada en primera instancia y en apelación.

Igualmente se desestima el recurso de casación.

El motivo tres que también contó con la oposición del Fiscal, contiene infracción de los artículos 1.902 y 1.903, así como de la jurisprudencia que aporta.

La impugnación carece de elemental contenido razonador y se limita a sostener que el médico demandado no emitió diagnóstico acertado y conforme al conocimiento de los medios a emplear, por confundir la enfermedad cancerígena que afectaba a la paciente con una simple hemorragia, lo que careció de la correspondiente corroboración probatoria que era carga de la parte, pues los hechos probados, al no haber sido combatidos en forma, se imponen, han de ser respetados en casación, y ponen de manifiesto que el facultativo observó una conducta profesional correcta, al haber diagnosticado y aconsejado a la enferma, según lo que la misma le manifestó en cuanto antecedentes, e incluso resultó actuación profesional previsoras al prescribirle la realización de una mamografía y citología por punción, practicada en el Hospital Gregorio Marañón, que informó aconsejando una revaluación del proceso después del tratamiento que se estimase conveniente, en un plazo no superior de dos a tres meses, por no descartarse correlación con patología neoformativa enmascarada en el área.

El doctor Mattos demandado, conforme a lo probado, atendió a la interesada debidamente en el corto espacio de tiempo que aquélla acudió a su consulta, la que simultaneó con la del doctor que posteriormente la intervino de un proceso tumoral maligno en la mama izquierda y que también la venía asistiendo con anterioridad.

PRESCRIPCION DE LA ACCION POR CULPA EXTRACONTRACTUAL. (SENTENCIA DE 7 DE SEPTIEMBRE DE 2000.)

Ponente: Don Román García Varela.

El actor reclama daños y perjuicios por haber sufrido una descarga eléctrica. El Juzgado rechaza la demanda por considerar prescrita la acción, lo que se confirma por la Audiencia y el Tribunal Supremo, que fija el *dies a quo*.

El único motivo del recurso —al amparo del art. 1.692.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción de la doctrina jurisprudencial relativa a los artículos 1.968 y 1.969 del Código Civil y contenida en las sentencias que detalla, según la cual, en caso de lesiones, para la fijación del *dies a quo* del plazo de un año, a los efectos de los preceptos citados como infringidos,

procede atenerse al momento en que se conozca de modo definitivo el resultado del quebranto padecido mediante el alta médica, salvo que subsistan secuelas físicas o psíquicas susceptibles de mejora, por cuanto que, según acusa, la sentencia impugnada no ha tenido en cuenta que don Santiago Enríquez Barniol interpuso la demanda en fecha de 16 de junio de 1994, antes del transcurso de un año de la última revisión médica, verificada el 2 de septiembre de 1993, en la que le fue prescrita una intervención quirúrgica consistente en la implantación de una placa metálica para cerrarle el cráneo—se desestima porque el recurrente reitera el planteamiento ofrecido en la instancia y olvida que, según obra acreditado en autos, todos los efectos de sus lesiones se hallaban descritos y consolidados, y eran conocidos, en el orden físico, desde el 18 de mayo de 1992, y en el psíquico, tras el informe de 21 de marzo de 1991 o, a lo sumo, desde el 3 de diciembre de 1992, fecha de la última entrevista en el Centro de Salud Mental, lo que hace irrelevante que continuara durante cierto tiempo con consultas médicas para vigilar la evolución de las operaciones quirúrgicas a que fue sometido, como asimismo que, tras el alta médica, le hubiese sido recomendada la realización de una operación de cirugía plástica, que, por cierto, no se practicó precisamente por la actitud omisiva del paciente.

CULPA EXTRA CONTRACTUAL.—LA ALEGACION DE LA INFRACCION DE LOS ACUERDOS INTERNACIONALES EN DEFENSA DEL NIÑO, ES UNA ALEGACION NUEVA; ADEMÁS, LOS TRATADOS OBLIGAN A LOS ESTADOS PARTES, NO A LOS PARTICULARES, QUE HAN DE CUMPLIRLOS CON LA OBSERVACION DE LAS DISPOSICIONES LEGALES O ADMINISTRATIVAS DICTADAS POR AQUELLOS, QUE EN ESTE SUPUESTO RENFE CUMPLIO DEBIDAMENTE. NO HAY CULPA, YA QUE LAS DISPOSICIONES DICTADAS POR EL ESTADO PARA REGULAR EL TRAFICO EN ESE PUNTO PELIGROSO, SE MOSTRABAN A TENOR DE LA AUDIENCIA, COMO SUFICIENTES. (SENTENCIA DE 26 DE SEPTIEMBRE DE 2000.)

Ponente: Don José de Asís Garrote.

Los actores don Manuel Pascual Baena y doña María Torrado Pedrero recurren la sentencia que desestimó su demanda en la que habían solicitado a la entidad demandada Red Nacional de Ferrocarriles Españoles (RENFE), el pago de quince millones de pesetas en concepto de indemnización de daños y perjuicios por el fallecimiento del hijo de ambos, Alejandro, de ocho años de edad, ocurrido a las 17,40 horas del día 29 de mayo de 1993, al ser arrollado por un tren cuando cruzaba en bicicleta el paso a nivel sito en la barriada de Bellavista de Sevilla, revocando para ello la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia, número 13, de Sevilla, que dio lugar en parte a la demanda, condenó a RENFE al pago de cuatro millones de pesetas, con cuya sentencia se habían conformado los actores, y había sido recurrida por la entidad demandada; las dos sentencias se fundamentan en una similitud en la redacción de los hechos que dieron lugar al fatal desenlace, consistente sucintamente, en que el menor, manejando una bicicleta por la carretera de Sevilla a Dos Hermanas, en el casco urbano de la primera ciudad, sorteando las semi-vallas que estaban echadas por el eminente paso de un tren de cercanías, estando en funcionamiento, además, las se-

ñales luminosas y acústicas que indicaban el cierre de la carretera, fue alcanzado y muerto por el tren. Sosteniendo el Juzgado que por aplicación de la responsabilidad cuasi objetiva dimanante del riesgo creado por la mecanización de la vida moderna, la entidad generadora del mismo debe responder de los daños que el aprovechamiento de tal mecanización pueda producir a terceros, pero atendiendo a la patente irreflexividad de la conducta de la persona que resultó víctima del atropello, procedía rebajar la cuantía de la indemnización en un cincuenta por ciento; en cambio, la sentencia de la Audiencia, que es la que se impugna en el presente recurso, entiende que en caso alguno la doctrina jurisprudencial, creada en torno a los artículos 1.902 y 1.903 del Código Civil, ha despojado de su carácter subjetivo la responsabilidad del agente en los supuestos de culpa extracontractual, y en todo caso para dar lugar a esa responsabilidad se ha exigido una conducta negligente, aunque sea muy leve, ya que la responsabilidad objetiva solamente se admite en determinados supuestos recogidos de forma explícita en el ordenamiento legal, por lo que no estando contemplado este caso en esos supuestos de responsabilidad objetiva, y entendiendo que por parte de RENFE se han cumplido todas las normas reglamentarias al efecto, sin que se haya acreditado que las mismas se hubiesen demostrado que se manifestasen insuficientes, procedía la total desestimación de la demanda, contra cuya resolución se ha levantado la representación de los demandantes alegando dos motivos que se estudian a continuación.

En el primer motivo y al amparo del número 2 del artículo 5 de la LOPJ, se denuncia la infracción del artículo 39.4 de la CE que dice que los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velen por sus derechos, precepto que se relaciona con el artículo 24.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 19 de diciembre de 1966, ratificado por España en 1977, que establece que el niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado, habiendo relacionado también la parte recurrente, el citado precepto constitucional, con el artículo 19 del convenio de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 20/XI/1989 y ratificado por España en noviembre de 1990, que ordena a los Estados partes la adopción de medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño, y el artículo 6.2, que establece que el Estado garantizará en la máxima medida posible la supervivencia y desarrollo del niño. Motivo que debe de ser desestimado en cuanto que en el mismo se promueve una cuestión nueva que no se ha planteado en instancia, y los preceptos que se dicen violados, de los pactos y convenios internacionales, son normas que imponen obligaciones a los Estados Partes, preceptos que no alcanza a los particulares, que son los que conforman, como partes litigantes, el presente procedimiento; por otra parte, en la sentencia recurrida se estima acreditado que Renfe cumplió sobradamente con las disposiciones administrativas dictadas por el Estado en cumplimiento de los acuerdos internacionales que se dicen violados, para la regulación del tráfico vial, concretamente el creado por el paso a nivel donde se produjo el atropello del menor, al cruzarlo irreflexivamente en bicicleta, con las semi-val-las bajadas, y funcionando las señales ópticas y acústicas que prohibían el paso, que anunciaban un riesgo inminente, por lo que si las medidas citadas eran insuficientes para evitar el riesgo de accidentes, la responsabilidad del incumplimiento de los preceptos de los acuerdos citados, recaería sobre el Estado y no sobre una empresa particular, salvo que se pudiera imputar a negligencia de

la empresa ferroviaria, la falta de percepción de la deficiencia en las medidas de seguridad para prevenir accidentes.

CULPA EXTRACONTRACTUAL DEPORTIVA. FALLECIMIENTO POR CAIDA DE PORTERIA MOVIL DE FUTBOL-SALA DE PROPIEDAD MUNICIPAL. CONCURRENCIA DE CULPAS. (SENTENCIA DE 26 DE SEPTIEMBRE DE 2000.)

Ponente: Don Alfonso Villagómez.

Los hechos probados que sienta la sentencia recurrida relatan que don Francisco Javier Irañeta Goicoechea —esposo y padre respectivamente de los demandantes—, había acudido el día 12 de noviembre de 1993, sobre las 18,40 horas, al frontón Larrabeta, de la propiedad del Ayuntamiento demandado, Huarte Araquil, a fin de recoger a un hijo que recibía en dicho recinto clases de pelota vasca y mientras esperaba se asió con sus manos al larguero superior de una portería de fútbol-sala que se encontraba retirada en un extremo, próxima a la puerta de entrada y con tal maniobra alzó el cuerpo hasta colocar su cintura a la altura del elemento referido de sujección, en cuyo momento la portería cedió, cayendo al suelo y arrastrando al referido señor Irañeta con el fatal desenlace que se ocasionó al fallecer casi instantáneamente. La portería de referencia se encontraba suelta, no anclada, no obstante, poseer en su base varios orificios para facilitar su sujección al suelo, por lo que carecía de estabilidad suficiente.

El Tribunal de Instancia decretó la concurrencia de culpa en el Ayuntamiento demandado, por omisión de la diligencia requerida, acomodada a las circunstancias del caso, ante la falta de los elementos precisos que sujetasen e hicieran consecuentemente segura la portería causante del accidente, sin que se hubiera adoptado medida alguna para prohibir el acceso a la misma, no obstante resultar notoriamente conocido, por ser práctica habitual, que los vecinos del pueblo utilizaban dicha portería para realizar en la misma ejercicios gimnásticos, como volteretas y semejantes.

La impugnación que contiene el recurso se centra decididamente en atribuir toda la culpa del accidente al fallecido, tratando de justificar la inseguridad que la portería presentaba de estar suelta y resultar movable, lo que la hacía notoriamente inestable y facilitaba su desplome ante cualquier movimiento más o menos violento en la misma. En esta línea se pretende buscar apoyo en la crónica del suceso que publicaron los diarios, lo que es sabido no constituye elemento de prueba, así como se lleva a cabo aportación de hechos que la sentencia no integró en el *factum*, a fin de argumentar definitivamente que el Ayuntamiento había actuado correctamente, y ningún reproche culpabilístico le correspondía, toda vez que la colocación de la portería, tal como se encontraba el día del suceso, respondía a una instalación provisional y no servía para la práctica de deporte alguno.

El alegato no es de recibo, pues las instalaciones eventuales, que suelen referirse a permanecer un determinado período de tiempo, no por eso están exentas de reunir las condiciones de seguridad precisas en evitación de daños a las personas o las cosas, e incluso su misma provisionalidad intensifica las medidas aseguratorias necesarias. En el caso de autos, la disposición de la portería presentaba por sí la instauración de un riesgo, que resultaba peligroso y no desconocido para el Ayuntamiento, y su negligencia

cia se patentiza en que mantuvo el riesgo, ya que se limitó a aparcar la portería a un extremo del local, no obstante la habitualidad con que los vecinos la usaban, sin adoptar medida de precaución alguna, como era factible, mediante su inutilización eficaz para cuando no se utilizasen en el juego e incluso con una actuación tan sencilla como mantenerla tumbada en el suelo y seguras.

Buena prueba del actuar imprudencial del ente municipal es que con posterioridad al trágico accidente que costó la vida al vecino del que traen causa los actores, se adoptaron medidas al respecto, y en tal sentido la sentencia declara probado que fueron cambiados los modelos de las porterías, fijándose las mismas en el suelo cuando se trasladaban por no resultar necesarias para las actividades deportivas a las que estaban destinadas.

Para apreciar culpa exclusiva de la víctima, debe constar debidamente demostrado que fue su exclusivo y voluntario actuar el que desencadenó el suceso, lo que aquí no sucede, pues la sentencia en recurso no deja de lado el actuar incorrecto del fallecido, al no ser una portería de fútbol-sala el elemento más adecuado para practicar sobre la misma actividades gimnásticas, por lo que apreció la concurrencia de culpas, con la consiguiente moderación en el *quantum* indemnizatorio, pero tal comportamiento inicial no elimina por completo la culpabilidad del Ayuntamiento recurrente en relación al resultado mortal que se produjo, conforme a lo que se deja estudiado. Dicho acto antecedente actuó como concausa que incrementó negativamente la disposición que presentaba la portería ante una pasividad notoria del ente municipal.

RESPONSABILIDAD CIVIL.—ATROPELLO Y MUERTE DE TRABAJADOR EN EL MUELLE DE VALENCIA. RESPONSABILIDAD DE LA EMPRESA Y DE LA COMPAÑÍA DE SEGUROS. (SENTENCIA DE 9 DE OCTUBRE DE 2000.)

Ponente: Don Javier O'Callaghan Muñoz.

Habiéndose ejercitado acción de responsabilidad extracontractual por la viuda e hijos de un trabajador del muelle de Valencia, por razón de la muerte de éste, atropellado por una máquina de grandes dimensiones, el Juzgado de 1.ª Instancia, número 13, de dicha ciudad, dictó sentencia en fecha 9 de marzo de 1994, estimando parcialmente la demanda: absolvió al conductor de la máquina y condenó a la empresa propietaria de la misma «Terport, S.A.», a la Compañía aseguradora de ésta, «Fiatc, Mutua de Seguros Generales» a indemnizar a los demandantes en la cantidad reclamada en la demanda, de veinticinco millones de pesetas.

En grado de apelación, la Audiencia Provincial de Valencia, en sentencia de 31 de julio de 1995, declaró probada la falta de nexo causal entre la conducta del conductor y el atropello, por lo que mantuvo la absolución de éste y, revocando la sentencia de primera instancia, absolvió asimismo a la sociedad propietaria de la máquina y a la compañía aseguradora.

Los demandantes de instancia han formulado recurso de casación, que prospera.

Los motivos primero y segundo, ambos formulados al amparo del número 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, mantienen la in-

fracción del artículo 1.902 del Código Civil en relación con los artículos de carácter general, como el 3.1 y el 1.104 del mismo cuerpo legal y con la doctrina jurisprudencial sobre la expansión de la culpa.

Ambos motivos se acogen por las siguientes razones:

— Primera: el artículo 1.902 del Código Civil ha sufrido una evolución jurisprudencial acorde con la realidad social siempre cambiante (art. 3.1 del Código Civil) que, manteniendo un fondo de reproche culpabilístico, desplaza cada vez más la prueba de la culpa a la prueba del nexo causal, ya que se subsume en la causa del daño la existencia de la culpa; en las dos últimas décadas esta Sala ha mantenido que la persona que causa el daño, lo hace por dolo o por culpa, pues de no haber una y otra, no habría causado —nexo causal— el daño y, asimismo, ha tomado consideración, cada vez más, de la omisión como causa del daño y se ha referido reiteradamente a la negligencia omisiva; el caso de autos acredita un sistema de actuación y un sistema de organización que no evita el atropello y muerte de un ser humano, y éste es la imputación causal y el reproche culpabilístico que se hace a la empresa codemandada en la instancia y recurrida en casación.

— Segunda: a la misma empresa se le imputa la responsabilidad por hecho ajeno, es decir, la obligación de reparar el daño producido por su empleado o dependiente en el ejercicio de su trabajo, que prevé el artículo 1.903, párrafo 4.º del Código Civil, y es una responsabilidad objetiva, fundada en la responsabilidad por riesgo y en la culpa *in vigilando* o *in eligendo*; lleva consigo la obligación de reparar el daño prescindiendo de la culpabilidad del autor material del mismo.

J. M.ª C. G.

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL. «DIES A QUO» PARA EL COMPUTO DE LA ACCION DE PRESCRIPCION. LA VALORACION DEL DAÑO, EN PRINCIPIO, ES COMPETENCIA DE LA SALA «A QUO». (SENTENCIA DE 13 DE JULIO DE 2000.)

Ponente: Excmo. Señor don Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.

¿Qué se discute en casación?

En el primer motivo de casación que se formula se aduce infracción del artículo 1.968.2.º del Código Civil y la jurisprudencia aplicable, al estimarse que se ha infringido la jurisprudencia aplicable para resolver la excepción de prescripción alegada, en concreto las sentencias de esta Sala de 13 de septiembre de 1985 y 28 de julio de 1994, que interpretan los artículos 1.968.2 y 1.969 del Código Civil.

Se desestima el motivo, argumentándose en los Fundamentos de Derecho que es doctrina jurisprudencial, constante y pacífica, la que establece que no puede entenderse como fecha inicial del cómputo *dies a quo*, la del alta en la enfermedad cuando quedan secuelas, sino la de la determinación invalidante de éstas, pues hasta que no se sabe su alcance no puede reclamarse en base a ellas. La doctrina relativa a que «en caso de reclamaciones por lesiones, se computa el plazo prescriptivo a partir de la determinación del quebranto

padecido», puede decirse que constituye una constante en las declaraciones de esta Sala y se encuentra recogida en numerosas sentencias (sentencias de 22 de marzo de 1985, 21 de abril de 1996, 2 de abril y 4 de noviembre de 1991, 30 de septiembre de 1992, 24 de junio de 1993 y 26 de mayo de 1994, entre otras).

El segundo motivo de casación se afirma se han infringido los artículos 1.902, 1.903, 1.103.3 y 2 y 1.232, todos ellos del Código Civil, así como la jurisprudencia que los interpreta en cuanto a la concurrencia de culpas del agente y de la víctima y compensación de responsabilidades, citándose las sentencias de 4 de noviembre de 1991, 3 de octubre y 24 de diciembre de 1992, 18 de abril de 1994 y 23 de febrero de 1995. Dicho motivo se desestima, argumentándose por la Sala que es doctrina reiterada que la fijación cuantitativa de los daños corresponde hacerla al Juzgador de Instancia de modo discrecional en atención a las circunstancias concurrentes (por todas, la sentencia de 22 de mayo de 1995), y por otra parte, que la cuantificación de los daños es función reservada a la Sala de instancia, que no puede ser revisada en casación, sino cuando se modifiquen los parámetros tenidos en cuenta para proceder a la fijación de la indemnización (sentencia de 25 de febrero de 1992).

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL. «DIES A QUO» PARA EL INICIO DEL COMPUTO ANUAL DE PRESCRIPCION. (SENTENCIA DE 24 DE JUNIO DE 2000.)

Ponente: Excmo. Señor don José Almagro Nosete.

¿Qué se discute en casación?

En el único motivo de casación que se formula se aduce infracción del artículo 1.968.2.º del Código Civil y la jurisprudencia aplicable, al estimarse mal declarada por las sentencias de instancia la prescripción de la acción litigiosa en las que se estima transcurrido el plazo para el ejercicio de la acción que establece el artículo 1.968.2.º del Código Civil, en relación con el artículo 1.902; al computarse el plazo prescriptivo desde la declaración de invalidez permanente, fecha desde que lo «supo el agraviado», esto es, desde la fecha que ocurrió el accidente.

Se declara con lugar el recurso, y se condena al recurrido a indemnizar al actor. Se expone en los «Fundamentos de Derecho» que la jurisprudencia de esta Sala ha matizado el rigor interpretativo que *prima facie* pudiera derivarse de la simple lectura del precepto (1.968.2.º), tomando en cuenta, en los casos de lesiones corporales y daños consiguientes, que la determinación del evento indemnizable no se configura hasta que no establezcan, con carácter definitivo, las secuelas causadas por el suceso lesivo, de manera que el *dies a quo*, para el cómputo del plazo anual, comienza a partir de la fecha en que se tiene constancia del alta médica definitiva o, en su caso, a partir del momento de fijación de la incapacidad o defectos permanentes originados por aquél. Jurisprudencia recogida, entre otras, en las siguientes sentencias: de 16 de junio de 1975, 9 de junio de 1976, 3 de junio y 19 de noviembre de 1981, 8 de julio de 1983, 22 y 13 de septiembre de 1985, 21 de abril de 1986, 3 de abril y 4 de noviembre de 1991, 30 de septiembre de 1992 y 24 de junio de 1993.

INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL. (SENTENCIA DE 28 DE DICIEMBRE DE 2000.)

Ponente: Excmo. Señor don Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.

¿Qué se discute en casación?

En el primer motivo de casación que se formula se aduce que en la sentencia recurrida se ha infringido por inaplicación el artículo 1.104 del Código Civil, que regula la responsabilidad contractual. Se desestima el motivo, por entender que a la víctima —la parte recurrente— no le unía ningún vínculo contractual con la parte recurrida, ya que la única relación de hecho habida entre ambas partes, acaeció precisamente en el que se produjo el fatal accidente.

M. G. L.

AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL EN LAS CONSECUENCIAS PRODUCIDAS POR LA DENUNCIA EN VIA PENAL DE LA ASOCIACION DEMANDADA EN DEFENSA DE LOS INTERESES DE SUS ASOCIADOS. (SENTENCIA DE 12 DE DICIEMBRE DE 2000.)

Ponente: Excmo. Señor Martínez-Calcerrada y Gómez.

El Juzgado de Primera Instancia número 4 de San Sebastián, dictó sentencia el 8 de junio de 1994, desestimando la demanda. La Audiencia Provincial de San Sebastian (Sección 2.^a), dictó sentencia el 9 de septiembre de 1995, estimando parcialmente el recurso condenando a pagar a la actora los daños causados.

El Tribunal Supremo *declara haber lugar* al recurso de casación.

Hechos.—Una sociedad dedicada a la comercialización de material fonográfico, interpone demanda de juicio declarativo de menor cuantía contra LA ASOCIACION FONOGRAFICA Y VIDEOGRAFICA ESPAÑOLA (AFYVE), en reclamación de la cantidad de 68.351.800 pesetas, por los daños causados como consecuencia de la denuncia puesta en vía penal por la demandada. Para el entendimiento de la cuestión es necesario hacer referencia a los antecedentes.

AFYVE pone denuncia en la comisaría por la presunta comercialización en un establecimiento dedicado a la venta de material fonográfico, de material producido en países no pertenecientes a la CEE e importados a nuestro país ilegalmente. Se dicta por el Juzgado de Instrucción, Auto en el que se ordena la entrada y registro en determinados establecimientos, entre los que se encuentra el de la sociedad demandante. Se procedió al cumplimiento de lo ordenado en el Auto, que fue llevado materialmente por un ertzaintza de la Unidad de Juego, asesorado por un técnico experto en la materia. El Juzgado de Instrucción ordenó posteriormente el sobreseimiento provisional, decisión que fue confirmada por la Audiencia.

A continuación, la sociedad dedicada a la comercialización del producto interpuso la demanda solicitando una indemnización cuantiosa, alegando que el hecho en sí y su anuncio en prensa le había ocasionado importantes perjuicios. El juzgado desestima la demanda, no haciéndolo así la Audiencia.

Doctrina.—Se interpone recurso de casación por la Asociación Fonográfica al amparo del número 4 del artículo 1.692 de la LEC, por infracción de los artículos 1.902 y 1.903 del Código Civil, alegando que no hay culpa de la asociación al denunciar un hecho para defender sus intereses legítimos (ya que la recurrente actuó cumpliendo un deber estatutario), y que tampoco existe un nexo causal entre la conducta de la recurrente y el hipotético daño causado. Este motivo prospera, al considerar «...amparada la acción en lo dispuesto en los artículos 1.902 y 1.903 del Código Civil, es preciso, pues, que concurran los requisitos determinantes de la responsabilidad extracontractual, bien tanto por hecho propio como en los vínculos de dependencia del artículo 1.903. Que esa responsabilidad contractual está anclada en nuestro ordenamiento en un indiscutible subjetivismo, con independencia de las progresivas atenuaciones que el devenir aplicatorio de esta jurisprudencia ha derivado al resaltar aspectos convergentes con la responsabilidad por riesgo o responsabilidad objetiva, pues, no sólo se precisa para apreciar ese ilícito que se dé una acción, sino que se requiera además la voluntariedad o germen de culpabilidad de esa acción, la existencia del daño y el nexo causal». A mayor abundamiento, el Tribunal hace mención de una sentencia reciente en la que se pronuncia en idénticos términos al afirmar que: «...no es posible admitir la culpa extracontractual del artículo 1.902 en la conducta de la actora, la Unión de Consumidores, al denunciar ante la Jurisdicción Penal la existencia de metales en los productos comercializados por la actora, en la que recayó el sobreseimiento porque, habida cuenta, la cualidad representativa de la demandada derivada de su específico colectivo al que representan, ejercitaron un derecho en defensa de esos intereses confiados...»

RESPONSABILIDAD EX ARTICULO 1.902 DEL CODIGO CIVIL DE TODOS LOS INTERVINIENTES EN EL HECHO DETERMINANTE DE LA MUERTE DEL CAUSANTE DE LOS ACTORES. (SENTENCIA DE 13 DE FEBRERO DE 2001.)

Ponente: Excmo. Señor Martínez-Calcerrada y Gómez.

El Juzgado de Primera Instancia de A Estrada dictó sentencia el 8 de junio de 1995, estimando parcialmente la demanda —redujo las cantidades solicitadas por los actores—, condenando a los demandados al pago de una cantidad en concepto de indemnización por daños y perjuicios, absolvió a uno de los codemandados. La Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 2.ª) revoca, en parte, la sentencia del Juzgado y reduce la cuantía de las indemnizaciones.

Hechos.—Se interpone demanda de juicio declarativo de menor cuantía en reclamación de cantidad, a instancia del marido e hijos de doña D.B., por el fallecimiento de ésta. El fallecimiento tuvo lugar cuando doña D.B. paseaba por la finca propiedad de uno de los codemandados. En ese momento se estaba haciendo una tala de árboles y al caer uno de ellos golpeó a la víctima provocando su fallecimiento. El propietario de la finca había vendido los árboles a una serrería, hecho por el cual fue absuelto por el juzgado. Se probó que por el gerente y propietario de la finca y por los operarios no se pusieron las medidas de seguridad necesarias.

Doctrina.—Se interpone recurso de casación por el gerente que a la vez es propietario de la empresa, sobre la base de tres motivos. El primero no interesa al caso, ya que denuncia falta de legitimación activa de los demandantes, es rechazado por la Sala. En el segundo se denuncia también falta de legitimación, en este caso del codemandado, gerente de la empresa, y se hace por una vía inadecuada, la del artículo 1.694.4, alegando que no hay responsabilidad ni como administrador ni como accionista de la empresa, y que en relación con la responsabilidad directa del artículo 1.902 del Código Civil, no puede ser aplicada, ya que él no fue el autor del daño. Y, el motivo tercero, a tenor del artículo 1.694.4, se denuncia que en la responsabilidad extracontractual del artículo 1.902 es preciso que exista un reproche culpabilístico, no pudiendo imputarse el mismo al recurrente porque él sólo se limitó a señalar los árboles que debían ser talados.

Los dos últimos motivos también fracasan, en cuanto al segundo —falta de legitimación activa—, establece el Tribunal, *«que no se comparte, porque la procedencia de aplicar el artículo 1.902 del Código Civil a la mecánica del suceso letal es correcta (...) sin perjuicio de admitir que los causantes materiales del daño fueron los operarios, que practicaron su cometido de talar los árboles sin tomar las adecuadas medidas de seguridad previniendo la posibilidad de que cualquier persona pudiera adentrarse en el lugar en donde tendría que ocurrir inevitablemente la caída de los árboles talados (...), esa persona que actúa en nombre de la empresa, con ese cometido tan directo e inmediato en centro de trabajo, no sólo había de señalar qué árboles deberían talarse —como así hizo—, sino que tendría que adoptar las mayores medidas de precaución evitatorias de cualquier evento determinante de las consecuencias letales producidas»*. Y, en cuanto al tercer motivo, la inexistencia de culpa en el recurrente continúa la Sala afirmando, *«...está produciendo unos riesgos que si se consuman implicará la atribución de responsabilidad a quien presuntamente por esa carencia de medidas impeditivas causantes del ilícito aquiliano, y todo ello, al margen de que, como ya la Sala admitió que en la ocurrencia el hecho dañoso, haya que atenuar el monto de responsabilidad por las circunstancias de la propia conducta de la víctima y que dio lugar a que se apreciase la concurrencia de culpas y se aminorasen las responsabilidades económicas derivadas. Todo ello, pues, deriva en la confirmación de la decisión recurrida, con la desestimación de los motivos, lo que en otro aspecto no quiere decir no se esté dentro del seguimiento subjetivo de la culpa extracontractual del artículo 1.902, pues ese elemento culpabilístico de reproche, en el caso del autor aquí responsable, se deriva de no haber adoptado las máximas cautelas de prevención adecuadas a la mecánica del suceso evitatorio de las consecuencias letales»*.

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL. CONCURRENCIA DE CULPAS. RESPONSABILIDAD DE ARQUITECTO SUPERIOR DIRECTOR DE LA OBRA. (SENTENCIA DE 1 DE FEBRERO DE 2001.)

Ponente: Excmo. Señor O'Callaghan Muñoz.

El Juzgado de Primera Instancia número 9 de Elche, dictó sentencia el 17 de diciembre de 1992, estimando parcialmente la demanda (ya que absuelve a uno de los codemandados y rebaja la cantidad solicitada en concepto de indemnización) y condena al pago de una cantidad en concepto de indemni-

zación. La Audiencia Provincial de Alicante (Sección 5.ª), en fecha de 10 de noviembre de 1995, dicta sentencia en la que desestima los recursos y confirma la resolución del Juzgado.

El Tribunal Supremo *declara haber lugar* al recurso de casación.

Hechos.—Se interpone demanda de juicio declarativo de menor cuantía por doña M.G.M. en su propio nombre y en el de su hijo, menor de edad, en reclamación de cantidad por el fallecimiento de su esposo cuando estaba trabajando en una obra y se precipitó al vacío, siendo la causa del fallecimiento la omisión de las medidas de seguridad consistentes en redes protectoras; no obstante, la víctima no adoptó las medidas de seguridad pertinentes, como son el casco protector y el cinturón de seguridad; hechos estos que dieron lugar a la disminución de la indemnización al considerarse que había concurrencia de culpas.

La demanda se interpuso entre otros contra el contratista que subcontrató a otra empresa para hacer la obra de la fachada, quien fue absuelto por el Juzgado de Primera Instancia, y también contra el arquitecto superior que fue condenado solidariamente, siendo el recurrente en casación.

Doctrina.—Se formula recurso de casación por uno de los codemandados —el arquitecto superior— que fue condenado con otros solidariamente al pago de la indemnización (10.000.000 de ptas.), al amparo del número 4.º del artículo 1.692 de la LEC, por infracción del artículo 1.902, estimando la Sala el recurso al considerar que *«el arquitecto superior, director de la obra, en contrato de prestación de servicios, no tiene la función de controlar las medidas de seguridad en la obra en construcción»*. Señala la Sala que reitera lo apuntado en la sentencia de 22 de noviembre de 1971, en la que afirmaba: *«en orden a la diligencia debida, que la normal previsión, exigible al arquitecto-director de las obras, no cabe confundirla con la simple diligencia de un hombre cuidadoso, sino que es aquella diligencia obligada por la especialidad de sus conocimientos y la garantía técnica y profesional que implica su intervención en la obra, siendo esta especial diligencia lo que debe serle exigida»*. Asimismo trae a colación la Sala, la sentencia de 27 de noviembre de 1993, que en relación con el arquitecto, director de la obra, afirma: *«al no entrar dentro de sus específicas funciones relativas a la realización del proyecto y a la dirección de la obra, la de comprobar el concreto cumplimiento por el contratista o sus encargados de las medidas de seguridad previstas en los preceptos que se citan en la sentencia recurrida, ha de afirmarse la falta de responsabilidad del recurrente en el accidente acaecido por la rotura del andamio al no haber infringido el deber de diligencia que sobre él pesa en relación con la obra en que se produjeron los hechos»*.

Aludiendo al artículo 1.902 del Código Civil, especifica la Sala que: *«Dicho artículo tiene carácter de principio y ha sido desarrollado profusamente por la jurisprudencia, que va hacia una objetivación y destaca, cada vez más, el elemento del nexo causal. Tal como se ha indicado, no se puede atribuir el suceso en relación de causa a efecto, a la actuación activa u omisiva del arquitecto. De lo cual se deduce que las sentencias de instancia han infringido dicho artículo 1.902 del Código Civil al declarar la responsabilidad de un arquitecto por un hecho del que no ha sido causante»*.

J. R. J.

RESPONSABILIDAD POR CULPA EXTRA CONTRACTUAL. NO PROCEDE CONTRA DUEÑO DE LA OBRA QUE ENCARGA SU EJECUCION A EMPRESA AUTONOMA EN SU ORGANIZACION Y MEDIOS, SIN RESERVARSE PARTICIPACION ALGUNA EN LOS TRABAJOS. (SENTENCIA DE 29 DE SEPTIEMBRE DE 2000.)

Ponente: Excmo. Señor don Pedro González Poveda.

Hechos.—La sentencia de primera instancia estimó íntegramente la demanda y condenó a los demandados a indemnizar a los actores en la cantidad de doce millones de pesetas por los daños y perjuicios sufridos por ellos como consecuencia del fallecimiento de su hijo, menor de edad, al derrumbarse la tapia que circundaba un solar propiedad de uno de los codemandados y construida por los otros. La sentencia recurrida en casación revocó parcialmente la de primer grado y absolvió a los propietarios de la tapia derruida.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación interpuesto por los padres del niño fallecido y les condena al pago de las costas. Lo mismo hace con el recurso interpuesto por el constructor.

Fundamentos de Derecho.—El Tribunal Supremo sigue en esta sentencia la misma línea que en la de 27 de noviembre de 1993, la de 9 de julio de 1984 y la de 4 de enero de 1982, en relación con la responsabilidad del propietario de la obra, al afirmar que cuando se trata de contratos entre empresas sin relación de subordinación entre ellos, falta toda razón esencial para aplicar el artículo 1.903, puesto que, por lo general, no puede decirse que quien encarga una obra a una empresa autónoma en su organización y medios, y con asunción de riesgos inherentes al cometido que desempeña, deba responder por los daños ocasionados por los empleados de ésta, a menos que el comitente se hubiera reservado participación en los trabajos o parte de ellos, sometiéndolos a su vigilancia o dirección, doctrina que se reitera en las sentencias de 4 de abril de 1997 y 11 de junio de 1998.

En el presente caso falta ese presupuesto que es la relación de dependencia entre el comitente, dueño de la obra, es decir, los propietarios del solar o terreno a que servía de cierre la tapia derruida, y quienes ejecutaron la obra contratada, no habiéndose reservado aquellos función alguna de dirección o vigilancia de la construcción.

Comentario.—En el caso de autos, el daño se produce como consecuencia de un defecto de construcción, por tanto debe ser responsable el constructor y no los propietarios del local que se limitaron a encargar la construcción de una tapia para el cerramiento de su finca, lo cual no entraña una situación de riesgo para las personas que hayan de pasar por sus inmediaciones.

SEGURO DE ACCIDENTES EN FESTEJO TAURINO. EL DE RESPONSABILIDAD CIVIL SOLO ALCANZA SI ESTA SE DECLARA. (SENTENCIA DE 3 DE NOVIEMBRE DE 2000.)

Ponente: Excmo. Señor don José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez.

Hechos.—Fallecimiento como consecuencia de las heridas producidas por asta de toro al participar activamente en unos festejos taurinos al ser cogido

por una res brava en la plaza, al haberse lanzado al ruedo donde se encontraba el toro.

Los hijos del fallecido reclamaron ante el Juzgado de Primera Instancia a la peña taurina que había colocado la plaza de toros portátil, así como a la compañía aseguradora a pagar, en concepto de indemnización, la cantidad de veinticinco millones ciento treinta y seis mil setecientas sesenta pesetas, más el interés legal de dicha suma desde la interposición de la demanda. En el fallo se le condena a la aseguradora a abonar a la parte actora la cantidad de quinientas setenta y nueve mil trescientas ochenta pesetas (579.380) más el interés legal desde la interposición de la demanda, cantidad equivalente al objeto de la cobertura.

Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación, el cual fue desestimado. Posteriormente interponen los hijos del fallecido recurso de casación, que, según el Tribunal Supremo, reúne un cúmulo de defectos procesales, entre otros, el solicitar una cantidad menor que la pedida en los anteriores recursos, ascendiendo la misma a cinco millones de pesetas, cuando el límite cuantitativo del acceso a casación está estipulado en seis millones.

Comentario.—El Supremo señala que, prescindiendo de la parte procesal, es doctrina de la Sala Primera que es sumamente relevante la aceptación del riesgo por el perjudicado, máxime cuando se trata de participar en un espectáculo taurino, ya que en aquellos supuestos en que el herido lo ha sido a consecuencia de las lesiones producidas por participar activamente en el evento, tal conducta exime de responsabilidad al organizador, salvo que se demuestre culpa o negligencia por parte de éste. En el caso de autos, el fallecido se había lanzado al ruedo y los barrotes protectores del callejón no sufrieron daño alguno con la embestida, lo que, según el Supremo, «proclama y grita la culpa exclusiva de la víctima».

No cabe tampoco admitir el argumento de los recurrentes para reclamar una indemnización basándose en el hecho de haber pagado una entrada, que, según ellos, ha creado un vínculo contractual entre la empresa y el adquirente de la misma, únicamente otorga el derecho a penetrar en el recinto, pero no da derecho a percibir una indemnización, si no se cumplen otros presupuestos.

El hecho de participar en un festejo taurino entraña un gran riesgo, pero es responsabilidad única y exclusiva de la víctima.

T. S. S. M.

RESPONSABILIDAD PROFESIONAL DEL ABOGADO. OBLIGACION DERIVADA DEL CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS, ES DE ACTIVIDAD. INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD CIVIL: PRESENTACION DE DEMANDA EN EL JUZGADO TERRITORIALMENTE COMPETENTE, DESCONOCIENDOSE CLAUSULA DE SUMISION EXPRESA. (SENTENCIA DE 8 DE JUNIO DE 2000.)

Ponente: Excmo. Señor don Xavier O'Callaghan Muñoz.

El Juzgado de Primera Instancia número uno de Huelva, en sentencia de 29 de julio de 1994, desestimó la demanda sobre reclamación de cantidad

formulada por doña Teresa G.M., contra el abogado don Joaquín L.G.S., condenando en costas a la actora.

La Audiencia Provincial de Huelva, en sentencia de 16 de mayo de 1995, desestimó el recurso interpuesto por doña Teresa G.M., y confirmó íntegramente la resolución del Juzgado, sin hacer especial imposición de costas.

El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación.

Hechos.—Se encomienda a un letrado un proceso que dirige personalmente y que terminó por sentencia del Juzgado de 1.^a instancia número 1 de Huelva, que es confirmada por la Audiencia Provincial, que estimó la excepción de falta de competencia territorial.

Doctrina de la Sentencia.—Se plantea en el presente caso la acción de reclamación por responsabilidad civil derivada de la actuación negligente del abogado. *Es un tipo más de responsabilidad profesional, derivada de un contrato de prestación de servicios, tal como destacan las sentencias de esta Sala de 28 de enero de 1998 y de 25 de marzo de 1988, que da lugar a obligaciones del abogado que, según destaca la sentencia de 28 de diciembre de 1996, su obligación esencial de llevar la dirección técnica del proceso es obligación de actividad o medios, no de resultado, pues no se obliga a que tenga éxito la acción ejercitada sino a ejercitar ésta de forma correcta.*

El recurso de casación se formula por siete motivos que se agrupan para dar una respuesta más coherente. El primero y el segundo se fundan en el número 3 del artículo 1.692 de la LEC, por entender infringido el artículo 359 de LEC, habiendo incurrido la sentencia en incongruencia, por haber omitido hechos alegados y no contener declaración sobre la prestación acerca del daño emergente. Ambos motivos se desestiman. En primer lugar, por confundir incongruencia con falta de motivación de la sentencia, *ésta no ha de ser necesariamente exhaustiva y referida a todas y cada uno de los hechos y argumentos de las partes... El concepto de congruencia, elaborado por la doctrina y reiterado por la jurisprudencia, que lo centra en la relación entre el suplico de la demanda y de la reconvención en su caso, y el fallo de la sentencia, como recuerdan las sentencias de 4 de mayo de 1999, 18 de mayo de 1999, 1 de junio de 1999, 19 de octubre de 1999, 22 de enero de 2000, entre otras, no cabiendo incongruencia en la sentencia desestimatoria...*

Los motivos fundados en el número 4 del artículo 1.692 de la LEC, tercero, quinto y séptimo, se refieren a la prueba. Los tres motivos se desestiman porque en todos ellos se pretende hacer una valoración de la prueba, acorde con los intereses de la parte recurrente, distinta de la hecha por la sentencia de instancia, lo que no cabe en casación... *es doctrina reiterada de esta Sala la de que el juicio lógico realizado por el Tribunal a quo por la vía de la praesumptio hominis o praesumptio facti, que regula el artículo 1.253 del Código Civil, sólo es censurable en casación cuando notoriamente falta ese enlace preciso y directo entre el hecho demostrado y el que se trata de deducir, según las reglas del criterio humano, que no son otras que las del raciocinio lógico.*

Los motivos cuarto y sexto formulados al amparo del número 4 del artículo 1.692 de la LEC por infracción del artículo 1.101 del Código Civil, se refieren al fondo del asunto. En ambos, se insiste en que el abogado demandado incurrió en responsabilidad, por lo que debe indemnizar los perjuicios y en relación con los artículos 1.104 del Código Civil y el Estatuto General de la Abogacía, destacando error en la presentación de documento y la presentación

de la demanda en el Juzgado de 1.^a Instancia de Huelva, habiendo una cláusula contractual de sumisión expresa a los Juzgados y Tribunales de Granada. Los dos motivos se desestiman. La doctrina jurisprudencial, aplicada a este caso, hace ver claramente que no aparece declarado probado por la sentencia de instancia hecho alguno que suponga verdadero incumplimiento de la obligación del abogado, sino todo lo contrario. *El error en la presentación de un documento carece, según declara la sentencia de instancia, de trascendencia jurídica, y la presentación de la demanda en el Juzgado territorialmente competente, desconociendo la cláusula de sumisión de un contrato cuya nulidad se postula, es una cuestión jurídica, no sólo discutible, sino perfectamente atendible.*

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL: REQUISITOS. ACCIDENTE DE TRABAJO CON RESULTADO DE MUERTE. PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN. RESPONSABILIDAD DE LOS ARQUITECTOS DIRECTORES DE LA OBRA. (SENTENCIA DE 7 DE DICIEMBRE DE 2000.)

Ponente: Excmo. Señor don Ignacio Sierra de la Cuesta.

El Juzgado de Primera Instancia número 2 de Santa Coloma de Farners, en sentencia de 16 de marzo de 1994, estima parcialmente la demanda sobre indemnización por daños morales, formulada por doña Montserrat B.F. contra don Domingo B.C., don Salvador B.J., don Joaquín P.S. y don Salvador A.P., condenando a los demandados a pagar solidariamente a la actora la suma de siete millones de pesetas en concepto de indemnización de daños morales, sin expresa imposición de costas.

La Audiencia Provincial de Gerona (Sección 2.^a), en sentencia de 2 de noviembre de 1995, desestima el recurso interpuesto por los demandados y confirma la sentencia apelada con imposición de las costas a los recurrentes.

Los codemandados don Joaquín P.S. y don Salvador A.P., interponen recurso de casación.

El Tribunal Supremo desestima el recurso.

Hechos.—Fallecimiento de trabajador al clavar una varilla metálica en el suelo para instalar la toma de tierra de una grúa, que al tocar una conducción eléctrica subterránea le produjo una descarga eléctrica mortal. No se tuvo en cuenta, en el proyecto de obras, la existencia de las canalizaciones subterráneas en la que se encontraba la conducción eléctrica.

Doctrina de la Sentencia.—El primer motivo del recurso de casación lo fundamenta la parte recurrente en el artículo 1.692.4 de la LEC, ya que en la sentencia recurrida, sigue opinando dicha parte, ha infringido los artículos 1.968.2, 1.969 y 1.973 del Código Civil, en relación con el artículo 24.1 de la Constitución Española en cuanto proclama un proceso sin dilaciones indebidas y por aplicación incorrecta del artículo 114 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

El motivo debe ser desestimado.

La parte recurrente basa este motivo en un dato: que en el proceso penal presuntamente interruptor del plazo de prescripción para el ejercicio de la acción de responsabilidad civil extracontractual, no había imputación alguna a los ahora recurrentes... Cuestión absolutamente resuelta por la doctrina

jurisprudencial de esta Sala, y como epitome hay que traer a colación lo dispuesto en la sentencia de 30 de septiembre de 1993, que de una manera clara y rotunda establece que: *la circunstancia de que las actuaciones penales se hubieren dirigido contra personas indeterminadas e incluso distintas de aquella contra quien se esgrime la actio civile no puede ser obstáculo al efecto interruptivo de la prescripción de la misma*, pues los obstáculos que los artículos 111 y 114 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ...se originan en atención a la identidad de los hechos susceptibles de enjuiciamiento en los dos órdenes jurisdiccionales, el civil y el penal, atendiendo los términos gramaticales del artículo 114 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Ello se desprende además del contenido del artículo 114 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ya que, a tenor del mismo, se impedía a la parte actora el ejercicio de la referida acción civil, en tanto en cuanto se encontrara pendiente el proceso penal sobre los mismos hechos; por ello hablar del abandono por dicha parte de la referida acción, no deja de ser un simple alegato de defensa procesal—intrínsecamente lícito— pero que debe ser absolutamente declarado como decaído.

En cuanto al tema de la dilación indebida... *como dice la sentencia del Tribunal Constitucional 50/1989, cuando se habla del tema en cuestión dice: «derecho a que la causa sea vista dentro de un plazo razonable», y este plazo razonable ha de ponderarse atendiendo a la naturaleza y circunstancias del litigio, ...Y en el presente caso la causa de la dilación, en principio, hay que encontrarla en el proceso penal antecedente de la actual contienda civil y porque, como ya se ha dicho, no hay datos en la causa para poder estudiar el mismo, en ese aspecto de «dilaciones indebidas».*

El segundo motivo lo residencia la parte recurrente en el artículo 1.692.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al considerar que hay infracción del artículo 1.902 del Código Civil, así como de la doctrina jurisprudencial recaída en su aplicación.

Este motivo debe ser, asimismo, desestimado.

...Compaginando los antecedentes fácticos, se llega a la conclusión de que los recurrentes eran los arquitectos-directores de la obra en que sucedieron los hechos y como directores de obra, y que ellos no tomaron el conocimiento que requería las peculiares condiciones del terreno sobre el que se iba a edificar, y entre ello la situación de los elementos necesarios como la grúa.

Notas: En este caso se plantea la responsabilidad de los arquitectos-directores de una obra en la que se produjo el fatídico accidente con resultado de muerte de un trabajador al recibir una descarga eléctrica mientras instalaba la toma de tierra de una grúa. Es constante y pacífica la jurisprudencia que exige que para que haya responsabilidad derivada de acto ilícito que se den ineludiblemente los siguientes requisitos: *a)* una acción u omisión ilícita, *b)* la realidad y constatación de un daño, *c)* un nexo causal entre ambos requisitos, por todas, la sentencia de 7 de noviembre de 1996. En el caso de autos, queda probado que los arquitectos-directores de la obra no tomaron conocimiento que requería las peculiares condiciones del terreno sobre el que iban a edificar, y tampoco tuvieron en cuenta, en el proyecto de obras, la existencia de canalizaciones subterráneas, entre las que se encontraba la conducción eléctrica que provocó el accidente mortal, lo que, por otra parte, indica que no se realizó el asesoramiento preciso sobre las distintas conducciones que atraviesan el solar en que se efectuó la obra.

En este supuesto, es clara la responsabilidad de los arquitectos de la obra, pues dentro de sus específicas funciones están la de realización del proyecto y la de dirección de la obra, ya que, como afirma la sentencia de 22 de noviembre de 1971: «en orden a la diligencia debida ...exigible al arquitecto-director de las obras, no cabe confundirla con la simple diligencia de un hombre cuidadoso, sino que es aquella diligencia obligada, por la especialidad de sus conocimientos y la garantía técnica y profesional, que implica su intervención en la obra, siendo esta especial diligencia lo que debe serle exigida», no tienen sin embargo la función de controlar las medidas de seguridad de las obras en construcción, tales como la rotura de un andamio, como recientemente afirman, entre otras, las sentencias de 27 de noviembre de 1993 y la de 1 de febrero de 2001.

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL. ACCIDENTE DE TRABAJO: RESPONSABILIDAD DEL EMPRESARIO POR INSUFICIENCIA DE MEDIDAS DE SEGURIDAD. RELACION DE CAUSALIDAD: CAUSA EFICIENTE. CONCURRENCIA DE CULPAS: PRINCIPIO DE EQUIDAD. (SENTENCIA DE 22 DE FEBRERO DE 2001.)

Ponente: Excmo. Señor don Alfonso Villagómez Rodil.

El Juzgado de Primera Instancia número dos de Orense dictó sentencia el 21 de noviembre de 1994, estimando parcialmente la demanda sobre reclamación de cantidad, formulada por doña María I.M., doña María P.I., doña Ana Pilar P.I. y don Constantino P.I., frente a «Construcciones Hermanos del Río, S.L.» frente a «Paternal Sica», frente a «Grúas Orense, S.L.», frente a «Mutua General, Mutua Patronal de Accidentes de Trabajo», y frente a «Mutua General de Seguros», con motivo de muerte en accidente laboral, declara, que la entidad codemandada «Construcciones Hermanos del Río, S.L.» viene obligada a abonar a doña María I.M., la cantidad de seis millones quinientas mil pesetas; a María P.I., la cantidad de cuatro millones de pesetas; a don Constantino P.I. y doña Pilar P.I., la cantidad de seiscientos cincuenta mil pesetas a cada uno de ellos, más el interés legal de dichas cantidades desde la fecha de la sentencia dictada condenándola, con absolución del resto de los codemandados. Las costas de los codemandados absueltos se imponen a la parte actora y las restantes a la entidad codemandada «Construcciones Hermanos del Río, S.L.».

La Audiencia Provincial de Orense, en sentencia de 29 de noviembre de 1995, desestimó el recurso interpuesto por «Construcciones Hermanos del Río, S.L.», y se acoge en parte el recurso de apelación interpuesto por doña María I.M., don Constantino, doña Ana Pilar, y doña María P.I., contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1.ª Instancia de 21 de noviembre de 1994, que se revoca en parte, y se condena a la empresa «Hermanos del Río, S.L.» a que abone a doña María I.M., la cantidad de doce millones de pesetas, por el fallecimiento de su esposo, desde la fecha de la sentencia de 1.ª Instancia, y se confirma en todo lo demás la sentencia apelada. No se hace pronunciamiento de las costas del recurso de la parte apelante-demandante, y se imponen las de su recurso a «Construcciones Hermanos del Río, S.L.».

«Construcciones Hermanos del Río, S.L.» interpuso recurso de casación.

El Tribunal Supremo declara no haber lugar al citado recurso.

Hechos.—Fallecimiento de trabajador de la construcción al caerse por escalera de grúa desde una altura de quince metros.

Doctrina de la Sentencia.—El motivo primero aduce aplicación indebida del artículo 1.903 en relación al 1.902 del Código Civil, argumentando que el fallecimiento del trabajador, esposo y padre de los demandantes, tuvo lugar con ocasión de prestar servicios y cumplir órdenes del montador de la grúa. El motivo se rechaza, pues resulta evidenciada la responsabilidad de la constructora, ya que inicialmente instauró un riesgo potencial al disponer y autorizar que una persona de cierta edad y sobre todos sin especialidad acreditada alguna llevase a cabo un trabajo tan notoriamente peligroso, como es trepar y descender por una grúa de considerable altura, riesgo que se incrementó al no haberlo dotado de los elementales medios de seguridad, a fin de protegerlo contra posibles caídas.

La negligencia, tanto activa como omisiva, en que incurrió la mercantil recurrente viene determinada por un actuar desprovisto de las previsiones que requerían las circunstancias del caso en relación al riesgo que entrañaba la operación que llevó a cabo el fallecido y genera la responsabilidad directa de la empresa conforme a la reiterada doctrina jurisprudencial (sentencias de 22-2 y 30-7-1991, 28-2-1992, 21-4-1992, 13-1-1993, 8-10 y 20-12-1996 y 19-12-1998, entre otras).

Por otra parte, en el motivo subyace la condena de la codemandada «Grúas Orense, S.L.», lo que no procede, pues no lo autoriza la jurisprudencia de esta Sala de Casación Civil, *al tener declarado de forma reiterada que el codeemandado condenado no puede postular la condena del codemandado que resultó absuelto, lo que corresponde a la parte actora que así lo solicitó en la demanda y la recurrente en su escrito de contestación se limitó a pedir su absolución* (sentencias de 28-10-1991, 17-2-1992, 31-12-1995 y 31-10-1995, entre otras).

El motivo segundo vuelve a hacer denuncia de los artículos 1.902 y 1.903 del Código Civil y la jurisprudencia de esta Sala, a fin de sostener falta de relación causal. Motivo que se rechaza. El nexo causal resulta concurrente y con acierto lo fija la sentencia combatida, al referirlo, como determinante del accidente, a la conducta negligente del encargado-representante de la empresa que autorizó y corroboró con su presencia la realización de un trabajo de alto riesgo sin dotar al trabajador de medidas de seguridad.

...El nexo causal (sentencia de 28-2 y 16-3-1983, 20-2-1992 y 2-4-1999) *es un concepto puente entre el daño ocasionado y el juicio de valor sobre la conducta del que lo causó, es decir, entre el actuar u omitir negligente y el resultado y dicho nexo causal actúa en el supuesto que nos ocupa como causalidad adecuada que resultó cumplidamente probada como exige la jurisprudencia* (sentencias de 31-1-1992, 17-11-1998 y 29-5-1999).

El motivo tercero argumenta no aplicación del artículo 1.103 del Código Civil y doctrina jurisprudencial, en cuanto que procede decretar concurrencia de culpas. Atribuyendo sin razonamiento alguno a la víctima, culpa compartida, en un intento de rebajar la indemnización concedida a la viuda, por lo que el motivo fue rechazado.

El último motivo combate el recurrente la condena de intereses por aplicación errónea del artículo 1.108 del Código Civil, en relación con el 921 de la Ley Procesal Civil. *Confunde la parte recurrida los intereses moratorios, derivados de incumplimiento obligacional con los legales-procesales del referido artículo 921, que vienen a ser punitivo o sancionadores y nacen ope legis, sin necesidad de petición e incluso de expresa condena. El motivo se desestima.*

L. T. M.

2. DERECHO MERCANTIL

II. SOCIEDADES

A) Anónimas

POR RAMÓN SÁNCHEZ DE FRUTOS

ADAPTACION A LA LEY Y AMPLIACION DE OBJETO SOCIAL. (SENTENCIA DE 1 DE JUNIO DE 2000.)

La participación en otras empresas, nacionales o extranjeras, anteriormente no prevista en el artículo 2 de los Estatutos, no es una mera adaptación ni una simple mejora técnica de los estatutos impuesta por la nueva Ley, sino una verdadera ampliación del objeto social sometida a los requisitos del artículo 144.1 de la Ley de Sociedades Anónimas, especialmente los de su letra *b)* y de su artículo 103.1.

IMPUGNACION DE ACUERDOS SOCIALES. FACULTADES DE LA JUNTA. ORDEN DEL DIA. (SENTENCIA DE 16 DE SEPTIEMBRE DE 2000.)

No se puede negar la soberanía de la Junta de Accionistas sobre los demás órganos de administración de la sociedad, pero esta soberanía ha de entenderse en las relaciones de carácter vertical, en el sentido de que los acuerdos de la Junta son soberanos respecto a los demás actos de la administración de la sociedad que puedan nacer de otros órganos de gobierno de la sociedad sobre cuestiones tratadas legalmente en la Junta de conformidad con el orden del día; ahora bien, no se le puede entender como soberana en sentido horizontal, para el supuesto de que la Junta pueda decidir sobre cualquier cuestión, aunque la misma no figure expresada con la debida claridad en el orden de convocatoria si la cuestión se refiere a una modificación de los estatutos, pues en términos generales, la Junta solamente puede decidir sobre los asuntos que a ella se le sometan pero que estén comprendidos en el orden del día de la convocatoria, no teniendo competencia para conocer sobre cuestiones que no figuren en ese orden, salvo en los supuestos de las llamadas Juntas Universales.

Las Juntas de Accionistas han de atenerse a la literalidad de los asuntos a tratar como orden del día, y con la claridad que exige el artículo 144.1.b) de la Ley de Sociedades Anónimas.

RESPONSABILIDAD DEL ADMINISTRADOR EN SOCIEDAD ANONIMA. LA ACCION DEL ARTICULO 135 DE LA LEY EXIGE RELACION CAUSAL ENTRE EL DAÑO Y LA CONDUCTA DEL ADMINISTRADOR. NO INCURRE ESTE EN RESPONSABILIDAD POR EL INGRESO DE UNA AMPLIACION DE CAPITAL EN CUENTA DE CREDITO. (SENTENCIA DE 28 DE JUNIO DE 2000.)

CONVOCATORIA DE JUNTA GENERAL. REQUISITOS DE ASISTENCIA DEL PRESIDENTE Y SECRETARIO. (SENTENCIA DE 19 DE OCTUBRE DE 2000.)

La actuación de don..., doña... y don..., constituyéndose en Junta, sin la asistencia y presencia del Presidente de la sociedad y del Secretario, carece de las más elementales exigencias que proclama el artículo 100 de la Ley de Sociedades Anónimas, en cuanto a las facultades y obligaciones de convocatoria; y por ende, el acuerdo de convocatoria a Junta y ella misma, son actos ilegales, que a tenor del artículo 115 de la Ley deben ser declarados nulos con todas sus consecuencias en relación a los acuerdos emanados de la misma.

DISOLUCION DE SOCIEDAD POR PARALIZACION DE LOS ORGANOS SOCIALES. DEMANDA JUDICIAL SIN PREVIA JUNTA. (SENTENCIA DE 4 DE NOVIEMBRE DE 2000.)

Dándose el supuesto del artículo 262.3 de la Ley de Sociedades Anónimas, cualquier interesado puede solicitar la disolución judicial de la sociedad sin necesidad de un previo intento de convocatoria judicial de Junta General que a nada habría conducido precisamente por la propia inoperancia de la Junta, ya previamente demostrada.

La paralización contemplada en el artículo 260.3 de la Ley de Sociedades Anónimas, no puede entenderse solamente como inerte pasividad o silencio absoluto de los órganos de la sociedad, sino que necesariamente ha de comprender también los casos de bloqueo efectivo en que, aún celebrándose formalmente reuniones del Consejo de Administración y convocándose Juntas Generales, no pueden lograrse acuerdos, o los adoptados no se ejecutan, de modo que, como dice el precepto, resulte imposible el funcionamiento de la sociedad, no debiendo olvidarse al respecto que el apartado 5 del citado artículo 262 es bien demostrativo del rigor legal con los supuestos de disolución de las sociedades cuando hace incurrir en responsabilidad a los administradores que no actúen diligentemente.

CUENTAS ANUALES. CONTABILIZACION DE PARTIDAS. (SENTENCIA DE 14 DE NOVIEMBRE DE 2000.)

Según enseña el artículo 199 de la Ley de Sociedades Anónimas, la memoria completa, amplía y comenta el balance y la cuenta de pérdidas y ganancias, pero, desde luego, no suple las omisiones de partidas sustanciales del balance, cuya inclusión en el balance resulta necesaria para «mostrar la imagen fiel del patrimonio» de la sociedad, sin que sea excusa la Disposición Adicional de la Ley 18/91, referente exclusivamente a las obligaciones de las entidades de crédito.

CONVOCATORIA DEL CONSEJO DE ADMINISTRACION POR TELEFONO, AUNQUE LOS ESTATUTOS EXIGEN SEA ESCRITA. (SENTENCIA DE 30 DE ENERO DE 2001.)

La alegación de que según los Estatutos se exige la forma escrita en la convocatoria del Consejo de Administración y en este caso se hizo por con-

ducto telefónico y no a todos los interesados, se desestima porque, sin olvidar que el silencio legal permite que la convocatoria pueda realizarse no sólo por anuncios oficiales o de prensa, sino también mediante la utilización del correo, teléfono, telefax o cualquier otro sistema que asegure su conocimiento por todos los miembros, y según los Estatutos, el Consejo queda válidamente constituido con la concurrencia a la reunión de la mitad más uno de sus miembros, con la mayoría absoluta de sus asistentes para la adopción de los acuerdos, y se ha probado que era práctica habitual, generalmente admitida, la comunicación oral para la citación, lo que supone que la citada reunión del Consejo tuvo efectividad con el quorum preciso para la resolución de los acuerdos.

LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES FRENTE A TERCEROS ES DE NATURALEZA EXTRACONTRACTUAL. PRESCRIPCION DE LA ACCION. (SENTENCIA DE 31 DE ENERO DE 2001.)

El artículo 81 de la Ley de Sociedades Anónimas, de 17 de julio de 1951 (al que corresponde el 135 de la actual) contempla acciones de indemnización que pueden corresponder a terceros (equiparados a los acreedores) por los actos de los administradores que lesionen directamente los intereses de aquéllos, siendo su finalidad restaurar el perjuicio causado a su patrimonio y es distinta de la acción social prevista en el artículo 79.

La responsabilidad de los administradores frente a los terceros reviste naturaleza extracontractual por no existir vínculo contractual relacionante y sí el genérico contenido en el principio *naeminem laedere* (sentencias de 11 de octubre de 1991 y 21 de mayo de 1992), tratándose de responsabilidad personal de los administradores y no de la sociedad. Su procedencia exige la concurrencia necesaria de los presupuestos siguientes: *a)* Daños ocasionados a los intereses de los legitimados que ha de ser estimable, y *b)* Que provenga de abuso de facultades, malicia o negligencia grave de los administradores (sentencias de 12 de abril de 1989, 26 de noviembre de 1990, 12 de junio de 1995 y 31 de julio de 1996).

Demostrada tanto la efectividad del daño y el desfase económico negativo que presentan los balances, como la actuación negligente de los administradores, pues a los mismos les correspondía su confección, conforme al artículo 102 y siguientes de la Ley de 17 de julio de 1951, para mayor garantía, tanto de los socios como de acreedores y terceros en general, concurriendo la necesaria relación de causalidad, incurren en responsabilidad extracontractual.

El plazo prescriptivo de un año que establece el artículo 1.968.2.º del Código Civil es aplicable a las acciones de naturaleza extracontractual contra los administradores, es decir, el supuesto del citado artículo 81 de la Ley de Sociedades Anónimas, de 17 de julio de 1951, y así lo han declarado las sentencias de esta Sala de 31 de mayo de 1992 y 2 de junio de 1999; por lo que no es aplicable el plazo de cuatro años del artículo 949 del Código de Comercio.

Para el inicio del cómputo del plazo prescriptivo ha de tenerse en cuenta la previsión del artículo 1.969 del Código Civil, que se remite al día en que las acciones pudieron ejercitarse, y ello está supeditado a su naturaleza y características propias que determinan que la acción nazca cuando pueda realizar-

se el derecho que con ella se actúa, lo que implica que se tenga conocimiento cabal del resultado que motiva la acción, es decir, desde que el perjudicado «lo supo» (sentencia de 21 de febrero de 1974), sin que se exija necesariamente resulte precisado el importe líquido del daño.

LIQUIDACION DE SOCIEDAD. CONVOCATORIA DE JUNTA POR UN SOLO LIQUIDADOR. (SENTENCIA DE 1 DE FEBRERO DE 2001.)

El artículo 271 de la Ley de Sociedades Anónimas establece que en cuanto a la convocatoria y reunión de juntas extraordinarias se observará lo dispuesto en los estatutos sociales. Y el artículo 12 de los Estatutos de la sociedad establece la convocatoria de la Junta por los liquidadores actuando mancomunadamente.

Pero la aplicación de dicha norma estatutaria está dada y contemplada para situaciones de normalidad, pero en el presente caso no se puede obviar que en el momento de la convocatoria sólo existía un liquidador, ya que los otros dos habían renunciado, y que si la junta se convocó fue para salir de tal anomalía y nombrar los liquidadores precisos, constituyendo esta circunstancia una situación excepcional que debe impregnar la actuación hermenéutica sobre la referida norma estatutaria.

D) Cooperativas

COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO. LA SUSPENSION DE EMPLEO ACORDADA POR EL CONSEJO RECTOR NO COMPRENDE LA PRIVACION DEL DERECHO DE ASISTENCIA Y VOTO EN LA ASAMBLEA GENERAL. REGULACION EN ESTATUTOS. (SENTENCIA DE 28 DE DICIEMBRE DE 2000.)

La suspensión de empleo, con el carácter de suspensión cautelar, acordada por el Consejo Rector y pendiente de la posibilidad de recurso ante la Asamblea General, no comprende los derechos políticos o cualidad de socio, sino únicamente la actividad cooperativizada de trabajo, por lo que no cabía impedir al socio ejercitar el derecho a participar en el control de la Cooperativa en tanto el acuerdo de expulsión no sea ejecutivo, que sólo lo es una vez ratificado por la Asamblea o transcurrido el plazo para recurrir ante ésta, y sin perjuicio del carácter provisional de la ratificación de la Asamblea hasta que se produzca su firmeza por no interposición de recurso jurisdiccional o haber recaído ejecutoria judicial.

A la conclusión expuesta conduce la especial configuración jurídica de las Cooperativas de Trabajo Asociado, que son las que asocian a personas naturales, con capacidad física para desarrollar la actividad cooperativizada de prestación de su trabajo y tienen por objeto proporcionar a los socios puestos de trabajo para producir en común bienes y servicios para terceros (art. 118.1 de la Ley General de 2 de abril de 1987). Como consecuencia de esa especialidad se da en los cooperativistas una doble condición o cualidad, con sus propios derechos y obligaciones, aspecto dual tan relevante jurídicamente que incluso lo tiene en cuenta el artículo 125 de la Ley para, en caso de contenciosidad, atribuir el conocimiento de la problemática a la competencia de

distintos órdenes jurisdiccionales (social o civil). Dice la sentencia de 3 de febrero de 1997 que «si bien las Cooperativas de Trabajo Asociado tienen su origen en un contrato de tipo societario, tal contrato implica la obligación del socio de desarrollar la “actividad cooperativizada de prestación de su trabajo”, de claro contenido laboral; de ahí que el régimen jurídico de estas Cooperativas esté integrado por normas de carácter societario que regulan todo lo relativo a la condición de socio de la Cooperativa; por normas de carácter mixto que si bien proceden de la legislación cooperativa, incorporan normas del Derecho del Trabajo o de instituciones laborales, y por normas laborales que regulan las condiciones en que se desenvuelve la prestación de trabajo del socio trabajador». Es por ello que cuando se habla de «suspensión de empleo» se hace referencia a la faceta laboral en exclusiva, y ello ha de entenderse incluso reforzado por el contenido del propio texto legal, según el artículo 120.2, último inciso, de la Ley de 2 de abril de 1987.

No es obstáculo la alusión al régimen jurídico que recoge la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, de 23 de marzo de 1995, sobre la privación del derecho de voto en relación con el acuerdo de exclusión de un socio de la sociedad por producirse conflicto de intereses, pues la nueva normativa jurídica la incorpora la Ley de Cooperativas de 16 de julio de 1999, en su artículo 26.8, en armonía con una de sus finalidades que es, según su Exposición de Motivos, la de incorporar a la legislación de Cooperativas algunas novedosas regulaciones del Derecho de Sociedades. Por razones temporales es lógico que no se recogiera la solución de la Ley de Cooperativas de 1987, la cual sin embargo no omitía totalmente la problemática, pues en el artículo 47.4 disponía que los Estatutos establecerán los supuestos en que deba de abstenerse de votar el socio en conflicto por razón del asunto objeto del acuerdo.

IV. CONTRATOS

DE AGENCIA. DERECHOS DEL AGENTE POR RESOLUCION UNILATERAL. (SENTENCIA DE 16 DE NOVIEMBRE DE 2000.)

Se reitera cuanto se ha expuesto por esta Sala en relación con la aplicación de la Ley de Contrato de Agencia, de 27 de mayo de 1992, a los contratos de distribución o de concesión; así se decía en sentencia de 20 de enero de 2000: «al respecto, en sentencia de 8 de noviembre de 1995 y en relación con la Ley de Régimen Jurídico del Contrato de Agencia, de 27 de mayo de 1992, se resumían las siguientes notas que individualizan ese contrato de concesión o distribución dentro de la gama regulada de los contratos de agencia:

1.º Que así como el contrato de agencia —arts. 1 y 3 de la Ley— tiene por objeto la promoción de actos u operaciones de comercio por cuenta ajena del agente o intermediario independiente, en la concesión o distribución, ese objeto se circunscribe a la reventa o distribución de los propios productos del concedente, y por lo general, con un pacto en exclusiva —positivo y negativo— vender sólo el concesionario y no vender nadie más en su zona, siguiendo al respecto la delimitación de la sentencia de esta Sala, de 5 de octubre de 1995, y la definición del propio Reglamento, número 1.475 de la Comisión de las Comunidades Europeas del 28 de junio de 1995, «se trata de los acuerdos de duración determinada o indeterminada mediante los cuales el contratante

proveedor encarga al contratante revendedor la tarea de promover en un territorio determinado la distribución y el servicio de venta y de postventa de determinados productos del sector... y mediante los cuales el proveedor se compromete con el distribuidor a no suministrar, dentro del territorio convenido, los productos contractuales para su reventa, más que al distribuidor o, en su defecto, a un número limitado de empresas de la red de distribución».

2.º En la nota de la dependencia o no, puede radicar la no inclusión de la concesión en el contrato de agencia, pues así como la independencia del agente es básica —art. 2— cuando exista esa dependencia, que al margen de la laboral, puede darse en la concesión, artículo 2.2: cuando el concesionario «no puede organizar su actividad profesional... conforme a sus propios criterios»; pues el concedente se los ha impuesto, entonces la concesión no es agencia, sin que ello excluya la llamada concesión independiente que suele privar en el sector del automóvil por el efecto traslativo del vehículo en favor del concesionario y la ejecución del negocio por cuenta y riesgo de éste, según confirma la citada sentencia de 12 de junio de 1999.

3.º De consiguiente, cuando la concesión sea de agencia —promoción, actos de comercio o reventa, relación estable e independencia—, regirá la Ley 12/1992, tanto en la rescisión como en la indemnización: artículos 23 y siguientes; en otro caso, y a falta de norma especial, regirá el Código Civil: artículos 1.101 y siguientes y 1.124...»

Asimismo, se tiene declarado: «...El contrato de agencia, conforme al artículo primero de la Ley especial y disposiciones integradoras, viene a ser aquella relación consistente en la promoción o conclusión de operaciones mercantiles a cargo del agente, de forma continuada o estable, pero por cuenta del empresario que contrató sus servicios y que decididamente se proyectan a la captación de clientela para el principal, y si bien el agente conserva su organización empresarial, su actividad la viene a desarrollar como efectivo intermediario independiente, no asumiendo los riesgos de los negocios en los que participa, que los soporta el comitente, salvo pacto expreso en contrario, percibiendo el agente el precio convenido por su actividad de gestión, lo que no impide que pueda estar vinculado a varios empresarios distintos...» (sentencia de 12 de junio de 1999).

Tratándose de un contrato de agencia, ha de mantenerse la indemnización por clientela reconocida en el artículo 28 de la Ley.

Asimismo procede la indemnización de daños y perjuicios (art. 29 de la Ley), cuando la extinción del contrato se produce por el concedente a virtud de denuncia unilateral del contrato de agencia de duración indefinida, a consecuencia del incumplimiento contractual verificado.

V. sentencia de 1 de febrero de 2001 inserta a continuación.

CONTRATO DE AGENCIA Y CONCESION EN EXCLUSIVA. RESOLUCION UNILATERAL POR EL CONCEDENTE. INDEMNIZACION DE PERJUICIOS. (SENTENCIA DE 1 DE FEBRERO DE 2001.)

Dice la sentencia de 8 de noviembre de 1995, examinando las notas distintivas del contrato de concesión o distribución del de agencia, regulado en la Ley 12/1992, de 27 de mayo: 1) que así como el contrato de agencia —arts. 1 y 3 de la Ley— tiene por objeto la promoción de actos u operaciones de comercio por

cuenta ajena del agente o intermediario independiente, en la concesión, ese objeto se circunscribe a la reventa o distribución de los propios productos del concedente, y por lo general, con un pacto en exclusiva —positivo o negativo— vender sólo el concesionario y no vender nadie más en su zona, siguiendo al respecto la delimitación de la sentencia de esta Sala de 5 de octubre de 1995, y la definición del propio Reglamento, número 1.475/95 de la Comisión de las Comunidades Europeas de 28 de junio de 1995, «...se trata de los acuerdos de duración determinada o indeterminada mediante los cuales el contratante proveedor encarga al contratante revendedor la tarea de promover en un territorio determinado la distribución y el servicio de venta y de postventa de determinados productos del sector... y mediante los cuales el proveedor se compromete con el distribuidor a no suministrar, dentro del territorio convenido, los productos contractuales para su reventa, más que al distribuidor o, en su defecto, a un número limitado de empresas de la red de distribución». 2) En la nota de la dependencia o no, puede radicar la no inclusión de la concesión en el contrato de agencia, pues así como la independencia del agente es básica —art. 2— cuando exista esa dependencia, que al margen de la laboral, puede darse en la concesión, artículo 2.2, cuando el concesionario «no puede organizar su actividad profesional... conforme a sus propios criterios», pues el concedente se los ha impuesto, entonces la concesión no es agencia, sin que lo excluya la llamada concesión independiente que suele privar en el sector del automóvil por el efecto traslativo del vehículo a favor del concesionario y la ejecución del negocio por cuenta y riesgo de éste», citada esta sentencia en la de 20 de enero de 2000, en ésta se recoge la de 12 de junio de 1999, según la cual, «la concesión mercantil —aplicada al sector del automóvil— (sic), también conocido como contrato de distribución, encuadrable dentro de la categoría jurídica de los contratos de colaboración, presenta la particularidad de que el concesionario actúa en su nombre y por cuenta propia en la zona geográfica asignada, asumiendo para sí los riesgos comerciales de las operaciones que realiza con sus clientes, pues actúa con capital propio e independencia negocial del concedente sin perjuicio de que las actividades se lleven a cabo en interés de aquél y también el propio. Su autonomía se manifiesta en la fase final de distribución de los efectos o mercancías a la clientela, ya que se produce una efectiva reventa de los productos que proceden y suministra el principal». Por su parte, la sentencia de esta Sala, de 30 de noviembre de 1999, recaída en asunto relativo a contrato de distribución en el ramo del automóvil, que se califica como de concesión, dice que «el contrato de concesión consiste en el acuerdo de voluntades por el cual un comerciante social o individual, concesionario, pone su empresa de distribución al servicio de un fabricante y su supervisión para distribuir en monopolio los productos de ese concedente dentro del territorio asignado al efecto, contiene siempre un pacto en exclusiva, se basa fundamentalmente en la fides o confianza mutua y presenta una obligación del servicio postventa».

Si bien es cierto, como dice la sentencia de esta Sala últimamente citada, que el Reglamento 123/85 de la Comisión de las Comunidades Europeas no contiene una regulación mercantil completa del contrato de concesión, sino tan sólo el señalamiento de cláusulas usuales en esta clase de contratos (los referidos a distribución y de servicio de venta y de postventa de vehículos automóviles) conformes con las normas comunitarias sobre la libre competencia, no es menos cierto que de su articulado se llega a la conclusión de que entre las categorías de acuerdos a que se aplica, se encuentra el contrato de concesión y no el de agencia; así, el artículo 1.º establece como finalidad de estos acuerdos, «la

reventa de vehículos automóviles concretos, de tres o más ruedas, destinados a ser utilizados en la vía pública y, en relación con ellos, piezas de recambio», finalidad de reventa que está ausente del contrato de agencia, tanto en su regulación por Ley 12/1992, como en la Directiva 86/653/CCE; asimismo, las cláusulas a que se refieren los artículos siguientes como las definiciones del artículo 13, corresponden a un contrato de concesión y no a un contrato de agencia.

Cuestión fundamental que se plantea en el presente litigio es la de determinar si la resolución del contrato que mediaba entre J., S.A. e IP.S.A., llevada a cabo unilateralmente por esta última (la concedente), estaba o no justificada, teniendo en cuenta que si bien, inicialmente, se pactó un plazo de duración de un año, prorrogable si no mediaba denuncia, por escrito de las partes, la continuación de su vigencia desde el año 1975 hasta el momento de su resolución, lo ha convertido en un contrato de duración indefinida. Cualquiera que sea la calificación que se dé al contrato —de agencia o de concesión—, la doctrina sentada por esta Sala en relación con la resolución unilateral de estos contratos por tiempo indefinido es aplicable en uno y otro caso. Dice la sentencia de 22 de marzo de 1988 que, «en torno al llamado pacto en exclusiva ha sentado esta Sala las siguientes conclusiones: Primero: Que dicho pacto, examinado por la jurisprudencia a partir de la sentencia de 23 de marzo de 1921 y definido en las de 29 de octubre de 1955 y 31 de diciembre de 1970, al orientarse en el sentido de evitar la concurrencia en el mercado, entraña una restricción a la libertad comercial de los contratantes que, como tal, no debe interpretarse en sentido amplio, sino limitado. Segundo: Que dado el *intuitu personae* que juega en los contratos de distribución de productos con pacto de exclusiva por la repercusión que en el patrimonio de cada contratante puede ocasionar la inactividad o falta de diligencia del otro, se suele acompañar en la práctica mercantil cuando se concierta sin fijación de plazo, de una cláusula de resolución *ad nutum*, con exclusión de resarcimiento de daños y perjuicios, que actúa como válvula de seguridad para compensarles del riesgo que mutuamente corren. Tercero: Que éste es el sistema seguido por nuestro Código Civil para todos aquellos supuestos en que entre los interesados medien relaciones obligacionales por tiempo indefinido, según se infiere de sus artículos 400, 1.052, 1.705, 1.732 y 1.750, es incluso de otros textos legales, como el artículo 279 del Código de Comercio. Cuarto: Que, tanto las legislaciones extranjeras como las disposiciones vigentes en nuestro país, que tratan de esa materia, adoptan medidas para evitar la prolongación *sine die* de los pactos de exclusiva estipulados por tiempo indefinido, bien concediendo a ambos contratantes la facultad de desistimiento unilateral, como sucede en el artículo 1.509 del Código Civil italiano, ya señalando un plazo de duración para los mismos, cual ocurre en el párrafo 2.º del artículo 13 del Reglamento de los Agentes de la Propiedad Inmobiliaria de 6 de abril de 1957. Quinto: Que la jurisprudencia de esta Sala proclama en sus sentencias de 18 de marzo y 28 de mayo de 1996, la necesidad de que dichos pactos no fueran ilimitados en el tiempo ni en el espacio, lo que da lugar a que el empleo de la denuncia unilateral del contrato no implique abuso en el ejercicio del derecho, por no darse éste cuando la persona a quien se atribuye no traspase los límites de la equidad y de la buena fe. Sexto: Que si no se pacta la fecha en que el contrato deja de producir sus efectos, no puede exigirse indemnización, pues podrá darse por concluido en la fecha que convenga al interés de las partes. Séptimo: Que la revocabilidad de los contratos de concesión en exclusiva, establecidos sin límite temporal por la sola voluntad de uno de los contratantes, debe entenderse sin perjuicio de las concurrencias de todo orden, singular-

mente indemnizatorias que podrán acompañar a la parte que decidiera abusivamente la resolución del vínculo —sentencias de 14 de febrero y 17 de diciembre de 1973 y 11 de febrero de 1984—», doctrina jurisprudencial que se recoge en sentencias de 27 de mayo de 1993, 16 y 17 de octubre de 1995, 10 de diciembre de 1996, 17 de noviembre de 1998 y 10 de marzo de 2000, entre otras.

V. sentencia de 16 de noviembre de 2000, anteriormente extractada.

Comentario. Estas dos últimas sentencias de 16 de noviembre de 2000 y 1 de febrero de 2001 (y las en ellas citadas) se ocupan de los contratos de agencia y de concesión, variedad del mandato y de la comisión mercantil; contratos que han proliferado en los últimos años en especial en el campo de los automóviles, produciendo litigios entre las partes (el concesionario y el concedente), generalmente concretados a los efectos de su extinción.

Ambas figuras contractuales, si bien tienen numerosas analogías, son diferentes, según tratan de establecer estas dos sentencias, que, a su vez, citan otras varias recientes, poniendo así de relieve la importancia adquirida por estos convenios.

Cuando no se pacta la fecha de extinción del contrato, convirtiéndose en duración indefinida, procede la denuncia unilateral, siempre que no implique abuso del derecho ni se traspasen los límites de la equidad y buena fe (sentencia de 1 de febrero de 2001).

Y es aquí, en la extinción del contrato, cuando se producen las mayores discrepancias, por las indemnizaciones procedentes, en especial en los artículos 28 (por clientela) y 29 (por daños y perjuicios) de la Ley de 27 de mayo de 1992, sobre contrato de agencia.

Además de la duración determinada o indeterminada del contrato, es elemento diferencial a tener en cuenta la dependencia del concesionario, de modo que no pueda organizar su actividad profesional conforme a sus propios criterios (art. 2.2 de la Ley), considerándose como concesión (ver sentencia de 8 de noviembre de 1995, citada en ambas sentencias comentadas), si bien, al parecer, se admite un tertius genus de concesión independiente.

Finalmente, el contrato de agencia se registrará por la Ley citada de 1992, mientras que el de concesión por el Código Civil (arts. 1.101 y siguientes y 1.124).

COMISION MERCANTIL. SI NO HAY JUSTA CAUSA NO PUEDE REVOCARSE EN LA HIPOTESIS DE QUE SE HAYA FIJADO SU DURACION EN EL CONTRATO DE COMISION. (SENTENCIA DE 15 DE NOVIEMBRE DE 2000.)

MEDIACION O CORRETAJE. EL MEDIADOR SOLO TIENE DERECHO A PERCIBIR HONORARIOS SI HA INTERVENIDO EN LA GESTACION Y PERFECCIONAMIENTO DE LA COMPRAVENTA O EL COMITENTE SE APROVECHA DE LAS GESTIONES REALIZADAS POR EL AGENTE. (SENTENCIA DE 21 DE OCTUBRE DE 2000.)

En el contrato de mediación o corretaje, el mediador ha de limitarse en principio a poner en relación a los futuros comprador y vendedor de un objeto determinado, pero en todo caso tal actividad ha de desplegarse en lograr el cumplimiento del contrato final, y así se entiende por la moderna doctrina en cuanto en ella se afirma que la relación jurídica entre el cliente y el mediador

no surge exclusivamente de un negocio contractual de mediación, pues las obligaciones y los derechos exigen además el hecho de que el intermediario hubiera contribuido eficazmente a que las partes concluyeran el negocio (sentencia de 2 de octubre de 1999).

Tiene declarado con reiteración esta Sala que dicho contrato está supeditado, en cuanto al devengo de honorarios, a la condición suspensiva de la celebración del contrato pretendido, salvo pacto expreso (sentencias de 19 de octubre y 30 de noviembre de marzo de 1994, 17 de julio de 1995, 5 de febrero de 1996 y 30 de abril de 1998).

SEGURO DE CREDITO. CESION DE CREDITOS. PACTO POR EL QUE PRECISA AUTORIZACION DEL CONTRATANTE ASEGURADOR PARA LA CESION DE CREDITO DE ASEGURADO CEDENTE A CESIONARIO. (SENTENCIA DE 10 DE OCTUBRE DE 2000.)

El pacto, que es válido, contenido en el contrato de seguro, que limita la transmisibilidad del crédito al exigir la aceptación de la Compañía aseguradora para la validez de la cesión del crédito: Nada impide que, al amparo del principio de la autonomía de la voluntad, se limite la cesión del crédito; es cierta la norma sobre la cesión de créditos que exige el simple conocimiento del deudor, pero se puede prever lo contrario.

PERFECCION DEL CONTRATO DE SEGURO. CELEBRACION Y FORMALIZACION DE LA POLIZA. (SENTENCIA DE 28 DE NOVIEMBRE DE 2000.)

La compañía aseguradora aceptó que los efectos del contrato se produjeran a partir del día 13 de noviembre de 1990, no obstante, que la póliza se suscribiera el día 11 de diciembre de 1990. Para salvar la contradicción que ofrece la retroacción del momento temporal al que se vincula el comienzo de la efectividad del contrato y la fecha de la póliza, no es preciso establecer como conclusión que la compañía de seguros no sabía lo que hacía asumiendo riesgos anticipados sobre un tiempo ya transcurrido, sino que la lógica de los hechos conduce razonablemente a pensar que el contrato como acuerdo de voluntades existía desde la fecha en que se aceptó la vigencia de la cobertura, de manera que, la llamada «celebración» por la sentencia recurrida no fue más que la formalización documental del contrato, siendo conocida la práctica usual en materia de seguros, de hacerse una proposición de contrato, que al ser aceptada y emitida posteriormente la póliza, ésta retrotrae sus efectos a la fecha de la proposición (sentencia del Tribunal Supremo de 7 de septiembre de 1990).

SEGURO DE VIDA. INTERPRETACION DE LA MENCION «HEREDEROS LEGALES» COMO BENEFICIARIOS; PADRE Y MADRE DEL ASEGURADO CON PREFERENCIA AL CONYUGE VIUDO. (SENTENCIA DE 20 DE DICIEMBRE DE 2000.)

Según el supuesto tercero contemplado en el artículo 85 de la Ley de Contrato de Seguro, «si la designación se hace en favor de los herederos sin

mayor especificación, se consideran como tales los del tomador del seguro que tengan dicha condición en el momento del fallecimiento del asegurado». A su vez, el inciso último del mismo artículo dispone que «los beneficiarios que sean herederos conservarán dicha condición aunque renunciaren a la herencia».

En el clausulado de la póliza en el apartado relativo a «Beneficiarios, cambio, cesión y pignoración» aparecía la mención «Herederos legales»; en tanto el apartado de las condiciones de la póliza, relativo a los beneficiarios, disponía que: «A falta de designación expresa, se seguirá el siguiente orden de prelación: 1.º Cónyuge. 2.º Hijos supervivientes del asegurado por partes iguales. 3.º Padres del asegurado por partes iguales o el superviviente de los dos. 4.º A quien en derecho corresponda».

El artículo 85 de la Ley de Contrato de Seguro es una norma interpretativa especial destinada a salvar las dudas que pudiera plantear la designación de los beneficiarios de un seguro de vida. Y precisamente contempla una designación como la efectuada aquí en la casilla del certificado individual más específicamente destinada a ello, es decir, la de los «herederos legales», sin mayor especificación, disponiendo entonces que tengan la consideración de beneficiarios quienes sean herederos en el momento del fallecimiento del asegurado. Hubo por tanto una «designación expresa», aunque no específica, contemplada en las condiciones de la póliza como excluyente del orden de prelación establecido para el caso de faltar dicha designación, y así como esta designación dejó sin efecto aquel orden de prelación, la norma aplicable acto seguido, inciso tercero del citado artículo 85, permitió concretar quiénes eran los beneficiarios del seguro incardinables en la mención «herederos legales», es decir, el padre del asegurado fallecido, declarado heredero abintestato, y también la madre, porque con arreglo al inciso último del mismo artículo 85 conservaba su condición de beneficiaria pese a haber renunciado la herencia.

CONTRATO DE SEGURO AGRARIO COMBINADO. TASACION PERICIAL PREVIA AL PROCESO. CARACTER NO DIRIMIENTE DEL TERCER PERITO. VALIDEZ DEL DICTAMEN EN CUANTO A VALORACION CONJUNTA; INVALIDEZ POR APARTARSE SIN JUSTIFICACION DE LAS REGLAS DE VALORACION APLICABLES. (SENTENCIA DE 20 DE ENERO DE 2001.)

Resulta, como doctrina especialmente aplicable al caso, que la labor del tercer perito «no es la de dirimir, sino la de dictaminar junto con los otros dos, y ese es el dictamen (conjunto siempre) que ha de atacarse o impugnar judicialmente» (sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 1992); que dado el carácter imperativo del procedimiento extrajudicial para la liquidación del daño previsto en el artículo 38 de la Ley del Contrato de Seguro, «su regulación garantiza unos mínimos de derecho necesario, de marcado interés público, impuestos por ley y sustraídos a la voluntad de las partes» (sentencia del Tribunal Supremo de 17 de julio de 1992); que el artículo 38 de la Ley de Contrato de Seguro exige que haya habido discusión «entre el perito tercero y los designados por las partes en que, previa deliberación de las cuestiones sometidas a la pericia, se hubiera podido llegar a un dictamen adoptado bien por mayoría, bien por unanimidad» (sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 1995); que «los peritos no actúan como asesores, sino como decisores, en una actividad próxima a la propia de árbitros», debiendo el dictamen

de los tres peritos ser «conjunto siempre» (sentencia del Tribunal Supremo de 5 de junio de 1999), citando las de 17 de julio de 1992 y 14 de julio de 1992) y, en fin, que «el legislador quiere que el dictamen final sea obra conjunta» (sentencia del Tribunal Supremo de 9 de octubre de 2000).

La sentencia de 17 de julio de 1992 reconocía en el procedimiento extrajudicial del artículo 38 de la Ley de Contrato de Seguro, unos «mínimos de derecho necesario, de marcado interés público», a lo que añadía lo siguiente: «Así pues, aunque el perito designado por la parte mantenga internamente con ésta una relación contractual que le hace acreedor a honorarios y otros devengos, ello no quiere decir que una vez que acepta su encargo, dependa de ésta para cumplimentarlo, antes bien, debe evacuarlo con la mayor prudencia y ecuanimidad, pues en tal tarea compromete su leal saber y entender (y en el caso de las entidades que administran pericias extrajudiciales su reputación y fiabilidad), en atención a que de su dictamen nacen efectos que no vinculan a una sola parte sino a ambas, con eficacia inicial para la composición del conflicto de intereses surgido; todo ello por ministerio de la ley y no *ex contractu*, entonces, cabe establecer que el deber que *ex lege* asume el perito o la entidad que ha asumido la administración del peritaje, al tener como destinatarios a ambas partes, no permite que se considere a la parte que no lo propuso, ni lo designó, pero que con su conducta determinó someterse al dictamen, como un tercero ajeno a la relación jurídica de que se trata, pues la relación que en este caso prevalece no es la contractual entre perito y aseguradora sino la doble que nace por obra de la ley, vinculando al perito con cada una de las partes en el extremo concerniente al cumplimiento de su encargo y a responder de su conducta por omisiones o acciones culposas». Y la también citada sentencia de 19 de junio de 1995, no sólo consideró nulo el dictamen pericial sometido a su examen por falta de deliberación sino, además, por carecer «de todo rigor para alcanzar una valoración del daño producido y la consiguiente indemnización, pues incluso se incluyen en esa operación aritmética las valoraciones hechas por la aseguradora y por su perito, careciendo ese supuesto dictamen pericial de todo elemento de juicio que permita apreciar su objetividad en caso de impugnación por alguna de las partes».

R. S. de F.

INFORMACION BIBLIOGRAFICA

ARENAS GARCÍA, RAFAEL: *Registro Mercantil y Derecho del Comercio Internacional*. Centro de Estudios Registrales del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Madrid, 2000. Un tomo de 478 págs.

No descubrimos el Mediterráneo al decir que el Registro Mercantil es la institución u oficina en la cual se hacen constar documentalmente las vicisitudes jurídicas de los empresarios, sean individuales o colectivas, así como los actos de los mismos que tengan trascendencia respecto a terceros. Su finalidad principal va encaminada a dar publicidad legal, con presunción de conocimiento por todos, de la existencia de dichos empresarios y de aquellos de sus actos que se determinan por el ordenamiento jurídico.

Su paralelismo y analogía con el Registro de la Propiedad son evidentes en lo que se refiere a esa finalidad de publicidad encaminada a proporcionar una mayor seguridad jurídica, pero son diversos los sistemas de llevanza, pues en el Mercantil rige el folio personal, a diferencia del folio real que caracteriza al Registro de la Propiedad. Con todo, la fuerza mantenida por la precisión técnica del Derecho Inmobiliario Registral hace que muchas de las premisas del Registro de la Propiedad se hayan introducido en el Registro Mercantil, aplicando, aunque no siempre, los llamados principios hipotecarios formulados inicialmente para el primero.

Las normas por las que se rige el Registro Mercantil, el Código de Comercio y el Reglamento de 1989, inicialmente dadas con una visión predominantemente nacional, tienen actualmente una aplicación más amplia en cuanto que el comercio *per se* comporta una extensión internacional, ahora mucho más acusada por la rapidez de los medios de transporte y la mayor facilidad de los medios técnicos de comunicación.

Y este aspecto es el que contempla prioritariamente el autor de este libro, RAFAEL ARENAS GARCÍA, Profesor Titular de Derecho Internacional Privado de la Universidad Autónoma de Barcelona, quien enfoca aquí el estudio de la actividad internacional de los comerciantes y sociedades desde el prisma de su publicidad registral en la esfera del comercio exterior, a lo largo de tres capítulos. En ellos estudia las operaciones propias del comercio internacional que tiene acceso al Registro Mercantil, tratándolas por tanto desde la perspectiva registral, aunque incorporando los planteamientos sustantivos.

El primer capítulo lo dedica el autor a estudiar el tema introductorio de la publicidad en el Registro Mercantil, comenzando por una pincelada histórica al contemplar la primitiva matrícula de comerciantes existente en la Edad Media, que no ejercía propiamente una función de control de las sociedades, sino más bien la publicidad de las entidades extranjeras. En su iter hacia los modernos registros, la publicidad de los poderes es un paso fundamental. Estudia el autor la competencia personal y territorial de esas matrículas como antecedente del paso a los Registros Mercantiles modernos, lo que en España ocurre con el Código de Comercio de Sainz de Andino de 1829, en el que ya se adopta el

folio personal, con lo que se configura como un registro de comerciantes, al igual que ocurre en Francia y hasta en Alemania e Italia, aunque en estos últimos países se adopta más bien a la empresa como sujeto inscribible.

Una vez presentados los trazos históricos, se estudia en este capítulo, ya dentro de la regulación actual del Registro Mercantil, la publicidad del empresario individual, la de las acciones de personas y la publicidad de las sucursales. En cuanto al empresario individual se plantea el autor el ámbito territorial del Registro Mercantil, que se puede obtener a través de tres conexiones posibles: la nacionalidad del comerciante, el domicilio o la realización de actividades comerciales, etc.; este último supuesto parece ser el aceptado por nuestro Código de Comercio, que considera comerciantes a los que teniendo capacidad para el comercio se dedican a él habitualmente y su extranjería se denotará en el Registro mediante hacer constar su nacionalidad que resultará de la documentación correspondiente. En el libro se estudia el procedimiento de inscripción y los supuestos de matrimonio y cambio de domicilio. También se contempla la función de la publicidad registral de las sociedades de personas y la competencia material y territorial del Registro Mercantil en estas sociedades cuando presenten supuestos heterogéneos, en especial para dar publicidad a las sucursales en el territorio nacional de las sociedades personalistas extranjeras.

El capítulo segundo, que es muy amplio, pues ocupa más de 200 páginas, se dedica al Registro Mercantil cuando publica las sociedades de capital y sus actuaciones jurídicas, resaltando la trascendencia que tiene el Derecho societario en el tráfico mercantil. Para determinar el grado de relevancia de este tráfico en el Registro Mercantil hay que tener en cuenta los efectos sustantivos que se conceden a este acceso al Registro y el alcance del margen de valoración por parte de las autoridades de la nación. El primer control que habrá de realizarse para el acceso de una sociedad es el de la actuación formal de los documentos y eso lleva consigo la necesaria calificación del Registrador.

En cuanto a la delimitación del ámbito del Registro Mercantil habrá que tener en cuenta, como es natural, la nacionalidad y el domicilio de la sociedad, por ser importante el papel que desempeña el Derecho nacional de acuerdo con el cual se hayan constituido estas sociedades de capital; la constitución válida de una sociedad extranjera quedará justificada mediante la correspondiente certificación del Registro extranjero de origen, según el artículo 5.3 de nuestro Reglamento. La transferencia de la sede social de un Estado a otro se ha considerado tradicionalmente como una posibilidad interesante desde un punto de vista teórico, aunque de escasa o nula virtualidad jurídica, según el autor, quien desarrolla su planteamiento y estudia lo que llama emigración de sociedad, con especial referencia a los cambios de sede de las formas societarias europeas.

También contempla el libro la participación de personas extranjeras en sociedades nacionales. Los socios de una persona jurídica pueden, a su vez, ser otras personas jurídicas; esta posibilidad permite que las sociedades operen en Estados diferentes de su nacionalidad de origen y entonces, a falta de normas específicas, habrán de solucionarse sus problemas a partir de las normas generales sobre Derecho Internacional Privado, que el autor nos expone con detalle, respecto a las aportaciones sociales y su tratamiento en el Registro Mercantil, según sean bienes situados en el extranjero o acciones de sociedades extranjeras, con atención también a la incidencia que puede tener la normativa sobre inversiones extranjeras.

Termina el capítulo segundo con el estudio del funcionamiento empresarial de las sociedades y su reflejo en el Registro Mercantil, especialmente en lo que respecta a los órganos sociales, publicidad de los acuerdos, la llevanza de los libros sociales, nombramiento de auditores y expertos independientes y presentación de cuentas, para finalizar con los cambios empresariales, producidos o no por la crisis social, y que se manifiestan en la fusión, escisión, transformación y hasta la disolución de la sociedad.

El tercero y último capítulo del libro se dedica a los instrumentos que se pueden presentar en el Registro Mercantil en cuanto tienen relación con entidades extranjeras, y por tanto precisan de un tratamiento normativo afectado por la doctrina del Derecho Internacional Privado.

En primer lugar se estudian los requisitos para la admisión y reconocimiento de documentos extranjeros, sean judiciales o extrajudiciales, tanto en sus exigencias formales cuanto en lo que respecta a su contenido y efectos. Todo ello depende, naturalmente, del Derecho que se considere aplicable, por lo que será a veces indispensable conocer el Derecho extranjero que proceda, a la hora de adecuar sus normas al Registro Mercantil y, en consecuencia, proceder a la obtención, aplicación y prueba de ese Derecho extranjero competente.

Apartado interesante es el de la colaboración registral que tiene lugar normalmente mediante los certificados de Registros extranjeros, procedimiento utilizado en la práctica para suplir la falta de una regulación adecuada de la cooperación internacional entre Registros, pese a que esta cooperación resulta imprescindible para evitar que los Registros de distintos Estados publiquen datos diferentes sobre los mismos sujetos.

Termina el autor este interesante libro deseando que esta cooperación registral internacional se base en la comunicación directa entre autoridades registrales, lo que precisará forzosamente de algún tipo de articulación convencional, que actualmente no existe.

MARÍA DEL CARMEN CORRAL GIJÓN

BARRAGÁN BARRAGÁN, JOSÉ: *Algunas consideraciones sobre los cuatro recursos de amparo regulados por las Siete Partidas*. Universidad de Guadalajara (México). Guadalajara, 2000. Un tomo de 112 págs.

Cuando vemos los recursos de amparo resueltos por el Tribunal Constitucional en el suplemento del Boletín Oficial del Estado, no tenemos por qué pensar que se trata de un remedio, más o menos moderno, de atender las peticiones de los ciudadanos que se sienten injustamente tratados en anteriores instancias judiciales.

He aquí un curioso e interesante estudio que nos viene a descubrir que el recurso de amparo ya existió, en sus diversas formas, en España desde la Edad Media y que estuvo detalladamente regulado en el Código de las Siete Partidas de nuestro Alfonso X. Calificamos de curioso el libro, no sólo por la peculiaridad del tema, sino porque haya sido editado en México y escrito por un jurista mejicano, aunque éste realizó los estudios de la Licenciatura y el Doctorado en Derecho en la española Universidad de Valencia, lo que le ha hecho conocer nuestra historia jurídica. Aquí lo refleja en una figura que ha estudiado para su país, pero cuyos antecedentes son españoles.

No en vano, como nos dice el autor en la introducción, debe recordarse que las Partidas estuvieron aplicándose en México hasta bien entrado el siglo XIX, ayudando a resolver el problema de la salvaguarda de las libertades y derechos de la persona humana.

Según el autor, son las Partidas las que dieron consagración definitiva al amparo para el mundo de las instituciones jurídicas, regulándolo en el Título XXIII de la Tercera Partida, que consta de una introducción y 29 leyes en total. Comienza diciendo este Título: «E este amparamiento es en quatro maneras, ca o es por alçada, o por pedir merced al rey, i por entregamiento que demandan los menores por razón de algún juyzio que sea dado contra ellos o por querella de algún juyzio que digan que fue dado falsamente, o contra aquella ordenada manera que el derecho manda guardar en los juyzios».

Veamos cómo refleja el libro estos cuatro tipos de amparo:

1. *Recurso de amparo por alzada*. Se autoriza contra las sentencias firmes o definitivas dadas torticeramente, a petición de parte que tenga interés legítimo en el juicio, aunque se prohibía el recurso a quienes hubieran sido condenados en rebeldía, así como a los malhechores conocidos. Cabe la alzada en toda clase de juicios respecto a fallos firmes o definitivos, pero no se admite la alzada contra las resoluciones emanadas del rey o las sentencias de los adelantados mayores. Solamente procede la alzada contra aquella de la sentencia que contenga el agravio. La alzada no es una instancia más dentro de un proceso, porque exige como regla general que se interponga contra sentencia firme o definitiva. Los efectos que produce son la suspensión de la ejecución de lo ordenado por el acto contra el cual se interpone. La alzada puede interponerse ante el juez que tiene un grado superior o directamente ante el rey.

2. *Amparo directo al rey*. Se regula en el Título XXIV de la Tercera Partida, como una merced real que «mueve a los Reyes a piedad contra aquellos que la han menester e la piden a tiempo, o en sazón que lo devan fazer». Pueden pedir la merced los hombres libres y no los esclavos: debe hacerse de manera humilde y respetuosa y en términos muy breves, o sea «omildosamente fincados de ynojos e con pocas palabras». No se autoriza este amparo cuando sea susceptible de alzada, cuando se sigan daños al rey o al reino o cuando se pretenda obtener la condonación total de alguna deuda... Sus efectos se traducen en la revocación total o parcial de la sentencia o fallo contra la que se pide el amparo.

3. *Amparo a favor de los menores*. No eran tan menores, como comenta el autor, pues se habla de menores de veinticinco años, a fin de ser protegidos en aquellos juicios en los que no hubieran podido defender. El Título XXV de la misma Tercera Partida lo regula como una verdadera *restitutio in integrum* y podían acudir a este remedio dichos menores, pero estando presentes sus curadores legales o por medio de algún otro personero o representante legal. Los agravios a remediar podrían tener por causa la misma minoría de edad o ineptitud del menor o del encargado de cuidarlo, bien por engaño de una tercera persona, debiendo probarse el daño. Los amparos de restitución se habían de interponer ante el juez del lugar, que normalmente será el mismo que hubiera dictado la sentencia lesiva. Su efecto era volver las cosas al mismo estado que tenían antes de comenzar el juicio contra cuya sentencia se hace valer el amparo.

4. *Amparo contra sentencias dadas violando la ley o fuero*. El Título XXVI de la dicha Tercera Partida lo encabeza diciendo: «Como se puede dasatar el

juyzio que es dado por falsas cartas o por falsas pruebas o contra ley». Se trata de una querella o recurso que se interpone contra una resolución que causó agravio porque fue dada falsamente o violando las normas del procedimiento. Hay, por tanto, dos supuestos, la falsedad o la violación de normas del procedimiento. La falsedad es, «según dixerón los sabios antiguos, mudamiento de la verdad»; el otro supuesto es cuando el fallo se dio «contra ley e contra la ordenada manera que debe ser guardada en los juyzios». Se admite la legitimación activa en este amparo en favor de todos los sujetos que, gozando de capacidad legal para actuar, pudieran verse agraviados por la resolución judicial en cuestión aunque no fueran parte en el sentido formal del proceso. Cuando se trate de supuestos de falsedad, el amparo se pide al mismo juez; cuando es amparo contra ley o fuero, no se dice expresamente, pero parece natural, dice el autor, que se usase ante un juez de categoría superior y, en todo caso, por amparo directo de merced o gracia al rey. Este amparo procedería cuando se contase con los elementos necesarios para probar la falsedad, así como cuando se pudiese demostrar que el fallo anterior se hubiera dado contra ley o fuero. Sus efectos se traducían en una *resitutio in integrum*.

A continuación de los supuestos resumidos que recogen y regulan expresamente las Partidas, el autor examina, a modo de complemento, las modalidades de recurso de amparo que pudieron tener influencia en la actual legislación mejicana. Así repasa las estudiadas en las discusiones de las Cortes de Cádiz de 1810 a 1813, que en este punto, y en lo que se refiere a México, tomaron como precedentes el amparo posesorio de las Leyes de Indias.

A través de estos antecedentes legislativos, sobrevivieron los reales amparos en México. Así lo refleja el autor, recogiendo varias sentencias muy ilustrativas, donde se reconocen los orígenes españoles de estos procedimientos de amparo.

Es por ello, y lo repetimos, un libro muy curioso e interesante.

MARÍA DEL CARMEN CORRAL GIJÓN

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*. Editorial Aranzadi, 2000. 1567 págs. Con apéndices.

Nos advierte REBOLLEDO VARELA del acento crítico de la doctrina ante cualquier ley innovadora... Es, precisamente, esa orientación crítica, el hilo conductor de estos «Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación».

Se trata de la obra de una pléyade de comentaristas, que al margen de sus discrepancias, están de acuerdo acerca del carácter defectuoso y contradictorio de la ley, de la que destacan su trazado asistemático y su complicado juego de remisiones. Ello, tal vez, hubiera servido como anuncio de una estructura, según el modelo de un principio nuevo, pero se opta por presentar los comentarios ordenados según la enumeración legal.

Si nos detenemos, siquiera sea someramente, en el trabajo de los distintos autores de estos comentarios, y sin realizar un repaso exhaustivo que rebasaría los límites de esta recensión, puede señalarse, como R. BERCOVITZ y GONZÁLEZ PACANOWSKA enfrentan y desmienten, la extendida opinión de que las condiciones generales de la contratación se refieren únicamente a los elementos accidentales del contrato. Una cosa es el alcance objetivo de las condicio-

nes generales y otra el necesario respeto a las leyes de la economía social de mercado que deja la determinación del precio al juego de la competencia y de las fuerzas de la oferta y la demanda.

DÍAZ ALABART recoge las disposiciones del Código de Protección al Consumidor Brasileño de 1990, sobre interpretación favorable al consumidor, así como los proyectos argentinos en ese mismo sentido, considerando, sin embargo, que no es necesario un precepto específico de ese tenor en nuestro ordenamiento, porque la regla de interpretación favorable al consumidor ya está presente, aunque sin ser formulada, en nuestro Derecho a través de la Constitución. En una línea coincidente, BERCOVITZ (1) desliza con agudeza, una idea de gran fuerza, al decir que «El profesional o empresario podrá pues imponer al consumidor cuantas cláusulas predisuestas quiera a favor de este último y en su propio perjuicio, sin que las mismas puedan ser calificadas de abusivas y consecuentemente nulas, de acuerdo con el artículo 10.bis.2», la cual, en mi opinión, constituye una clave importante para apreciar el fundamento de la obligatoriedad de las condiciones generales de la contratación, a saber, las únicas condiciones que el predisponente puede imponer al adherente sin su consentimiento son las condiciones, que en una consideración global del contrato sean directa o indirectamente beneficiosas para el adherente (2).

(1) BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coordinador), *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Aranzadi, 2000, pág. 757.

(2) Sobre esa idea central, se ofrece, a grandes rasgos, un breve desarrollo de la opinión que se defiende:

1. EL BENEFICIO DEL ADHERENTE COMO FUNDAMENTO DE LAS CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACION.

Como hemos visto en la opinión de BERCOVITZ, es evidente que el predisponente puede introducir condiciones generales de la contratación obligatorias para el adherente siempre que, en una consideración global, resulten beneficiosas para el adherente. El fundamento de la obligatoriedad de las condiciones generales estaría, entonces, en el beneficio resultante para el adherente, que acepta el clausulado en abstracto, sin consentirlo propiamente.

El adherente tiene que aceptar las condiciones generales limitativas (resolución en casos especiales, limitación de responsabilidad, etc.) si quiere obtener algunas ventajas. La ventaja global es la que justifica la introducción de la condición general limitativa.

El predisponente puede introducir también cláusulas neutras: pero esas cláusulas, como las limitativas, no deben defraudar las expectativas racionales del adherente, fundadas en las circunstancias, los usos, las costumbres, la moral social, la publicidad, la buena fe, los pactos expresos del contrato, las normas dispositivas, la causa o tipo contractual, los tratos previos, etc. En suma, en esas previsiones, según el Considerando 16 de la Directiva 13/93/CEE, el predisponente ha de tener en cuenta los intereses legítimos de la otra parte. Con ello, para juzgar sobre el beneficio o sobre desequilibrio, hemos de acudir al Derecho dispositivo y las expectativas razonables del adherente en relación con las circunstancias que rodean la celebración del contrato, que nos sirven de módulo para apreciar el beneficio o perjuicio de la cláusula.

2. CLAUSULAS BENEFICIOSAS

Como vemos, las cláusulas beneficiosas lo pueden ser directa o indirectamente. Si lo son directamente: no plantean problemas, su incorporación al contrato y fuerza contractual son evidentes, sin perjuicio de la prevalencia de las que consten en la publicidad sobre las menos beneficiosas del contrato.

También R. BERCOVITZ y BADENAS CARPIO se suman, a la opinión que comparto, de que la LCGC abre la puerta y establece, aunque sea con dificultades, el control del contenido en los contratos entre profesionales.

DÍAZ ALABART acomete el estudio de las reglas de interpretación de las condiciones generales partiendo de la base, con frecuencia olvidada en la doctrina, de que las condiciones generales de la contratación no representan la voluntad común de las partes, sino que responden a la imposición unilateral del predisponente.

La misma autora pone de relieve el ataque que a la confianza en el mercado y a las legítimas expectativas del adherente suponen las cláusulas oscuras. DÍAZ ALABART conecta las reglas de interpretación del artículo 6 de la LCGC con las cláusulas abusivas descritas en los apartados dos y ocho de la

Si lo son indirectamente: son las que se refieren a las cláusulas limitativas o restrictivas de derechos. Sobre ellas se concentra todo el peso del problema de las cláusulas abusivas y de la obligatoriedad del resto de condiciones generales.

En términos generales, entiendo que la cláusula indirectamente beneficiosa, tiene la apariencia de perjudicial: es limitativa o restrictiva de derechos del adherente, pero en el fondo beneficia al consumidor en tanto que accede a un bien o servicio codiciado y que le resulta muy beneficioso: lo consigue a un precio asequible, con garantías prolongadas, etc.

La cláusula indirectamente beneficiosa lo es porque su apariencia perjudicial o limitativa de derechos del adherente es compensada por otro elemento contractual que, en una consideración global, nos permite decir que el contrato de adhesión es beneficioso para el adherente: se cargó de letras con condiciones leoninas pero consiguió el coche.

La ventaja contractual que justifica la introducción de la cláusula limitativa, en ocasiones, consiste en que la cláusula, una limitación de responsabilidad del predisponente, por ejemplo, es condición de posibilidad para una oferta de las características concretas de que se trate: se excluye el saneamiento por vicios ocultos porque se trata de coches muy baratos de segunda mano.

3. EL ARTICULO 3 DE LA LEY DE CONTRATO DE SEGURO

Este precepto nos da pie para apoyar la diferencia entre condiciones generales de la contratación, directamente beneficiosas para el adherente e indirectamente beneficiosas o limitativas.

Recoge también el postulado fundamental en materia de condiciones generales: éstas en ningún caso podrán tener carácter lesivo para los adherentes: luego habrán de ser beneficiosas o neutras.

Las condiciones limitativas de derechos, al tener que ser indirectamente beneficiosas, ya que no pueden ser lesivas, obligan al adherente, aunque no las acepte individualmente, pero se estima como garantía que debe aceptarlas por escrito.

Donde se centra la incógnita sobre el poder normativo del profesional es precisamente en estas cláusulas, que obligan, no por ser una imposición del predisponente, es decir, no por ser fruto de un poder normativo externo al contrato, sino porque son condición de existencia de un contrato, que globalmente es beneficioso para el adherente: ya se sabe, la producción masiva facilita el acceso a bienes que fueron una vez de lujo, precios más bajos, garantías amplias, asistencia de calidad y otras ventajas que, sin especiales normas contractuales, tal vez serían excesivamente gravosas o difícilmente ofertables por los profesionales.

En definitiva, estas condiciones crean un mercado donde antes no existía por la incapacidad del adherente de acceder al mismo. Piénsese en la España de los cincuenta y la dificultad de acceso al automóvil, los electrodomésticos o la vivienda. ¿Cómo se habrían convertido estos bienes de lujo en bienes de consumo masivo sin el crédito al

Disposición Adicional primera de la reformada LGDCU, poniendo de relieve la identidad entre la reserva de facultades interpretativas por el predisponente y la de facultades modificativas unilaterales.

GONZÁLEZ PACANOWSKA recoge la doctrina alemana de la abusividad de las condiciones generales por falta de transparencia, punto nodal donde confluyen los controles de inclusión, contenido y control causal del contrato de adhesión sobre la base de rechazar la distorsión producida en la percepción del adherente, que espera determinadas consecuencias en orden a la onerosidad del contrato en atención al tipo causal adoptado y la confianza suscitada por hechos objetivos del predisponente que son desmentidos por una cláusula oscura y escondida introducida por el mismo, que puede incluso afectar al precio, lo que, de otro lado, nos conduce al estudio de las cláusulas insólitas.

Defendiendo una doctrina minoritaria, PASQUAU LIAÑO enfrenta el déficit de consentimiento del contrato de adhesión y pone de manifiesto que el problema de la naturaleza, contractual o normativa, de las condiciones generales de la contratación, no se halla todavía resuelto. A la par realiza una esclarecedora crítica a la bipartición tradicional entre nulidad y anulabilidad, que él llama concepción dual o bipartita de las nulidades, y propugna un tratamiento fragmentario y diferenciado para el problema de la ineficacia del contrato de adhesión, problema que, a su juicio, no puede ser resuelto mediante el simple esquema de la nulidad y la anulabilidad, sino dando un tratamiento diferenciado a las diferentes cuestiones, como son la legitimación para reclamar la abusividad, la intervención, rogada o de oficio, del juez en su apreciación, el plazo de ejercicio de la acción de abusividad y las posibilidades de convalidación de la cláusula abusiva.

Destaca el extenso estudio de BARONA VILAR sobre las acciones colectivas donde, tras un claro análisis de los aspectos procesales, con la exposición, por ejemplo, de la teoría alemana de la eficacia normativa de la cosa juzgada o del problema de la necesidad o no de tipificación de las acciones colectivas para asegurar su viabilidad, o de las diferencias entre los conceptos de acción y pretensión, sin olvidar el juego de las acciones colectivas en las leyes de publicidad y competencia desleal como antecedentes de la tutela privilegiada introducida por el artículo 12 de la LCGC, y tras un detallado estudio de los diferentes in-

consumo, las ventas a plazos, los préstamos hipotecarios y su secuela de contratos de adhesión y su carga de cláusulas limitativas?

Por otro lado, la perspectiva del beneficio del adherente como criterio de legitimación de las condiciones generales, nos ayuda a comprender la vigencia en materia de contratos de adhesión de un principio asimétrico de protección del adherente que, con distintas expresiones (principio *pro consumatore*, pro asegurado) tiene su aplicación en múltiples campos, como el de las reglas semiimperativas (art. 2 de la Ley de Contrato de Seguro, arts. 8.2, y 27.1 LGDCU) y su correlato en el Derecho Internacional Privado de la técnica de la ley elegida en función del resultado más favorable, la regla *contra proferentem*, los efectos de la sentencia *secundum eventum litis*, la legitimación exclusiva del adherente en la nulidad de condiciones generales de la contratación, la intervención procesal del adherente individual aprovechándose de todos aquellos trámites anteriores de las otras partes del proceso colectivo que le beneficien pero sin sufrir los que le perjudiquen, la regla de prevalencia de la condición negociada sólo si es más beneficiosa que la general, la preferencia de la nulidad parcial en beneficio del adherente, la posibilidad de que la norma sectorial, incluso reglamentaria, mejore el nivel de protección del consumidor de la LGDCU...

tereses que autorizan la legitimación colectiva y difusa de las entidades de defensa de los consumidores, destaca la fundada caracterización como colectiva de la llamada acción o pretensión accesorio de prestación pecuniaria del artículo 12.2 de la LCGC en su redacción dada por la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, de modo que la naturaleza y juego de la citada pretensión pecuniaria son objeto de una excelente exposición incardinada en el nuevo régimen que la ley rituaría diseña para la tutela privilegiada de los derechos de consumidores y adherentes. También se realiza un convincente estudio sobre la acción merodeclarativa de reconocimiento de una cláusula como condición general, que a pesar de su escasa trascendencia práctica, ilumina sobre el juego procesal de la pretensión merodeclarativa en general, y en particular de otra pretensión merodeclarativa de tanto relieve, sin embargo, como es la pretensión atípica y autónoma merodeclarativa de nulidad de una condición general *prius lógico*, por otra parte, de la acción de cesación. Esclarecedor también es el meticuloso examen de cada una de las pretensiones colectivas, tanto típicas: merodeclarativa de reconocimiento, declarativa de condena de cesación, declarativa de condena de prohibición de uso futuro; como atípicas, como la merodeclarativa autónoma de declaración de nulidad de una cláusula abusiva, que ayuda a la comprensión de un precepto tan complejo como el citado artículo 12 de la LCGC. Incidentalmente resulta de agradecer la exposición, como de pasada, pero con gran claridad y concisión del nuevo régimen de las pretensiones de ejecución en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

REBOLLEDO VARELA llega a la conclusión, por medio de la exhibición de argumentos de peso, de que es difícil no admitir el efecto *ultra partes* de la sentencia recaída con ocasión del ejercicio de una acción colectiva, a su juicio, esa fuerza *ultra partes* hace que la misma sentencia despliegue efectos directos sobre los contratos anteriormente celebrados por el predisponente con otros adherentes.

Desde otro punto de vista, ATAZ LÓPEZ equipara el Registro de Condiciones Generales con un simple repertorio público de sentencias; sin embargo, nos parece que el nuevo registro tiene efectos evidentes como son los cifrados en el hecho de que la inscripción voluntaria de un clausulado equivale en fuerza al de la sentencia declarativa de que una cláusula contractual es condición general; o el de inmunizar a las cláusulas inscritas contra la acción colectiva transcurridos los dos años de prescripción que establece el artículo 19; por no citar el hecho de que la inscripción facilita el conocimiento del plazo inicial de prescripción cuando la acción colectiva revive como consecuencia de haberse obtenido una sentencia individual de nulidad o de no incorporación de condiciones generales; o la importancia de facilitar a los adherentes un título, de modo sencillo, para poder acogerse a los efectos de las sentencias colectivas mediante la correspondiente certificación. Otros efectos, no tan evidentes, pero resultantes de la reflexión, son los que, como pone de manifiesto MADRIDEJOS en otro lugar de esta obra, se refieren a la obligación de notarios y registradores de conocer el contenido del registro a tenor de lo que previene el artículo 23.II de la LCGC; del mismo modo parece que el profesional predisponente, en cumplimiento de la diligencia agravada que soporta en el ejercicio de su profesión, debe conocer el registro a fin de evitar el ilícito recogido en el nuevo artículo 34.9 de la LGDCU, como señala TRAYTER; sin olvidar que de esa misma obligación de conocer el registro se desprende otra: la obligación que el registrador de condiciones generales tiene de denegar el depósito de condiciones generales declaradas abusivas en sentencia inscrita en el Registro de Condiciones Generales.

Analiza ATAZ, en su extenso estudio sobre el Registro de Condiciones Generales, temas como la eficacia *ultra partes* de las sentencias colectivas de nulidad, eficacia que se quiere atribuir en exclusiva a la misma sentencia, con lo que, a mi modo de ver, se deprecia el papel de la publicidad legal al no reparar, ni siquiera mínimamente, en los efectos civiles de la cognoscibilidad registral. Se detiene también este autor en la defensa de la inscribibilidad de las sentencias desestimatorias de acciones colectivas, y pone de manifiesto, agudamente, los problemas que plantea de cara a los predisponentes la cancelación de la inscripción de persistencia de utilización de condiciones generales abusivas.

Crítica ATAZ la actuación parlamentaria que vació de sentido lógico el dictamen de conciliación para el que destierra cualquier consideración positiva, como pudiera ser, al menos el intento legislativo de ofrecer a profesionales y entidades legitimadas una fórmula de conciliación que disminuyese la litigiosidad a la par que asegurase la eliminación de las cláusulas abusivas.

MADRIDEJOS FERNÁNDEZ se detiene en el papel del notario como redactor del instrumento público en la tarea de purificar de cláusulas abusivas los contratos de adhesión que adoptan la forma pública, pero pasa por alto el reconocimiento por una norma con rango de Ley, como es la LCGC, del carácter de profesional del Derecho del Notario, norma que le atribuye expresamente funciones de control de la legalidad, así en el artículo 23 respecto de los requisitos de inclusión, pese a lo cual califica a esa ley reiteradamente como innecesaria y superflua. Es precisamente ese reconocimiento legal, ausente en la Ley del Notariado, el que pone la nota de profesionalidad del Notario al amparo de argumentos como los esgrimidos por la sentencia del Tribunal Supremo, de 31 de enero de 2001, respecto a la falta de respeto a la reserva de ley y a la jerarquía normativa de determinados preceptos del Reglamento Hipotecario.

Una postura favorable a que los efectos *ultra partes* de la sentencia de nulidad de condiciones generales se extiendan a otros predisponentes del mismo sector, además del condenado, la encontramos en TRAYTER JIMÉNEZ, si bien de modo indirecto al tratar la sanción administrativa consagrada en el nuevo artículo 34.9 de la LGDCU. Por otro lado, mientras ATAZ considera un error de la ley identificar, en orden a su inscripción en el Registro de Condiciones Generales, las sentencias recaídas en procedimientos individuales y colectivos, TRAYTER no ve motivos para un tratamiento diferenciado de las mismas por el artículo 24 LCGC, partiendo de la misma obligación de inscripción que pesa sobre dichas sentencias con independencia de que sean el resultado de una acción individual o de una colectiva.

GONZÁLEZ LAGUNA, en su análisis de la información registral, pone de manifiesto la falta de cultura específica de protección del consumidor, tanto por parte de la Dirección General de los Registros y del Notariado como de los registradores, lo que a mi juicio, tal vez justifica el múltiple tratamiento que las funciones de los llamados profesionales oficiales recibe en la LCGC, y fundamenta la necesidad de una reforma especial de la Ley Hipotecaria, precisamente, en la ley comentada.

Mención aparte merece el estudio de la lista negra o seminegra de cláusulas abusivas. A lo largo de casi quinientas páginas, los autores nos desvelan infinidad de secretos sobre la disciplina de las cláusulas abusivas.

Por lo general, el estudio de los distintos supuestos de hecho que conforman cláusulas abusivas se hace con la mirada puesta en el régimen ordinario civil que se coordina con la norma, verdaderamente especial en ocasiones, pero reiterativa de una norma preexistente otras, que se desgrena en la lista,

lo que nos deja ver el amplio y multilateral alcance de los temas planteados por la reforma legislativa en esta materia, resueltos no siempre con igual fortuna. En ese aspecto, la aproximación bipolar al contrato de adhesión contenido en la Ley comentada halla dificultades insuperables de materializar la coordinación impuesta por el artículo 10.3 de la LGDCU en orden a la regulación del ámbito territorial de la ley, donde, tal como señala CUARTERO RUBIO, el apartado 28.º de la lista seminegra de cláusulas abusivas consagra una limitación a la autonomía conflictual que nos conduce a la ley del mercado del predisponente, en contraste con la fórmula adoptada por el artículo 10.bis.3 de la LGDCU, que fiel al Convenio de Roma de 19 de junio de 1980, admite la autonomía conflictual en materia de contratos de adhesión pero con la fórmula, adaptación al Derecho Internacional Privado del concepto de norma semiimperativa, de garantizar un mínimo de protección al consumidor, lo que con frecuencia nos sitúa en la ley del mercado de éste.

El amplio abanico de temas tratados con ocasión del estudio de la lista de cláusulas abusivas, abarca los más diversos problemas de la teoría del contrato, como decimos, rescribiendo la misma a la luz del fenómeno de la contratación masiva y de los contratos de adhesión. Desde ese punto de vista se estudian, por ejemplo, las facultades unilaterales de resolución, interpretación y modificación unilateral del contrato a favor del profesional, incluida la facultad de modificación unilateral del precio, la regulación del plazo indeterminado del artículo 1.128 del Código Civil, la exclusión sibilina de la *exceptio non adimpleti contractus* contra el adherente, la disciplina de la cláusula penal, las condiciones puramente potestativas a favor del profesional; la exclusión o renuncia de derechos del consumidor, con estudio de las regulaciones especiales de particular actualidad, como es el caso de la sobreventa de billetes de avión, la disciplina de los viajes combinados o la contratación de las entidades financieras, con referencia también a las cláusulas abusivas en los préstamos hipotecarios. Se estudian, igualmente, todas las modalidades abusivas de exclusión o limitación de responsabilidad del profesional, renunciaciones subrepticias de derechos, etc. La lista de temas coincide, como puede suponerse, con la enumeración casuística de los apartados donde se reúnen, como supuestos de hecho de una dolencia insidiosa y omnipresente, la prolija colección de las odiosas cláusulas abusivas, cuya erradicación pretende el amplio repertorio de medidas legales estudiadas.

C. BALLUGERA

GARCÍA GARCÍA, JOSÉ MANUEL: *Código de Legislación Inmobiliaria, Hipotecaria y del Registro Mercantil*. Tercera edición, Civitas, Madrid, 2001. Un tomo de 3087 págs.

Estamos ante una de las obras monumentales a las que nos tiene acostumbrados nuestro buen amigo y destacado compañero, el Registrador de Barcelona, JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA, que siempre se supera a sí mismo. A la hora de calificar este libro, el corriente «diez» que se usa como paradigma de lo insuperable, se queda corto, porque aquí se rompen todos los límites.

Quien ya haya visto la entidad de esta recopilación habrá podido comprobar que no hay nada de exageración en lo que decimos, que no voy de turiferario. Simplemente, me ciño a la verdad.

Ya en las ediciones anteriores el autor recogió lo que se había legislado por entonces. Pero es que, de pocos años a esta parte, la catarata normativa, especialmente la autonómica, se ha desbordado de tal guisa que ahora sí que es un sarcasmo eso de que la ignorancia de las leyes no excusa.

Porque no hay mente humana, por muy privilegiada que sea, capaz de tener noticia de lo que se legisla. Sólo tengo que admitir, a la vista está, la clara excepción de JOSÉ MANUEL GARCÍA, que aquí nos ha recogido todo lo que se ha dispuesto y escrito sobre las materias que nos interesan, tanto en forma normativa, jurisprudencial o doctrinal. El «entorno» que te acompaña y sobrevuela alrededor de este libro, así como los terceros que contratan la vida diaria bajo la seguridad de los asientos registrales, a quienes dedicas la obra, te la aceptan y la agradecen porque les va a ser de total y necesaria actualidad.

Porque tener a mano y bajo un solo volumen todo lo que se ha legislado y reglamentado, tanto desde la esfera nacional como desde los múltiples y variopintos organigramas autonómicos, completado con las interpretaciones jurisprudenciales y doctrinales que se adjuntan, supone una enorme facilidad a la hora de la consulta para resolver cualquiera de las papeletas que a diario se presentan al profesional. Sin moverse de la mesa y sólo con acudir al completísimo índice alfabético que viene al final, puede ir uno derecho al precepto concreto, en la seguridad de encontrar, además, en las numerosas y extensas notas a pie de página, una abundante información de total actualidad y solvencia que servirá de ayuda definitiva.

En el prólogo el autor justifica esta tercera edición de su obra por la modificación de numerosos textos legales en los que siempre ha estado presente la legislación referente al Registro de la Propiedad. Ante tal avalancha normativa, el autor, afortunadamente, ha optado por dar nueva vitalidad a la segunda edición que se publicó hace once años. Con ello ha dado lugar a esta obra que, evidentemente, no es de lectura, pero sí de indispensable consulta.

La materia se distribuye en trece partes o libros donde se parte de la básica legislación hipotecaria que se relaciona con las normas de otras distintas disciplinas que tienen relación con la propiedad de los bienes inmuebles, que son nuestra esfera de actuación, en cuanto puedan tener repercusión registral.

La Ley Hipotecaria abre la exposición, seguida de su Reglamento, tan vapuleado últimamente por las conocidas sentencias que el autor critica, como veremos más adelante; como botón de muestra, véase el comentario en la nota a la «contrarreforma» del artículo 177 de dicho Reglamento. La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, de 7 de enero de 2000, se incluye también, teniendo en cuenta sobre todo la absorción que se ha verificado de las antiguas normas que había en la Ley Hipotecaria y que pudieran considerarse de tinte procesal, tales como el desarrollo del artículo 41 o las normas sobre ejecución de la hipoteca.

En el libro segundo se recoge toda la legislación del Registro Mercantil, la normativa sobre ventas a plazos de bienes muebles y la ley sobre condiciones generales de la contratación y el Reglamento del Registro que en ella se creó.

La propiedad urbana, en relación con el Registro, comprende normas especiales sobre viviendas de protección oficial, propiedad horizontal, arrendamientos y aprovechamiento por turno de bienes inmuebles. Quizá la norma más importante, por su mayor aplicación en la práctica, sea el Reglamento de 4 de julio de 1997, sobre inscripción de actos de naturaleza urbanística, que por ello se transcribe íntegro, con amplio comentario y crítica del autor hacia algunos preceptos concretos, las que compartimos, porque resulta poco admisible una cierta permisividad que se adopta ante preceptos legales prohibitivos.

En la denostada propiedad rústica se recogen las normas aun vigentes de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, la Ley de Arrendamientos Rústicos y la Ley de Modernización de las Explotaciones Agrarias; esta última muy importante para los Registradores en cuanto ha puesto coto a la fragmentación de fincas por debajo de la unidad mínima de cultivo. La materia se completa con la legislación de montes y las variadas normas autonómicas sobre concentración parcelaria, que suelen ser simples trasuntos, con pinceladas de la legislación nacional ya existente.

La Ley de Patrimonio del Estado, acompañada de las variadísimas leyes autonómicas sobre el mismo tema, son escrupulosamente recogidas y anotadas en el libro quinto, bajo la denominación de titularidad de los entes públicos.

En el libro sexto se recogen todas las normas legales y reglamentarias sobre los supuestos especiales de hipoteca, como la mobiliaria y prenda sin desplazamiento, la hipoteca naval, la normativa del Mercado Hipotecario y la regulación referente a la subrogación y modificación de préstamos hipotecarios, tema este bien frecuente en los Registros.

La hasta ahora confusa legislación de extranjeros, especialmente lo que se refiere a inversiones exteriores y zonas e instalaciones de interés para la defensa nacional, que son los puntos en los que estas cuestiones afectan a los Registros, se exponen en el libro séptimo.

Las Oficinas Liquidadoras, que suelen ser anejos inseparables de bastantes de los Registros, han de manejar continuamente las normas de los Impuestos de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, así con el de Sucesiones y Donaciones, por lo que es imprescindible el manejo de los correspondientes Reglamentos, que aquí se recogen en el libro octavo, junto con otras normas aplicables como el Reglamento General de Recaudación de la Hacienda Pública y el que regula la recaudación de recursos del Sistema General de la Seguridad Social, también de frecuente aplicación.

En el libro noveno se incluyen la Ley de Suspensión de Pagos de 1922, la vieja Ley de Enjuiciamiento Civil en sus artículos 1.130 a 1.396, en cuanto aún son aplicables, y los artículos 1.911 a 1.929 del Código Civil y 870 a 922 del Código de Comercio, que constituyen la normativa a tener en cuenta en estas situaciones de suspensión de pago, concurso y quiebra.

La legislación referente al Catastro, en tanto se relaciona con el Registro de la Propiedad, y que es preciso tener en cuenta cada vez más, se recoge en el libro décimo. Se empieza por los artículos 50 a 57 de la Ley de Acompañamiento de los Presupuestos, de 30 de diciembre de 1996, complementados y aclarados por las normas e instrucciones dictadas al efecto por la Dirección General de los Registros y del Notariado, que se reproducen y comentan.

Es fundamental en nuestros ámbitos el conocimiento y aplicación del Reglamento Notarial, que se incluye en el libro undécimo. Igual es importante la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que va en el libro duodécimo.

Como colofón de actualidad, en el libro decimotercero se incluyen los artículos del Reglamento Hipotecario en su redacción anterior al Real Decreto 1867 de 1998, de 4 de junio, que ahora se resucitan como vigentes en virtud de lo fallado en la sentencia de la Sala 3.^a del Tribunal Supremo, de 31 de enero de 2001. Ya en los textos correspondientes del Reglamento Hipotecario se han impreso con letra cursiva, para distinguirlos, los párrafos alterados. JOSÉ MANUEL GARCÍA, en nota a pie de página, hace una severa crítica de la sentencia y dice que hay que distinguir en ella lo que es vinculante, que es la

anulación de los preceptos señalados, de lo que no tiene verdadero carácter vinculante, sino que sólo constituye una mera interpretación, que no pasa de ser una opinión y que no constituye fuente del Derecho ni verdadera jurisprudencia, al tratarse de una sola sentencia y, dice, además de la Sala 3.^a, no relacionada con la materia civil y registral, cuya especialización y competencia radica en la Sala 1.^a

Resumiendo, es una obra completa y actual. Tan actual que el autor ha tenido que corregirla, estando ya en segundas pruebas, como consecuencia de las citadas sentencias, dándole la extraña sensación de ser una obra inacabada. Y es que la legislación está en proceso continuo de reforma y nadie sabe lo que vaya a salir hoy mismo en el *BOE*.

Pero JOSÉ MANUEL GARCÍA no sólo ha cumplido bien, sino que, una vez más, se ha superado. Vaya nuestra admiración por la magna obra que ha realizado y el agradecimiento de cuantos, sean o no «terceros», tienen que acudir a la consulta de esta completísima normativa que nos ha proporcionado.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

CURIEL LORENTE, FERNANDO: *Inmatriculación. Reanudación del tracto sucesivo. Inscripción de excesos de cabida*. Centro de Estudios Registrales del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Madrid, 2001. Un tomo de 317 págs.

En los ámbitos militares hay un aforismo referente a la confusión que se origina cuando hay una variación inopinada en las disposiciones a cumplir. Se dice que cuando a seguido de una orden viene una contraorden, lo que realmente se produce es un auténtico desorden.

En la vida civil ocurre tres cuartos de lo mismo y los juristas no acabamos de acostumbrarnos a estos vaivenes normativos que están convirtiendo el antaño pacífico Derecho Privado en un auténtico mar de dudas.

Esto viene a cuento porque, como es sabido, en 1998 se hizo una necesaria reforma de varios artículos del Reglamento Hipotecario para ponerlos al día y solucionar algunas cuestiones que la práctica registral venía demandando como regulación más adecuada. Según parece, aquellas modificaciones no se ajustaban del todo a una legislación básica que les sirviera de apoyo y ello ha dado lugar, eso dicen, a que el Tribunal Supremo, a petición de «parte interesada», haya declarado la nulidad y consiguiente derogación de bastantes de los preceptos que entonces se reformaron. Aquí parece que no ha tenido aplicación, según se ve, aquella frase que alguien atribuyó al Conde de Romanones, de que el reglamento se puede redactar de cualquier modo con tal de que se le busquen las vueltas a la ley.

Aunque ya han surgido ponderadas críticas a esta sentencia, la única solución es cumplirla, nos guste o no. Por eso, según parece, hay que volver a los preceptos antiguos que fueron reformados y aceptarlos tal como eran entonces.

Tal ha tenido que hacer el autor de este libro, FERNANDO CURIEL LORENTE, Director del Centro de Estudios Registrales, Registrador en activo de Lérida, que se ha visto obligado a revisarlo, después de tenerlo escrito, para ponerlo a tono con la citada sentencia de 31 de enero de 2001.

Como es sabido, se han anulado, entre otros varios preceptos, varios párrafos del artículo 298 del Reglamento Hipotecario, que es fundamental en la exposición de la materia de que trata este libro. Por ello el autor ha tenido en cuenta la opinión más común de que los párrafos anulados deben ser sustituidos por los equivalentes de la redacción anterior, aunque a veces coincidan casi literalmente con los anulados. Así se ha puesto al día.

En la presentación del libro nos dice el autor que no se ha propuesto un trabajo de carácter científico en sentido estricto, sino que le ha dado un sentido práctico, aportando un instrumento de trabajo para facilitar la labor diaria en los Registros. Esto último lo consigue, por supuesto, pero además el libro tiene la suficiente dosis doctrinal, de acuerdo con la preparación del autor, como para mostrarnos la esencia y la naturaleza jurídica de estas operaciones, especialmente encaminadas a concordar el Registro con la realidad extrarregistral. La inmatriculación supone la entrada en nuestros folios de una finca que se hallaba fuera de su ámbito; la reanudación pone al día un asiento muerto dando actualidad a un nuevo titular; y en el exceso de cabida se corrige un error de superficie para que el asiento exprese una realidad que, aunque sea física, es la base del contenido de los derechos. En los tres casos se ha concordado el Registro con la realidad y en eso radica la conexión de estas tres figuras.

En este mismo orden que figura en el título del libro, FERNANDO CURIEL estudia primero la inmatriculación en los capítulos 1 a 5. Empieza con las ideas generales sobre esta figura, su procedimiento y los medios para llevarla a cabo. Sigue con el objeto que se inmatricula, que es la finca, sea la normal o trozo de terreno delimitado, o presentando sus supuestos especiales posibles, que se analizan. Pasa al Derecho clásico hábil para inmatricular, que es el pleno dominio, con diversas particularidades. Visto todo esto, ya estudia los conocidos medios del expediente de dominio, el artículo 205 y la certificación administrativa, y completa esta materia con el estudio del procedimiento inmatriculador a seguir hasta llegar a la apertura del registro particular de la nueva finca registral, analizando la eficacia de esa inscripción inicial, con especial referencia a las limitaciones establecidas en el artículo 207 de la Ley Hipotecaria.

En el capítulo 6 se contempla la reanudación del tracto interrumpido, concepto que el autor delimita analizando los problemas que pueden plantearse cuando surgen discrepancias entre el derecho inscrito y el acreditado o entre la finca inmatriculada y la que es objeto de la reanudación. Después estudia los medios para obtenerla, que son el expediente y el acta de notoriedad, excluyéndose la certificación del artículo 206; se nos explica el procedimiento y los efectos especiales que se producen.

En el capítulo 7 se aborda el procedimiento para hacer constar el exceso de cabida. Partiendo de la premisa indispensable de que no exista duda sobre la identidad de la finca y aclarando el verdadero concepto de esta operación, que consiste, simplemente, en corregir una errónea superficie para que conste la verdadera, el autor hace una detallada exposición de los modos que para conseguir este efecto nos proporciona la legislación hipotecaria. Según los distintos supuestos, la consignación del exceso de cabida, según el artículo 298 del Reglamento, puede hacerse mediante el título público, el expediente de dominio, el acta de notoriedad, las certificaciones del Catastro o del técnico competente y aún con la simple declaración del interesado en un título inscribible cuando la diferencia es mínima, por no llegar a la vigésima parte. Todos los casos se explican detalladamente.

El octavo y último capítulo está dedicado a presentarnos las especialidades de la inmatriculación de fincas sitas en la zona de dominio público marítimo-terrestre, los montes y las fincas formadas por actuaciones urbanísticas o agrarias, de la expropiación forzosa o mediante procedimientos administrativos. Son casos especiales que a veces se presentan y que requieren cuidados peculiares, que es bueno conocer. Aquí se nos explica.

Para completar la materia se añaden tres apéndices muy útiles, pues el primero proporciona esquemas y modelos de asientos y en el segundo se recoge un completo resumen de la doctrina de las Resoluciones de la Dirección General sobre estos temas. En el tercero se da un trasunto de la decisiva sentencia del Tribunal Supremo, de 31 de enero de 2000, en lo referente a los artículos 51 y 298 del Reglamento Hipotecario, que afectan a la materia objeto de la exposición.

Como se ve, un completo vademecum, totalmente puesto al día. Una guía teórica y práctica de estas tres operaciones tan frecuentes en los Registros y que a veces originan dificultades y problemas que podrán solucionarse fácilmente con la consulta a este libro que deberá tenerse a mano por su gran utilidad.

FRANCISCO CORRAL DUENAS

REVISTA DE REVISTAS

REVISTA GENERAL DE DERECHO

Número 676-677 (Enero-Febrero 2001)

«El tratado de Niza. Una visión crítica», por XABIER DEOP MAIDINABEITIA, pág. 15.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. LA PERSONALIDAD JURIDICA DE LA UNION EUROPEA: NUEVOS ARGUMENTOS EN SU FAVOR.—III. LA COMISION EUROPEA: UNA REFORMA EN PARTE INCONCLUSA.—IV. EL CONSEJO: UNA REFORMA INSUFICIENTE Y OPACA.—V. EL PARLAMENTO EUROPEO: CONTINUA SU MARGINACION.—VI. EL TRIBUNAL DE JUSTICIA Y EL TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA: UNA REESTRUCTURACION NECESARIA.—VII. EL TRIBUNAL DE CUENTAS: MAYOR AUTONOMIA INTERNA Y MEJOR ORGANIZACION.—VIII. EL COMITE ECONOMICO Y SOCIAL Y EL COMITE DE LAS REGIONES: MEJORA DE SU COMPOSICION Y MANTENIMIENTO DE SU *STATU QUO*.—IX. LAS COOPERACIONES REFORZADAS: AMPLIACION DE SUS AMBITOS Y FLEXIBILIZACION.—X. LOS DERECHOS HUMANOS Y LA CIUDADANIA: UN PEQUEÑO AVANCE, AUNQUE INSUFICIENTE.—XI. LA COOPERACION JUDICIAL EN MATERIA PENAL A TRAVES DE EUROJUST.—XII. REFORMAS DE ALGUNAS POLITICAS COMUNITARIAS.—XIII. OTRAS REFORMAS.—XIV. VALORACION CRITICA.

«La cosa futura como objeto del derecho real», por ESPERANZA FERRANDO NICOLAU, pág. 37.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. LA FUTURIDAD: II.1. Su significado vulgar. REFERENCIAS A LA FUTURIDAD EN EL ÁMBITO JURÍDICO. II.2. SUPUESTOS DE FUTURIDAD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO-CIVIL EN EL ÁMBITO PATRIMONIAL. Su problemática: II.2.1. *En la relación jurídica obligacional*. II.2.2. *En la relación jurídica real*. II.2-3. *Problemática de la cosa futura en las relaciones jurídico-reales*.—III. EL BIEN FUTURO Y EL DERECHO SUBJETIVO REAL: III.1. CONTENIDO DEL DERECHO SUBJETIVO REAL. III.2. EL OBJETO DEL DERECHO SUBJETIVO REAL: III.2.1. *Estudio del objeto en algunos derechos reales limitados*. III.3. LA COSA FUTURA EN LA JURISPRUDENCIA.—IV. CONCLUSIONES.

«Una reinterpretación a la noción de persona a la luz de la Constitución y de los tratados internacionales», por JUAN MOROTE SARRIÓN, pág. 107 (sin sumario).

«La protección frente a los tratos degradantes y a la exclusión social en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», por DARÍA TERRÁDEZ SALOM, pág. 123.

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS.—II. LOS PRIMEROS APUNTES JURISPRUDENCIALES EN LA MATERIA.—III. ALGUNOS APUNTES PROGRESIVOS EN LA JURISPRUDENCIA EUROPEA.—IV. LA EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL MÁS RECIENTE.—V. A MODO DE CONCLUSIÓN.

«El derecho agrario y su interdisciplinariedad: las vinculaciones con otras materias de ordenamiento jurídico», por DESAMPARADOS LLOMBART BOSCH, pág. 591.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA ESPECIALIDAD DEL DERECHO AGRARIO: II.1. D.A. Y LOS DERECHOS GENERALES. SU SISTEMATIZACIÓN COMO ESPECIALIDAD. II.2. FACTORES QUE INFLUYEN EN LA ESPECIALIDAD DEL D.A.: A) *Naturales*. B) *Económicos*. II.3. EL D.A. COMO DERECHO SUPRANACIONAL: LA ESPECIALIDAD BASADA EN SUS VINCULACIONES CON EL DERECHO DE LA COMUNIDAD EUROPEA. II.4. LA PROGRESIVA MERCANTILIZACIÓN DEL DERECHO AGRARIO.—III. TENDENCIA A UNA PUBLICITACIÓN DE LAS NORMAS AGRARIAS: III.1. ORIENTACIÓN JUSPUBLICISTA DE D.A. EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA. III.2. LA EUROPEIZACIÓN DEL D.A. DESDE LA UNIÓN EUROPEA. III.3. EL INTERVENCIONISMO EN LOS CONTRATOS PRIVADOS. III.4. RAZONES QUE JUSTIFICAN EL INTERVENCIONISMO PÚBLICO.—IV. LAS INTERRELACIONES DEL DERECHO AGRARIO CON EL DERECHO AMBIENTAL. EL DERECHO AGRARIO DEL MEDIO AMBIENTE: IV.1. LA AGRO-SILVICULTURA A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS DE DESARROLLO RURAL SOSTENIBLE. IV.2. LA NATURALEZA DE LA NORMATIVA AGRARIA SOBRE EL MEDIO AMBIENTE.—V. HACIA UN DERECHO AGROALIMENTARIO EUROPEO: V.1. DERECHO ALIMENTARIO, DERECHO AGRO-ALIMENTARIO.

«Régimen jurídico del derecho de obtentor de variedades vegetales a la luz de la Ley 3/2000, de 7 de enero», por PABLO AMAT LLOMBART, pág. 607.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. LA REFORMA DEL RÉGIMEN PROTECTOR DE LAS OBTENCIONES VEGETALES.—II. CONCEPTO DEL DERECHO DE OBTENTOR DE VARIEDAD VEGETAL.—III. SU NATURALEZA JURÍDICA Y CARÁCTERES.—IV. EL SUJETO DEL DERECHO Y SU ACTIVIDAD CREADORA.—V. EL OBJETO DEL DERECHO DE OBTENTOR: LA VARIEDAD VEGETAL Y SUS CONDICIONES LEGALES.—VI. CONSTITUCIÓN.—VII. CONTENIDO.—VIII. PROTECCIÓN DEL DERECHO DE OBTENTOR.—IX. LÍMITES LEGALES AL LIBRE EJERCICIO DEL DERECHO DE EXCLUSIVA SOBRE LA VARIEDAD VEGETAL. SUPUESTOS.—X. NULIDAD Y EXTINCIÓN DEL DERECHO.

«El mercado del agua y la mejora de la gestión de los recursos (60 Conferencia Internacional del Seminario Permanente "Ciencia y tecnología del agua")», por FRANCISCO RAMÓN FERNÁNDEZ, pág. 629 (sin sumario).

«Los nuevos contratos aleatorios», por LILIA NOEMI Díez, pág. 637.

SUMARIO: I. EN FAVOR DE UN SINCERAMIENTO JURIDICO.—II. LA FIANZA ES UN CONTRATO ALEATORIO.—III. LOS CONTRATOS ALEATORIOS ACCESORIOS.—IV. CONTRATO ALEATORIO CUYO BENEFICIO CONSISTE EN INCREMENTAR EL CONSUMO.—V. CONTRATO ALEATORIO ACCESORIO CUYO BENEFICIO CONSISTE EN EVITAR COSTOS.—VI. ALGUNAS SITUACIONES ATÍPICAS.—VII. LA FINALIDAD DE LOS CONTRATOS ALEATORIOS Y ACCESORIOS.—VIII. LOS CONTRATOS ALEATORIOS ACCESORIOS Y SU COMPARACION CON EL JUEGO ADMINISTRADO POR EL ESTADO.—IX. CONSIDERACIONES SOBRE EL SUPUESTO ARGUMENTO ETICO REFERIDO A LA PROHIBICION DE ALGUNOS JUEGOS.—X. ALGUNAS CONCLUSIONES.

«La problemática Antitrust de los acuerdos de menor importancia (en especial, tras la Ley 52/1999, de reforma de la Ley de Defensa de la Competencia)», por LUIS M.^a MIRANDA SERRANO, pág. 679.

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES, PROPOSITO Y PLAN.—II. LA PROBLEMÁTICA ANTITRUST DE LOS ACUERDOS DE MENOR IMPORTANCIA EN EUROPA: 1. EL PRINCIPIO DE LA LICITUD ANTITRUST DE LOS ACUERDOS DE MENOR IMPORTANCIA: 1.1. *Punto de partida: las dos posibles maneras de interpretar los términos restricción de la competencia ex artículo 81.1 del TCE.* 1.2. *La inequívoca licitud de los acuerdos de menor importancia ex artículo 81.1 del TCE.* 2. LA NOCIÓN DE ACUERDO DE MENOR IMPORTANCIA: EL TRÁNSITO DE UNA NOCIÓN PURAMENTE CUANTITATIVA O ESTRUCTURAL DE LA MENOR IMPORTANCIA A OTRA MIXTA QUE COMBINA ELEMENTOS CUANTITATIVOS CON OTROS CUALITATIVOS O DE COMPORTAMIENTO.—III. LA PROBLEMÁTICA ANTITRUST DE LOS ACUERDOS DE MENOR IMPORTANCIA EN ESPAÑA; EN ESPECIAL TRAS LA LEY 52/1999: 1. EL PROBLEMA DEL CARÁCTER LÍCITO O ILÍCITO DE LOS ACUERDOS DE MENOR IMPORTANCIA: 1.1. *En la Ley 110/1963 de Prácticas Restrictivas de la Competencia (LPRC).* 1.2. *En la Ley 16/1989 de Defensa de la Competencia (LDC).* 2. EL CONCEPTO DE ACUERDO DE MENOR IMPORTANCIA: LA CONVENIENCIA DE MANTENER UNA NOCIÓN MIXTA (CUALITATIVO-CUANTITATIVA) DE LA MENOR IMPORTANCIA.—IV. CONSIDERACIONES CITADAS.—V. BIBLIOGRAFÍA CITADA.—VI. RESOLUCIONES DEL TDC CITADAS.

REVISTA DE DERECHO URBANISTICO

Número 183 (Enero-Febrero 2001)

«Evolución legislativa de las competencias del alcalde, de la Comisión de Gobierno y del Ayuntamiento en Pleno en la aprobación de instrumentos de ordenación y gestión urbanísticas», por JUAN ORTEGA CIRUGEDA, pág. 13 (sin sumario).

«Las licencias de obras y de apertura: relación y prelación en el artículo 22 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales. Especial referencia al País Vasco», por AGUSTÍN ARZÚA, pág. 17.

SUMARIO: INTRODUCCION.—I. EL APARTADO 3 DEL ARTICULO 22 RSCL.—II. LA JURISPRUDENCIA SOBRE EL ARTICULO 22.3 RSCL: 1. LA CUESTIÓN TERMINOLÓGICA. 2. ASPECTOS DE FONDO.—III. EL REGLAMENTO DE 30 DE NOVIEMBRE DE 1961: 1. LA SITUACIÓN LEGISLATIVA PRECEDENTE. 2. LA REGLAMENTACIÓN SOBRE ACTIVIDADES CALIFICADAS.—IV. LA NORMATIVA SOBRE ESPECTACULOS PÚBLICOS: 1. EL REGLAMENTO GENERAL DE ESPECTÁCULOS PÚBLICOS DE 1982. 2. LA LEY 4/95 DEL PARLAMENTO VASCO. 3. LEGISLACIÓN DE OTRAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS.—V. LA LICENCIA DE APERTURA COMO MEDIO DE CONTROL DEL USO URBANÍSTICO.—VI. RELACION TEMPORAL ENTRE LA LICENCIA DE OBRAS Y LA DE ACTIVIDAD.—VII. LA LEY 3/98 SOBRE MEDIO AMBIENTE EN EL PAÍS VASCO.—VIII. LA PROTECCIÓN DEL PETICIONARIO EN LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL.—IX. CONCLUSION.

«La ruina económica en la Ordenanza del Ayuntamiento de Madrid», por FEDERICO GARCÍA ERVITI, pág. 53 (sin sumario).

«La consideración de superficies construibles bajo rasante en la valoración del suelo sin edificar», por VÍCTOR GONZÁLEZ DE BUITRAGO DÍAZ, pág. 71 (sin sumario).

«Zona marítimo-terrestre: propiedad privada que linda directamente con el mar. Estudio. El único y extraordinario caso en Derecho español de propiedad privada que linda directamente con el mar sin intermedio de servidumbre ni de zona de servicio portuario», por RAFAEL RIVAS ANDRÉS, pág. 81.

SUMARIO: I. AGRADECIMIENTOS Y BREVE RESEÑA BIBLIOGRÁFICA.—II. ADVERTENCIAS PREVIAS.—III. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.—IV. LAS SERVIDUMBRES LEGALES Y LA ZONA LITORAL DE SERVICIO: 1. EN LAS COSTAS. 2. EN LOS PUERTOS GENERALES. 3. EN LOS PUERTOS DEPORTIVOS.—V. ESPECIAL EXAMEN DE LA TRAMITACIÓN DE LA LEY DE PUERTOS DEPORTIVOS DE 26-4-69: 1. EL PROYECTO DE LEY Y OTROS DOCUMENTOS. 2. ¿CONOCÍAN LOS LEGISLADORES LA LEY DE PUERTOS GENERALES? 3. ¿CONOCÍAN LOS LEGISLADORES LAS SERVIDUMBRES DE COSTAS? 4. EL PORQUÉ DE LOS CAMBIOS DEL PROYECTO HASTA EL TEXTO DEFINITIVO DE LA LEY.—VI. RECAPITULACIÓN.

«El aprovechamiento energético de las radiaciones solares: cuestiones jurídicas fundamentales (1)», por ENRIQUE DOMINGO LÓPEZ, pág. 101.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. RÉGIMEN JURÍDICO DE UTILIZACIÓN DEL SOL Y DE LAS RADIACIONES SOLARES EN EL ESPACIO ULTRA-TERRESTRE: 2.1. EL PATRIMONIO COMÚN DE LA HUMANIDAD: CONCEPTO. 2.2. EL CONCEPTO DE PATRIMONIO COMÚN DE LA HUMANIDAD APLICADO AL ESPACIO EXTERIOR. EL SOL Y EL ESPACIO EXTRA-ATMOSFÉRICO COMO PATRIMONIO COMÚN DE LA HUMANIDAD. 2.3. RÉGIMEN JURÍDICO DE EXPLORACIÓN Y UTILIZACIÓN DEL ESPACIO EXTRA-ATMOSFÉRICO. PRINCIPIOS JURÍDICOS QUE LO INFORMAN: 2.3.1. *Principio de no apropiación y de exclusión de soberanía*. 2.3.2. *Principio de uso pacífico*. 2.3.3. *Principio de libertad de acceso, exploración e investigación científica*. 2.3.4. *Principio de gestión racional de los recursos y de su reparto equitativo en beneficio de toda la humanidad*.—3. RÉGIMEN JURÍDICO DE UTILIZA-

CION DE LAS RADIACIONES SOLARES EN EL ESPACIO TERRESTRE:

3.1. NATURALEZA JURÍDICA DE LAS RADIACIONES SOLARES. 3.2. USOS ENERGÉTICOS DOMÉSTICOS, CONTAMINACIÓN ATMOSFÉRICA Y ENERGÍA SOLAR COMO ALTERNATIVA. 3.3. DESARROLLO DE LA ENERGÍA SOLAR Y PROTECCIÓN DEL AMBIENTE ATMOSFÉRICO. DE LO GLOBAL A LO LOCAL. 3.4. DESARROLLO DE LA ENERGÍA SOLAR PARA USOS DOMÉSTICOS Y DERECHO: 3.4.1. *El Derecho Urbanístico como instrumento de desarrollo de las energías renovables: diseño urbano y regulación de la edificación como instrumentos fundamentales para el uso eficaz de la energía solar*: A) Antecedentes. B) Una nueva orientación: por una perspectiva solar de la ordenación urbanística. C) El derecho al acceso solar. 3.4.2. *Competencia de los Ayuntamientos para imponer, con carácter forzoso, la instalación de sistemas solares en edificaciones*: A) La protección del medio ambiente como concepto delimitador de la propiedad mediante ley. B) Fundamentación legal de la competencia municipal.

«Prevención, precaución y actividad autorizatoria en el ámbito del medio ambiente. A propósito de los regímenes de autorización ambiental, licencia ambiental y comunicación previa de la Ley catalana 3/1998, de 27 de febrero, de la Intervención Integral de la Administración Ambiental», por JILUI PONCE SOLÉ, pág. 147.

SUMARIO: I. RIESGOS, GARANTIAS, BUENA ADMINISTRACION Y PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS: 1. RIESGOS Y PROGNOSIS: LA DISCRECIONALIDAD TÉCNICA. 2. EVALUACIÓN Y GESTIÓN DE RIESGOS Y PRINCIPIOS DE PREVENCIÓN Y PRECAUCIÓN. EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE OBJETIVIDAD Y LA FUNDAMENTACIÓN DE LA ACTIVIDAD DE CONTROL PREVIO DE LA ACTIVIDAD. LA NECESARIA PONDERACIÓN DE HECHOS, ELEMENTOS DE JUICIO E INTERESES ANTES DE TOMAR NINGUNA DECISIÓN. 3. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y FUNDAMENTACIÓN Y PONDERACIÓN DE LAS DECISIONES. EL MARCO CONSTITUCIONAL Y LEGAL. LA TRASCENDENCIA DE LOS VICIOS PROCEDIMENTALES. 4. CONTROL, BUENA ADMINISTRACIÓN, TRANSPARENCIA Y MOTIVACIÓN.— II. EL DISEÑO PROCEDIMENTAL DEL SISTEMA DE PREVENCIÓN Y PRECAUCIÓN DE LA LEY 3/1998, DE 27 DE FEBRERO, Y DEL DECRETO 136/1999, DE 18 DE MAYO: 1. EL OBJETIVO LEGAL DE SIMPLIFICACIÓN PROCEDIMENTAL. LOS LÍMITES CONSTITUCIONALES Y LEGALES A LA SIMPLIFICACIÓN PROCEDIMENTAL. 2. ANÁLISIS DE LA ESTRUCTURA GENERAL DE LOS TRES SISTEMAS DE CONTROL: AUTORIZACIÓN, LICENCIA Y COMUNICACIÓN PREVIA. EL DERECHO TRANSITORIO.— III. CONSIDERACIÓN DE ALGUNOS ASPECTOS CONCRETOS DEL SISTEMA DE PREVENCIÓN Y PRECAUCIÓN: 1. AUTORIZACIÓN Y AUTONOMÍA MUNICIPAL. 2. AUTORIZACIÓN Y LICENCIA E INFORMES. 3. AUTORIZACIÓN Y LICENCIA Y SILENCIO POSITIVO. 4. LOS ACUERDOS VOLUNTARIOS. 5. REVISIÓN Y REVOCACIÓN DE AUTORIZACIONES Y LICENCIAS.—IV. REFLEXIONES FINALES.

Número 185 (Abril-Mayo 2001)

«El proyecto de Ley Fiscal del Suelo de don Luis Vaero Bermejo», por JOSÉ LUIS GONZÁLEZ-BERENGUER URRUTIA, pág. 11 (sin sumario).

«Catastro, Notaría y Registro de la Propiedad: Tres instituciones que se complementan y necesitan», por MANUEL G. ALCÁZAR MOLINA, pág. 19 (sin sumario).

COMENTARIO: Resulta interesante la lectura del presente artículo, objeto de breve comentario, porque nos demuestra una realidad de sobra conocida como es la importancia de las tres Instituciones aludidas en el título, pero que podía haberse olvidado, y que se asienta sobre la premisa básica de concordancia entre la realidad registral y extrarregistral, todo ello desde la visión del autor, que es Jefe de la Sección de Inspección de la Dirección General del Catastro. Se expone en este trabajo la situación actual, recordando brevemente los albores históricos de las tres instituciones, centrándose en el proceso de coordinación entre ellas, cuyo nexo de unión lo conforman los bienes inmuebles, la titularidad de los mismos o la existencia de los distintos derechos reales que recaen sobre ellos.

El autor muestra, además, la importancia de las últimas iniciativas legales que, a su juicio, no giran exclusivamente en torno a la figura tributaria del contribuyente, sino que se orientan claramente a incrementar las garantías del propietario del bien.

La coordinación efectiva entre las tres instituciones es necesaria, y en ello se ha trabajado, sobre todo tras la publicación de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social —dirigida a la fehaciente identificación material de los bienes inmuebles, en coordinación efectiva entre las instituciones implicadas y en persecución decidida del fraude fiscal originado por las adquisiciones y ventas de inmuebles— que no sólo fue una declaración de intenciones, sino que se ha materializado en sucesivos Reales Decretos e Instrucciones que buscan incrementar las garantías de los titulares de bienes inmuebles (como la Orden de 23 de junio de 1999, que regula el cumplimiento sobre suministro de información a la Dirección General del Catastro por los Notarios y Registradores de la Propiedad, en materia de comprobación, investigación e inspección de las transacciones y alteraciones de todo orden de los bienes inmuebles; o la Instrucción de 26 de marzo de 1999, sobre certificaciones catastrales, descriptivas y gráficas a los efectos de constancia documental y registral de la referencia catastral; sin olvidarnos de la Instrucción de 2 de marzo de 2000, de la DGRN sobre la implantación de la base cartográfica catastral de los Registros de la Propiedad). Medidas de complicada implantación dada la extensión del territorio español y la casuística inmobiliaria.

Como concluye el autor, las actuaciones acometidas son decisivas y en el Catastro se están viviendo momentos cruciales, pues sin dejar de ser ese inventario de bienes inmuebles de un país con descripción precisa de sus características: superficies, linderos, situación, cultivos y aprovechamientos, calidades, valores y demás circunstancias físicas, jurídicas y económicas que den a conocer la realidad inmobiliaria y la definan en sus diferentes aspectos, está asumiendo un conjunto de competencias parafiscales que le están convirtiendo en una institución moderna, ágil, polivalente y precisa que ofrece a los ciudadanos un servicio que garantiza ser fiel reflejo de la realidad inmobiliaria y lo convierte en uno de los mejores aliados del contribuyente-propietario en materia inmobiliaria.

«Las normas subsidiarias de planeamiento municipal: de su surgimiento y auge a su decadencia y crisis en la actualidad», por FERNANDO GARCÍA-MORENO RODRÍGUEZ, pág. 45.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. APROXIMACION AL TEMA: SURGIMIENTO Y EVOLUCION DE LAS NORMAS SUBSIDIARIAS DE PLANEAMIENTO MUNICIPAL: 1956-1978.—III. LA CONSTITUCION ESPAÑOLA DE 1978 Y SU INCIDENCIA EN LA EVOLUCION DE LAS NORMAS SUBSIDIARIAS DE PLANEAMIENTO MUNICIPAL.—IV. LAS NORMAS SUBSIDIARIAS DE PLANEAMIENTO MUNICIPAL EN LA LEGISLACION ESTATAL: DE LA CONSTITUCION ESPAÑOLA DE 1978 A LA ACTUALIDAD. CARACTER CONTINUISTA DE DICHO INSTRUMENTO DE PLANEAMIENTO URBANISTICO.

«Técnicas urbanísticas que pueden facilitar la promoción de viviendas de protección pública», por ENRIQUE PORTO REY, pág. 83.

SUMARIO: 1. INTRODUCCION.—2. EL PLANEAMIENTO URBANISTICO Y LA PROTECCION PUBLICA A LA VIVIENDA: 2.1. ANTECEDENTES: 2.1.1. *Las Directrices de COPLACO de 1981*. 2.1.2. *La Ley del Suelo de 1992*. 2.2. LA LEY 1/1997 DEL SUELO DE GALICIA. 2.3. LAS TÉCNICAS URBANÍSTICAS DE LA EQUIDISTRIBUCIÓN Y LA PROTECCIÓN PÚBLICA A LA VIVIENDA: 2.3.1. *En la Ley del Suelo de 1992*. 2.3.2. *En la Ley 1/1997 del Suelo de Galicia*. 2.4. LA RESERVA DE SUELO OBLIGATORIA PARA VIVIENDAS DE PROTECCIÓN PÚBLICA EN LAS LEYES URBANÍSTICAS AUTONÓMICAS: 2.4.1. *Leyes urbanísticas que establecen la obligatoriedad de la reserva*. 2.4.2. *Leyes urbanísticas que establecen normas restrictivas sobre la reserva*. 2.5. ALGUNOS PROBLEMAS QUE PUEDEN SURGIR DE LA CALIFICACIÓN DE SUELO ESPECÍFICA PARA VIVIENDA DE PROTECCIÓN PÚBLICA: 2.5.1. *Derivados de la concurrencia de competencias administrativas*. 2.5.2. *Económicos*. 2.5.3. *Sociales*.—3. LOS PATRIMONIOS PUBLICOS DE SUELO Y LA PROTECCION PUBLICA A LA VIVIENDA: 3.1. EL PATRIMONIO MUNICIPAL DEL SUELO: 3.1.1. *Bienes municipales adscritos*. 3.1.2. *Bienes municipales no adscritos*. 3.1.3. *Constitución y naturaleza del patrimonio municipal del suelo*. 3.1.4. *Fines*. 3.1.5. *Destino de los terrenos*. 3.1.6. *La cesión o enajenación del suelo*. 3.2. EL PATRIMONIO DEL INSTITUTO DE LA VIVIENDA Y SUELO DE GALICIA. 3.3. LA CARENCIA DE REGULACIÓN SOBRE LA DELIMITACIÓN DE ÁREAS PARA INCREMENTO DEL PATRIMONIO DE SUELO.—4. EL DERECHO DE SUPERFICIE Y LAS VIVIENDAS DE PROTECCION PUBLICA: 4.1. CONCEPTO Y ANTECEDENTES DEL DERECHO DE SUPERFICIE. 4.2. SU UTILIZACIÓN PARA CONSTRUIR VIVIENDAS DE PROTECCIÓN PÚBLICA. 4.3. RÉGIMEN JURÍDICO. 4.4. LA APLICACIÓN DE LOS BENEFICIOS DE LAS VIVIENDAS DE PROTECCIÓN PÚBLICA A LA CONSTITUCIÓN DEL DERECHO DE SUPERFICIE CON ESA FINALIDAD.—5. LOS DERECHOS DE TANTEO Y RETRACTO RESPECTO DE LA ENAJENACION DE VIVIENDAS DE PROTECCION PUBLICA: 5.1. CONCEPTO Y NORMATIVA. 5.2. DELIMITACIÓN DE ÁREAS: 5.2.1. *Finalidad*. 5.2.2. *Procedimiento de delimitación*. 5.3. NOTIFICACIONES Y SU FALTA. 5.4. COMPETENCIA DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA. 5.5. ADJUDICACIÓN DE VIVIENDAS.

«Las nuevas tendencias en la inspección ambiental de las actividades industriales», por INMACULADA REVUELTA PÉREZ, pág. 111.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. LA PROPUESTA COMUNITARIA SOBRE LA INSPECCION AMBIENTAL: 1. LA PLANIFICACIÓN. 2. EL CONTENIDO: LOS INFORMES DE LA INSPECCIÓN. 3. SITUACIONES ESPECIALES. 4. CONSIDERACIONES FINALES.—III. LA INSPECCION AMBIENTAL EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL: 1. PLANTEAMIENTO: A) *Enfoque tradicional*. B) *Las tendencias a la integración*. C) *Consecuencias de la adopción del planteamiento integral*. 2. LA PROGRESIVA INTERVENCIÓN DEL SECTOR PRIVADO: A) *La normativa estatal. Evolución histórica*. B) *Respuestas autonómicas*: a) Galicia; b) Cataluña. 3. CONTENIDO: A) *Las actuaciones inspectoras*: a) Facultades de los agentes: el acceso a las instalaciones; la comprobación e investigación y la obtención de información; b) *Cualificación de los agentes y valor probatorio de sus actos*. B) *Los derechos y garantías de los titulares de las industrias frente a la inspección*.—IV. CONCLUSIONES.

REVISTA DE DERECHO MERCANTIL

Número 239 (Enero-Marzo 2001)

«La relevante causa negocial de la sociedad», por JUAN IGNACIO FONT GALÁN y MANUEL PINO ABAD, pág. 7.

SUMARIO: I. JUSTIFICACION Y PROPOSITO: UNA LECTURA DESPOLITIZADA DEL DERECHO.—II. PRECISIONES SISTEMATICO-CONCEPTUALES.—III. ELEMENTOS NORMATIVOS CONSTITUTIVOS DEL CONCEPTO LEGAL DE SOCIEDAD: MODELO NORMATIVO DEL CONTRATO TIPO: 1. LA SOCIEDAD COMO FENÓMENO DE NATURALEZA CONTRACTUAL: CONTRATO TIPO «SUI GENERIS». 2. «LA PUESTA EN FONDO COMÚN DE DINERO, BIENES O INDUSTRIA»: SU SIGNIFICACIÓN Y FUNCIONALIDAD MEDIADORA CON VISTAS AL EJERCICIO DE LA ACTIVIDAD SOCIAL. 3. EL ÁNIMO DE LUCRO: LA CUESTIÓN DEL LUCRO SOCIAL COMO ELEMENTO CONSTITUTIVO DEL MODELO NORMATIVO DEL CONCEPTO DE SOCIEDAD: 3.1. *El lucro como problema de la causa del contrato de sociedad*. 3.2. *Interés público e interés particular (privado) como criterio sistemático de los fenómenos asociativos: la discusión sobre el significado jurídico de interés particular*. 3.3. *El ánimo de lucro como único criterio diferenciador de la sociedad dentro del fenómeno asociativo*. 3.4. *Animo de lucro negocial y objeto social: indiferencia de objeto social pero no de causa negocial*. 4. INTEGRACIÓN EMPRESARIAL DE LA CAUSA DEL CONTRATO DE SOCIEDAD Y SU REALIZACIÓN SOCIETARIA. 5. INTEGRACIÓN SUBJETIVA O «ENTITATIVA» DE LA CAUSA DEL CONTRATO DE SOCIEDAD: LA CAUSALIZACIÓN NEGOCIAL TÍPICA DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA SOCIETARIA.—IV. EPILOGO.

«La denominada “retroactividad contable” de la fusión. Un examen societario de un falso problema», por LUIS FERNÁNDEZ DEL POZO, pág. 97.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. ORIGEN HISTORICO DE LA CLAUSULA DE «RETROACTIVIDAD CONTABLE». EL PACTO DE RETROACTIVIDAD CONTABLE.—III. EFICACIA JURIDICA DEL PROYECTO Y LOS RIESGOS DE FUSION.—IV. RIESGO DE FUSION Y PERDIDAS CONTABLES SOBREVENIDAS.—V. LA IMPUTACION (A LA ABSORBENTE O RESULTANTE).

TANTE) DE LOS RESULTADOS PRODUCIDOS (POR LA ABSORBIDA O EXTINGUIDAS) EN LA FASE DE PENDENCIA DE LA FUSION.—VI. LA FECHA DE EFECTIVIDAD CONTABLE Y EL REGISTRO (CONTABLE) DE LAS OPERACIONES DE FUSION EN LA ABSORBIDA.—VII. REGISTRO CONTABLE DE LA FUSION EN LA ABSORBENTE.

«En torno a la configuración jurídica de los contratos de expedición y transporte», por LUIS MANUEL PILONETA ALONSO, pág. 137.

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO INICIAL.—II. CONTENIDO DE LA PRESTACION DE TRANSPORTAR Y NOCION JURIDICA DE PORTEADOR: 1. PRESUPUESTO CONCEPTUAL. 2. ORIGEN HISTÓRICO DE LA CONCEPCIÓN CONTRACTUAL DEL PORTEADOR: a) *El «voiturier» en el «Code de Commerce» francés*; b) *El Código de Comercio español de 1829 y la equiparación entre comisionista de transportes y porteador*; c) *El «ADHGB» y la responsabilidad del «Frachtführer» por faltas de otro*. 3. PROYECCIÓN DE LA DOCTRINA CONTRACTUAL. 4. INCIDENCIA DE LA MODERNA OPERATORIA DE TRANSPORTES EN LA CONDICIÓN JURÍDICA DE PORTEADOR.—III. ACTIVIDAD EMPRESARIAL DE EXPEDICION: 1. APUNTE HISTÓRICO. 2. EVOLUCIÓN POSTERIOR DE LA FIGURA: a) *La comisión de expedición*; b) *El contrato de expedición*; c) *La expedición entendida como organización del transporte*.—IV. EL «ETERNO» PROBLEMA DE LA DISTINCION ENTRE LOS CONTRATOS DE EXPEDICION Y TRANSPORTE.

«Avales limitados», por AITOR ZURIMENDI ISLA, pág. 171.

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO.—II. AVAL CONDICIONAL.—III. AVAL A TERMINO.—IV. AVAL EN EL QUE SE INTRODUCEN OTRAS LIMITACIONES O MODIFICACIONES.

«El *leasing* frente al pacto comisorio: su vulneración por la modificación que la Ley 1/2000 ha introducido en la Ley de ventas de bienes muebles a plazos», por M.^a CRISTINA FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, pág. 201.

SUMARIO: I. INTRODUCCION: LA NATURALEZA JURIDICA DEL *LEASING*.—II. EL REGIMEN LEGAL VIGENTE.—III. EL CORRECTO ENTENDIMIENTO DEL CONTRATO DE *LEASING*. MODALIDADES DE *LEASING*.—IV. EL *LEASING* COMO PRESTAMO: SU CONSIDERACION COMO CONTRATO BANCARIO.—V. LA PROPIEDAD DEL BIEN OBJETO DEL *LEASING*: LA TEORIA DEL TITULO Y EL MODO Y LAS RESERVAS DE DOMINIO.—VI. EL TRATAMIENTO DEL *LEASING* EN LA LEY DE VENTAS A PLAZOS DE BIENES MUEBLES.—VII. LA INFRACCION EN UN *LEASING* DE LA PROHIBICION DEL PACTO COMISORIO.—VIII. CONCLUSIONES.—IX. BIBLIOGRAFIA.

COMENTARIO: La autora nos presenta su visión sobre la naturaleza jurídica del contrato tras la publicación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, donde se la equipara a la venta de bienes a plazos. Naturaleza centrada en que el *leasing* no es sino un préstamo que financia una venta al contado, pues el vendedor es ajeno al contrato de financiación,

y la entidad de crédito realiza un pago por tercero en cumplimiento de lo que se pacta en el contrato, en el sentido de que la entrega del importe del préstamo se hace directamente al vendedor, quien es ajeno a la perfección y formalización del préstamo.

Esta calificación propuesta soluciona, a juicio de la autora, muchos de los problemas prácticos que la jurisprudencia y la doctrina habían tratado de solventar manteniendo la simulación del *leasing*, sosteniendo que encubre, en ocasiones, una venta a plazos, siendo por consiguiente más ajustado a la realidad entender que en realidad en el leasing hay un préstamo. En el artículo se insiste en que el *leasing*, tal y como aparece diseñado por las entidades financieras, vulnera la prohibición del pacto comisorio regulada en los artículos 1.859 y 1.884 del Código Civil. La Ley de venta de bienes muebles a plazos, tras su reforma por la LEC, incurre en la misma prohibición al regular el *leasing*, «incomprensiblemente», a juicio de la autora, de forma distinta de las ventas a plazos. Señala que aunque en nuestro ordenamiento no existiese la prohibición del pacto comisorio, el sistema de adquisición de derechos reales vigente impide que la sociedad de *leasing* consiga la propiedad del bien.

En cuanto al tema de hacer valer en perjuicio de terceros las reservas de dominio sobre los bienes en *leasing*, es preciso que tengan la publicidad adecuada, prevista por la LVBMP: esto es, la necesidad de inscripción de la reserva de dominio para que sea oponible a terceros debería de hacer irrecuperables tanto de terceros como en procedimientos concursales, los bienes de aquellos contratos de *leasing* que no hayan sido inscritos en el Registro de ventas a plazos.

Tras la publicación de la reforma de la LEC se permite a las sociedades de *leasing* recuperar los bienes en más casos de los oportunos —pues vale con cumplimentar lo dispuesto en el art. 519-4.º y 5.º LEC— para tener acceso a los procedimientos de recuperación de los bienes por impago de las cuotas que la propia LVBMP regula. Frente a un mejor sistema, como propone la autora, de subasta pública ante fedatario.

REVISTA DE ESTUDIOS POLITICOS

Número 111 (Enero-Marzo 2001)

«Los socialistas ante los pactos de gobernabilidad de 1993 y 1996», por CESAREO R. AGUILERA DE PRAT, pág. 9.

SUMARIO: INTRODUCCION.—1. LOS PACTOS DE 1993: 1.1. LA ESTABILIDAD Y LA GOBERNABILIDAD COMO PRIORIDADES. 1.2. RAZONES TÁCTICAS Y ESTRATÉGICAS JUSTIFICADORAS. 1.3. OBJETIVOS PROGRAMÁTICOS DE LOS ACUERDOS. 1.4. LA ARTICULACIÓN CONCRETA DE LOS PACTOS.—2. LOS PACTOS DE 1996: 2.1. EL ACUERDO HISTÓRICO DE LAS DERECHAS. 2.2. LOS SOCIALISTAS, EL PP Y CiU. 2.3. LA VALORACIÓN LOS PACTOS DE 1996. 2.4. EL DEBATE SOBRE LA FINANCIACIÓN AUTONÓMICA. 2.5. LA GOBERNABILIDAD Y EL FUTURO DEL ESTADO AUTONÓMICO.—CONCLUSIONES.

«La crisis de la imagen de la política y de los políticos y la responsabilidad de los medios de comunicación», por EDURNE URIARTE, pág. 45.

SUMARIO: LA CRISIS DE LA IMAGEN DE LA POLITICA Y DE LOS POLITICOS Y LA RESPONSABILIDAD DE LOS MEDIOS DE COMUNICACION: CRISIS DE LA IMAGEN DE LA POLÍTICA Y DE LOS POLÍTICOS.—LA RESPONSABILIDAD DE LOS MEDIOS DE COMUNICACION EN LA CREACION DE UNA IMAGEN NEGATIVA DE LA POLITICA Y DE LOS POLITICOS.—DATOS SOBRE LA INFLUENCIA DE LOS MEDIOS DE COMUNICACION: EN ESPAÑA: LAS PERCEPCIONES DE LA ELITE POLÍTICA ESPAÑOLA SOBRE PAPEL DE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN. LAS CONSECUENCIAS PARA LA DEMOCRACIA.

«Presupuestos para una posible puesta en práctica universal de los derechos humanos», por PEDRO FRANCISCO GAGO GUERRERO, pág. 65.

SUMARIO: 1. SUMARIO.—2. LA RACIONALIDAD JURIDICA.—3. EL PROYECTO UNIVERSALISTA DE LOS DERECHOS HUMANOS.—4. ¿HACIA UN ORDEN MONOCENTRICO?—5. LA CONSTITUCION DE LOS DERECHOS HUMANOS COMO PODER.—6. LA EXIGENCIA DE UNA PAZ DEFINITIVA: A) EL CONFLICTO Y EL DERECHO.—7. LA NECESIDAD DE UNA POLITICA UNIVERSAL.—8. EL CONTRATO SOCIAL UNIVERSAL.—9. LA POLITICA DE CONSERVACION DE UN POSIBLE ESTADO MUNDIAL.—10. EL DERECHO INTERNACIONAL COMO ELEMENTO IMPULSOR DE LOS DERECHOS HUMANOS.—11. DEMOCRACIA Y DERECHOS HUMANOS.

«La protección de los menores de edad en Alemania desde una perspectiva constitucional», por CRISTINA ELÍAS MÉNDEZ, pág. 101.

SUMARIO: INDICE DE ABREVIATURAS UTILIZADAS.—I. INTRODUCCION.—II. LA CUESTION DE LA MADUREZ A EFECTOS DEL EJERCICIO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: II.a) LA LEY FUNDAMENTAL DE BONN. II.b) EL DERECHO ORDINARIO. II.c) LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ALEMÁN. II.d) LA DOCTRINA. II.e) RESUMEN Y CONSIDERACIÓN CRÍTICA.—III. LA PROTECCION CONSTITUCIONAL DE LOS MENORES DE EDAD: III.a) LA LEY FUNDAMENTAL DE BONN. III.b) LAS CONSTITUCIONES DE LOS ESTADOS FEDERADOS O LANDER. III.c) EL DERECHO ORDINARIO. III.d) EL DERECHO INTERNACIONAL. III.e) LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ALEMÁN: III.e).1. *Jurisprudencia relacionada con el fundamento constitucional.* III.e).2. *Jurisprudencia relacionada con las leyes de desarrollo.* III.f) LA DOCTRINA: III.f).1. *Opiniones doctrinales en torno a los artículos relacionados con los menores de la Ley Fundamental de Bonn.* III.f).2. *Opiniones doctrinales sobre el Derecho ordinario de menores.* III.f).3. *Opiniones de la doctrina en relación al Derecho internacional de menores.* III.g) RESUMEN Y CONSIDERACIONES CRÍTICAS.—**BIBLIOGRAFIA:** a) BIBLIOGRAFÍA SOBRE LA CUESTIÓN DE LA MADUREZ A EFECTOS DEL EJERCICIO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES; b) BIBLIOGRAFÍA SOBRE LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS MENORES DE EDAD.

«Papel y funciones del Gobierno en Italia. Consideraciones introductorias», por GIANCARLO ROLLA, pág. 131.

SUMARIO: 1. LA RELEVANCIA DE LAS CONVENCIONES CONSTITUCIONALES EN LA EVOLUCION DE LA POSICION CONSTITUCIONAL DEL GOBIERNO EN ITALIA.—2. LA FALLIDA REVISION DE LA NORMATIVA CONSTITUCIONAL EN MATERIA DEL GOBIERNO.—3. LA INCIDENCIA DE LA NORMATIVA PRIMARIA SOBRE LA ORGANIZACION Y LA NATURALEZA DEL GOBIERNO.

«La forma de gobierno italiana entre democracia mayoritaria y reappropriación corporativa de la escena pública», por GIOVANNI PITRUZZELLA, pág. 147.

SUMARIO: 1. LA FORMA DE GOBIERNO ENTRE DERECHO Y POLITICA.—2. LOS PROBLEMAS DE LA TRANSICION: EN PARTICULAR, EL PAPEL DE LOS PARTIDOS Y DEL CUERPO ELECTORAL.—3. LOS PROBLEMAS DE LA TRANSICION: EL AMBIGUO PAPEL DEL JEFE DE ESTADO ENTRE GARANTIA DEL SISTEMA Y PARTICIPACION EN EL «INDIRIZO POLITICO».—4. LOS PROBLEMAS DE LA TRANSICION: EL REFUERZO DEL GOBIERNO Y EL INCIERTO PAPEL DEL PARLAMENTO.—5. LAS ILUSIONES DE LA «INGENIERIA CONSTITUCIONAL»: ALGUNAS CAUSAS DEL FRACASO DE LA COMISION BICAMERAL PARA LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES.—6. EQUILIBRIOS DE LA FORMA DE GOBIERNO Y CULTURA POLITICA.

«La forma de gobierno italiana en la jurisprudencia constitucional: ¿la Corte en defensa del monismo parlamentario?», por TANIA GROPPi, pág. 159.

SUMARIO: 1. UNA PREMISA: LA CORTE CONSTITUCIONAL Y LA «CONSTITUCION DE PODERES» MAS ALLA DE LOS CONFLICTOS DE ATRIBUCION.—2. LA «CENTRALIDAD DEL PARLAMENTO» EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL ENTRE LA FORMA DE ESTADO Y LA FORMA DE GOBIERNO.—3. DE LOS ORGANOS A LAS FUNCIONES: LA FUNCION LEGISLATIVA COMO FUNCION CON CONTENIDO LIBRE: 3.1. LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL SOBRE LAS LEYES MEDIDA Y LA AUSENCIA DE UNA RESERVA DE ADMINISTRACIÓN. 3.2. LOS LÍMITES A LOS DECRETOS DE URGENCIA Y LA EXIGENCIA DE TUTELAR LOS «EQUILIBRIOS INSTITUCIONALES» DE LA FORMA DE GOBIERNO.—4. JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL Y DESARROLLO DE LA FORMA DE GOBIERNO: ¿UN «RUMBO DE COLISION»?

«La participación del sistema autonómico en la formación de la voluntad del Estado», por ELEONORA CECCHERINI, pág. 173.

SUMARIO: 1. EL SISTEMA DE REPARTO DE COMPETENCIAS ENTRE LOS DIVERSOS NIVELES INSTITUCIONALES EN ITALIA.—2. LA EVOLUCION DE LOS INSTRUMENTOS DEL FEDERALISMO-REGIONALISMO COOPERATIVO EN LA EXPERIENCIA COMPARADA.—3. LA AFIRMACION DE LAS FORMAS DE REGIONALISMO COOPERATIVO EN ITALIA: 3.1. LA COOPERACIÓN INSTITUCIONAL. 3.2. LA COOPERACIÓN FUNCIONAL. 3.3. EL DEBER DE AYUDA RECÍPROCA.

REVISTA DE DERECHO CIVIL ARAGONES

Número 2 (1999)

«La responsabilidad por daños producidos por animales de caza», por M.^a ANGELES PARRA LUCÁN, pág. 11.

SUMARIO: I. INTRODUCCION: LA JURISPRUDENCIA ARAGONESA SOBRE DAÑOS PRODUCIDOS POR LA FAUNA.—II. DAÑOS CAUSADOS POR ANIMALES DE CAZA: 1. RESPONSABILIDAD POR ANIMALES DE CAZA Y ORDENACIÓN DE LA CAZA. 2. ¿CUÁL ERA LA REGLA DE RESPONSABILIDAD APLICABLE A LOS DAÑOS PRODUCIDOS POR PIEZAS DE CAZA EN EL MOMENTO EN QUE SE PROMULGÓ LA LEY ARAGONESA DE CAZA?—III. LA NORMATIVA AUTONOMICA ARAGONESA SOBRE RESPONSABILIDAD POR DAÑOS CAUSADOS POR ANIMALES DE CAZA.—IV. REGIMEN JURIDICO: 1. CRITERIOS DE IMPUTACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD: «PIEZAS DE CAZA» Y ESPECIES NO SUSCEPTIBLES DE APROVECHAMIENTO CINEGÉTICO. 2. DAÑOS OCASIONADOS POR ESPECIES DE LA FAUNA SILVESTRE NO SUSCEPTIBLES DE APROVECHAMIENTO CINEGÉTICO. 3. DAÑOS OCASIONADOS POR ESPECIES DE LA FAUNA SILVESTRE SUSCEPTIBLES DE APROVECHAMIENTO CINEGÉTICO: A) *Daños causados por animales procedentes de terrenos cinegéticos*: a) Clasificación de los terrenos y responsabilidad por daños; b) Daños causados por especies cinegéticas procedentes de cotos; c) La «procedencia» de la caza: a') La responsabilidad cuando no es posible precisar la procedencia de la caza; b') Daños causados por especies no cazables en el terreno de donde proceden; c') A modo de conclusiones: la procedencia de la caza y criterios de imputación de la responsabilidad. B) *Daños causados por animales procedentes de terrenos no cinegéticos*.

«El artículo 149.3 CE: la supletoriedad del Código Civil como Derecho estatal respecto de los Derechos Civiles autonómicos (en particular el Derecho Civil aragonés)», por MARÍA DEL CARMEN BAYOD LÓPEZ, pág. 75.

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO GENERAL.—II. DERECHO SUPLETORIO. CONCEPTO, FINALIDAD Y ORIGEN: 1. CONCEPTO. 2. FINALIDAD. 3. HETERO-INTEGRACIÓN. 4. ORIGEN.—III. EL CODIGO CIVIL COMO DERECHO SUPLETORIO DEL DERECHO CIVIL ARAGONES HASTA 1978: 1. ORIGEN: LOS DECRETOS DE NUEVA PLANTA. 2. LA CODIFICACIÓN DEL DERECHO CIVIL ESPAÑOL: LA SUPLETORIEDAD Y LA UNIDAD DEL DERECHO CIVIL ESPAÑOL: A) *Planteamiento*. B) *El Código Civil como Derecho común*. C) *Los Derechos Forales como Derechos excepcionales*. D) *La supletoriedad del Código Civil respecto de los Derechos forales*: a) La postura aragonesa y el artículo 13 del Código Civil; b) Finalidad y valor de la supletoriedad del Código. E) *El Apéndice de 1925*. 3. LA COMPILACIÓN DEL DERECHO CIVIL DE ARAGÓN DE 1967 Y LA REFORMA DEL TÍTULO PRELIMINAR DEL CÓDIGO CIVIL EN 1974: A) *Derecho excepcional-Derecho especial*. B) *La Compilación del Derecho Civil de Aragón de 1967. Principios de jerarquía y posterioridad*. C) *La reforma del Título Preliminar del Código Civil. El artículo 13 del Código Civil. La supletoriedad del Código*: a) Sanción de la coexistencia de Derechos civiles en España; b) Valor de la supletoriedad del Código Civil: supletoriedad de normas.—IV. EL ARTICULO 149.3 CE: EL CODIGO CIVIL COMO DERECHO SUPLETORIO

ESTATAL: 1. PLANTEAMIENTO: A) *El Principio de competencia*. B) *El ordenamiento estatal y los ordenamientos autonómicos*. 2. LA SUPLETORIEDAD DEL DERECHO DEL ESTADO: ARTÍCULO 149.3 CE: A) *Relación entre ordenamientos. Preferencia del Derecho Civil aragonés. Valor y función de la cláusula de preferencia en el ámbito civil*. B) *Finalidad de la supletoriedad: Completud del ordenamiento autonómico y garantía del principio de competencia*: a) La completud del ordenamiento autonómico; b) Garantía del principio de competencia. C) *Características de la supletoriedad del Código Civil como Derecho del Estado*.—V. LA APLICACION DEL CODIGO CIVIL EN ARAGON: 1. APLICACIÓN DIRECTA DEL CÓDIGO CIVIL. 2. LA APLICACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL. AMBITO DE APLICACIÓN, REQUISITO Y LÍMITES: A) *Ámbito de aplicación*. B) *Requisitos y límites para la aplicación del Código Civil como Derecho supletorio*: a) Las lagunas en el ordenamiento jurídico aragonés; b) Requisitos generales para la aplicación del Código Civil en Aragón: el «test de la supletoriedad».

COMENTARIO: El estudio parte de que el Código Civil constituye el Derecho Supletorio, después de la preferente aplicación del Derecho Civil aragonés, establecido así por la propia Compilación aragonesa de 1967, la Constitución Española y el Estatuto de Autonomía aragonés.

Tras iniciar el análisis partiendo del concepto, la finalidad —en relación con la heterointegración de normas— y el origen del derecho supletorio —realizando un interesante recorrido histórico, en general—, continúa con el examen del Derecho Civil aragonés, o mejor dicho, del Código Civil como derecho supletorio del Derecho Civil aragonés.

La autora con buen criterio, y siguiendo una línea cronológica comienza el verdadero examen estudiando el Código Civil como Derecho supletorio del Derecho Civil aragonés hasta 1978: iniciando su exposición desde los orígenes con los Decretos de Nueva Planta. Posteriormente, investiga la supletoriedad y la unidad del Derecho Civil español durante la etapa de la Codificación del Derecho Civil español en la época decimonónica —con las diferentes y transitorias constituciones y los diversos proyectos de Código Civil (el de GARCÍA GOYENA)— donde las relaciones entre el Derecho Civil y los Derechos Forales se articulan a través de dos principios: el de jerarquía y el de supletoriedad. Para llegar a exponer la supletoriedad del Código Civil, se analiza también el valor que tuvo el Código Civil como derecho común y la existencia de los derechos forales como derechos excepcionales a la propia unidad que representaba el Código. Una vez publicado el Código Civil, se establecen en él las relaciones entre el Código —*ius commune*— y el resto de Derechos subsistentes en España. Supletoriedad cuya finalidad se basaba en la unidad y uniformidad del Derecho Civil español, y el valor del *ius commune* que representaba el Código frente a la excepcionalidad de los Derechos Forales, sin olvidar la importancia de la imposición de la supletoriedad del Código. En cuanto al Apéndice de 1925 se perfiló como un derecho excepcional —en el que se derogaba el Cuerpo de Fueros y Observancias del Reino de Aragón—, lo que implicaba la necesidad de acudir al Código Civil a fin de realizar la integración de lagunas (heterointegración).

Llegados a este punto, se acerca al examen del artículo 149.3 CE donde el Código Civil se dibuja como Derecho supletorio estatal al consagrarse un nuevo planteamiento de la pluralidad legislativa española en materia de Derecho Civil que implica la superación del Estado centralista y uniformista. Se

configura el principio de competencia de manera que cada ente autonómico puede legislar en el marco de sus competencias determinadas por la CE y su Estatuto de Autonomía. Aquí es donde cabe hablar del ordenamiento estatal y de los ordenamientos autonómicos que presentan la misma fuerza expansiva, aunque cada uno dentro de sus competencias. En este punto debe valorarse la cláusula de preferencia en el ámbito civil del derecho aragonés.

Por último, finaliza el exhaustivo análisis con la aplicación actual del Código Civil en Aragón, y establece unas reglas y principios, que denomina el test de la supletoriedad que se concreta en tres puntos: aplicación supletoria del Código Civil cuando la institución está prevista en el ordenamiento jurídico aragonés y su regulación presenta deficiencias; la inaplicación del Código Civil en los llamados conjuntos normativos, es decir, en aquellos casos en que la institución no existe en el Derecho aragonés por ser contraria al sistema previsto por el legislador competente; y, por último, el rechazo a la aplicación supletoria del Código cuando la regulación de la institución en ambos sistemas partan de principios distintos, lo que implica la absoluta incompatibilidad entre ambas regulaciones.

«La extinción del usufructo viudal por la celebración de matrimonio canónico en el periodo de vigencia de la Ley de Matrimonio Civil de 1870 (comentario a propósito de una consulta resuelta por el abogado altoaragonés Nicolás de Otto)», por AURORA LÓPEZ AZCONA y JAVIER OLIVÁN DEL CACHO.

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO.—II. LOS TERMINOS DE LA CONSULTA Y LA RESPUESTA DADA POR LA REDACCION DE EL CONSULTOR DE LOS AYUNTAMIENTOS Y DE LOS JUZGADOS MUNICIPALES.—III. LAS EXPLICACIONES DE NICOLAS DE OTTO.—IV. REFLEXION FINAL.

«Los derechos de pastos aragoneses de origen foral (competencias de la Comunidad Autónoma de Aragón, legislación y últimas resoluciones judiciales)», por JOSÉ LUIS ARGUDO PÉRIZ, pág. 137.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. EL PROYECTO (CADUCADO) DE LEY DE PASTOS DE ARAGON: 1. COMPETENCIAS DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ARAGÓN EN DERECHOS DE PASTOS. 2. LOS DERECHOS FORALES DE PASTOS. 3. LEY DE PATRIMONIO AGRARIO, CONCENTRACIONES PARCELARIAS Y DERECHOS DE PASTOS.—III. LA ALERA FORAL.—IV. LAS MANCOMUNIDADES DE PASTOS Y OTRAS COMUNIDADES: 1. LA LEY DE ADMINISTRACIÓN LOCAL DE ARAGÓN: A) *La comunidad de Albarracín*. B) *Otras mancomunidades de pueblos*. 2. OTRAS COMUNIDADES: A) *La Ley de Cooperativas de Aragón y las comunidades familiares*. B) *Las «comunidades» y «sociedades de montes»*.

«Conflictos interregionales entre los Derechos sucesorios españoles», por ADOLFO CALATAYUD SIERRA, pág. 169 (sin sumario).

COMENTARIO: El autor pone de manifiesto, en el presente artículo, un conjunto de problemas dentro del Derecho interespatial, englobados en dos grandes apartados, el primero es el de los conflictos entre derechos españoles:

no conflictos entre regiones o Comunidades Autónomas, sino conflictos de Derecho privado, es decir, relativos a relaciones entre particulares: es el derecho interregional. El segundo apartado se centra en el Derecho sucesorio, sector jurídico que ha tenido más desarrollo en los Derechos regionales españoles.

El estudio parte del sistema interregional español y de sus principios generales, esto es, del artículo 149-1-80 CE, que atribuye al Estado competencia exclusiva en lo relativo para resolver conflictos de leyes, de las diversas normas de los Estatutos de Autonomía, y las normas autonómicas materiales específicas referidas a determinadas instituciones.

En cuanto a la problemática que se suscita en el terreno del Derecho de sucesiones, el autor analiza la ley sucesoria, su ámbito y la ley aplicable a los actos de disposición por causa de muerte. Precisa, a grandes rasgos, cuáles son las materias que caen bajo el ámbito de la ley sucesoria (cuando se abre y defiere la sucesión por causa de muerte, la capacidad para suceder, las limitaciones a la libertad de disposición, la sucesión *ab intestato* en general, los derechos de recobro o reversión, la forma y efectos de la aceptación y repudiación de la herencia, la forma de ordenarse los llamamientos sucesorios, las reglas sobre la ejecución y albaceazgo, administración de la herencia, y sobre los requisitos de forma y fondo y efectos de la partición hereditaria...); y se refiere también a cuáles son las materias ajenas a la misma (como las llamadas ventajas parasucesorias, el acto de disposición por causa de muerte, la capacidad para aceptar o repudiar la herencia, las reglas para la disposición de los bienes heredados por parte de los menores o incapaces).

El acto de disposición por causa de muerte, el testamento o contrato sucesorio se produce, lógicamente, en el momento anterior a la apertura de la sucesión, los conflictos analizados por el autor se concretan en los requisitos de forma del otorgamiento, en los requisitos de capacidad, en el contenido del acto de disposición en sí, en los actos de disposición pluripersonales (testamento mancomunado y contrato sucesorio), y en la revocación e ineficacia del mismo.

Por último se analiza el régimen de los derechos sucesorios del cónyuge viudo (deteniéndose en el sistema anterior a la reforma de 1990; al significado de la nueva regulación, al derecho transitorio, a su ámbito objetivo, a la salvedad de los derechos legitimarios de los descendientes y a otros problemas de integración de normas); y a la particularidad que se prevé sobre el derecho de viudedad aragonés (analizándose las tres reglas del art. 16 del Código Civil).

Concluye el autor exponiendo la necesidad de afrontar una normativa general que articule de modo adecuado el sistema interregional español, sobre todo teniendo en cuenta el desarrollo de las legislaciones civiles coexistentes en España que cada vez con mayor profusión se va incrementando.

«Estudio comparativo de algunos elementos configuradores de la sustitución legal en el derogado artículo 141 de la Compilación de Derecho Civil de Aragón y en la nueva Ley de Sucesiones por causa de muerte», por CRISTINA MAYNAR BONACHO, pág. 199.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. AMBITO SUBJETIVO: 1. SUJETOS QUE TIENEN DERECHO A SUSTITUIR AL LLAMADO.—III. FACULTAD DE EXCLUSION DEL

CAUSAHABIENTE: 1. CRÍTICA DE LA REGULACIÓN DEL ARTÍCULO 141 DE LA COMPILACIÓN. 2. CONCLUSIONES.—IV. EL SUPUESTO DE LA RENUNCIA: 1. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS. 2. LA NUEVA REGULACIÓN. 3. LA FINALIDAD DE LA SUSTITUCIÓN LEGAL Y EL SUPUESTO DE LA RENUNCIA. 4. SUPUESTOS DE RENUNCIA MÁS FRECUENTES. 5. CONCLUSIONES.—V. CONCLUSIONES.—VI. BIBLIOGRAFIA.

REVISTA JURIDICA DE CATALUÑA

Número 2 (2001)

«El internamiento psiquiátrico forzoso en Cataluña: análisis del artículo 255 del Código de Familia y la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil», por MARTA CHIMENO CANO, pág. 321.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. SUJETOS DEL INTERNAMIENTO.—III. COMPETENCIA.—IV. PROCEDIMIENTO: 1. EL DERECHO DE DEFENSA DEL SUJETO A INTERNAR. 2. PROMOTORES DEL PROCEDIMIENTO: a) *En el internamiento ordinario*; b) *En el internamiento urgente*. 3. DILIGENCIAS DE OBLIGADO CUMPLIMIENTO: a) *Dictamen de facultativo*; b) *Examen personal del enfermo por el juez*; c) *Audiencia del sujeto a internar*; d) *Informe del Ministerio Fiscal*. 4. EL INTERNAMIENTO URGENTE. 5. SENTENCIA.—V. EL CESE DEL INTERNAMIENTO.—VI. EL INTERNAMIENTO VOLUNTARIO.—VII. MEDIDAS DE CONTROL DEL INTERNAMIENTO: 1. SUPERVISIÓN PERIÓDICA DEL INTERNAMIENTO. 2. MEDIOS DE IMPUGNACIÓN DE LA MEDIDA DE INTERNAMIENTO: a) *Los recursos*; b) *El procedimiento de Habeas Corpus*.—VIII. EL TRATAMIENTO PSIQUIATRICO COMO OBJETO DE CONTROL.

«Comentarios a la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación», por ANTONIO GARCÍA CONESA, pág. 345.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. EL PROMOTOR.—III. RUINA, VICIO O DEFECTO Y DAÑO: EL ARTICULO 1.591 DEL CODIGO CIVIL Y EL NUEVO MARCO DE LA LEY 38/1999, DE 5 DE NOVIEMBRE: A) PRESUPUESTOS Y CONSIDERACIONES PREVIAS. B) ANÁLISIS DE LA RESPONSABILIDAD DECENAL Y TRIENAL. C) CONCLUSIONES.

«Los perfiles de la recepción de la obra en la Ley de Ordenación de la Edificación», por ANTONIO CABANILLAS SÁNCHEZ, pág. 363.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. EL CONCEPTO DE RECEPCION DE LA OBRA.—III. EL ACTA DE RECEPCION DE LA OBRA.—IV. LAS CLASES DE RECEPCION DE LA OBRA: 1. LA RECEPCIÓN EXPRESA Y LA RECEPCIÓN TÁCITA. 2. LA RECEPCIÓN TOTAL Y LA RECEPCIÓN PARCIAL. 3. LA RECEPCIÓN CON RESERVAS Y LA RECEPCIÓN SIN RESERVAS. 4. LA RECEPCIÓN PROVISIONAL Y LA RECEPCIÓN DEFINITIVA.—V. LOS EFECTOS DE LA RECEPCION DE LA OBRA.—VI. EL RECHAZO DE LA RECEPCION DE LA OBRA.—VII. LA TRASCENDENCIA DE LA RECEPCION PARA CONFIGURAR LAS DIVERSAS RESPONSABILIDADES.

LIDADES DEL CONSTRUCTOR POR LA EJECUCION VICIOSA DE LA OBRA.

«Las garantías lingüísticas ante la Administración de Justicia: cooficialidad y tutela judicial», por INIGO URRUTIA LIBARONA, pág. 393.

SUMARIO: 1. PLANTEAMIENTO.—2. LA COOFICIALIDAD Y LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA: 2.1. LA COORDENADA ORGANIZATIVO-COMPETENCIAL. 2.2. LA COORDENADA MATERIAL: LOS PARÁMETROS SUSTANTIVOS SOBRE LA UTILIZACIÓN PROCESAL DE LAS LENGUAS.—3. LA VINCULACION ENTRE EL USO DE LA LENGUA COOFICIAL Y EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y A UN PROCESO CON TODAS LAS GARANTIAS.—4. A MODO DE CONCLUSION.

REVISTA JURIDICA DE CASTILLA-LA MANCHA Número 30 (Abril 2001)

«Urbanismo y Comunidades Autónomas: la legislación autonómica en materia de ordenación del territorio y urbanismo. El ordenamiento de la Comunidad de Castilla-La Mancha», por ALFONSO ARÉVALO GUTIÉRREZ, pág. 11.

SUMARIO: I. LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL URBANISMO EN LA LEGISLACION ESPAÑOLA: 1. EL URBANISMO Y EL DERECHO DE PROPIEDAD PRIVADA. 2. EVOLUCIÓN DE LOS PRINCIPIOS GENERALES DE LA LEGISLACIÓN URBANÍSTICA DESDE LA LEY DEL SUELO DE 2 DE MAYO DE 1956 HASTA LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 61/1997, DE 20 DE MARZO. 3. LA LEY 6/1998, DE 13 DE ABRIL, SOBRE RÉGIMEN DEL SUELO Y VALORACIONES Y EL PANORAMA DE LA LEGISLACIÓN ESTATAL VIGENTE EN LA MATERIA.—II. LA LEGISLACION DE LAS COMUNIDADES AUTONOMAS: INSTRUMENTOS DE ORDENACION TERRITORIAL, DE PLANIFICACION URBANISTICA Y ORGANIZACION ADMINISTRATIVA: 1. COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ANDALUCÍA. 2. COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ARAGÓN. 3. PRINCIPADO DE ASTURIAS. 4. COMUNIDAD AUTÓNOMA DE LAS ISLAS BALEARES. 5. COMUNIDAD AUTÓNOMA DE CANARIAS. 6. COMUNIDAD AUTÓNOMA DE CANTABRIA. 7. COMUNIDAD AUTÓNOMA DE CASTILLA Y LEÓN. 8. COMUNIDAD AUTÓNOMA DE CATALUÑA. 9. COMUNIDAD AUTÓNOMA DE EXTREMADURA. 10. COMUNIDAD AUTÓNOMA DE GALICIA. 11. COMUNIDAD DE MADRID. 12. REGIÓN DE MURCIA. 13. COMUNIDAD FORAL DE NAVARRA. 14. COMUNIDAD AUTÓNOMA DE LA RIOJA. 15. COMUNIDAD VALENCIANA. 16. País Vasco.—III. EL DERECHO URBANISTICO DE CASTILLA-LA MANCHA. LAS BASES DEL PROCESO: FASES DE LA ORDENACION LEGISLATIVA: 1. LA LEGISLACIÓN DE ORDENACIÓN TERRITORIAL Y URBANÍSTICA DURANTE EL PERÍODO 1982-1997: AUSENCIA DE UNA LEGISLACIÓN PROPIA Y CONSECUENTE ASUNCIÓN DE LA LEGISLACIÓN GENERAL SOBRE RÉGIMEN DEL SUELO Y ORDENACIÓN URBANA. 2. LA ADECUACIÓN DEL SISTEMA A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 61/1997, DE 20 DE MARZO: LA LEY 5/1997, DE 10 DE JULIO, DE MEDIDAS URGENTES EN MATERIA DE RÉGIMEN DE SUELO Y ORDENACIÓN URBANA. 3. LA SINGULARIZACIÓN DE UNA LEGISLACIÓN AUTONÓMICA PROPIA: LA LEY DE ORDENACIÓN DEL TERRITORIO Y DE LA ACTIVIDAD URBANÍSTICA.—IV. EL PROCEDIMIENTO LEGISLATIVO DE APROBACION DE LA LEY DE ORDENACION

DEL TERRITORIO Y DE LA ACTIVIDAD URBANÍSTICA Y SU EFICACIA:

1. LA OPERATIVIDAD DEL ESTUDIO DEL PROCESO DE TRAMITACIÓN PARLAMENTARIA DE LA LEY 2/1998, DE 4 DE JUNIO, DE ORDENACIÓN DEL TERRITORIO Y DE LA ACTIVIDAD URBANÍSTICA DE CASTILLA-LA MANCHA. 2. LA INICIATIVA LEGISLATIVA: EL PROYECTO DE LEY DE ORDENACIÓN DEL TERRITORIO Y DE LA ACTIVIDAD URBANÍSTICA: A) *Elaboración del Anteproyecto de Ley por la Consejería de Obras Públicas y toma en consideración del mismo por el Consejo de Gobierno.* B) *Informes evacuados durante el proceso de elaboración del Proyecto; en especial, el Dictamen del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha.* C) *Aprobación definitiva del Proyecto de Ley por el Consejo de Gobierno.* D) *Estructura y principios inspiradores del Proyecto de Ley de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística.* 3. LA TRAMITACIÓN PARLAMENTARIA DEL PROYECTO DE LEY DE ORDENACIÓN DEL TERRITORIO Y DE LA ACTIVIDAD URBANÍSTICA: A) *Remisión del Proyecto de Ley a las Cortes; los antecedentes del Proyecto. Calificación y admisión a trámite del mismo por la Mesa.* B) *Presentación de enmiendas al Proyecto de Ley; la enmienda a la totalidad formulada y su consideración por el Pleno de las Cortes.* C) *La tramitación en la Comisión de Fomento: aprobación del dictamen y mantenimiento de enmiendas para el debate en el Pleno de las Cortes.* D) *El debate y la aprobación de la Ley por el Pleno de las Cortes.* 4. PROMULGACIÓN, PUBLICACIÓN Y ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY DE ORDENACIÓN DEL TERRITORIO Y DE LA ACTIVIDAD URBANÍSTICA. 5. SUSPENSIÓN DE LA EFICACIA DE LOS ARTÍCULOS 51.1.2, LETRAS d) y e), 69.2, 71.3, 118.2, 152.3.a) Y LA DISPOSICIÓN ADICIONAL ÚNICA DE LA LEY DE ORDENACIÓN DEL TERRITORIO Y DE LA ACTIVIDAD URBANÍSTICA: EL RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD 3.958/1998 Y EL AUTO 46/1999, DE 25 DE FEBRERO, DE LEVANTAMIENTO PARCIAL DE LA SUSPENSIÓN.—V. LOS INSTRUMENTOS DE ORDENACIÓN TERRITORIAL Y DE PLANIFICACIÓN URBANÍSTICA Y LA ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE CASTILLA-LA MANCHA: 1. INSTRUMENTOS DE ORDENACIÓN TERRITORIAL Y DE PLANIFICACIÓN URBANÍSTICA. 2. ORGANIZACIÓN PROPIA DE LA COMUNIDAD EN LA MATERIA.

«La reforma de la recusación y la abstención del órgano jurisdiccional en la Ley de Procedimiento Laboral en virtud de la Disposición Final undécima de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de 7 de enero de 2000, número 1», por JUAN B. LORENZO DE MEMBIELA, pág. 91.

SUMARIO: 1. IMPARCIALIDAD E INDEPENDENCIA JUDICIAL.—2. LA ABSTENCIÓN Y LA RECUSACIÓN COMO MECANISMOS CORRECTORES DE LA AUSENCIA O DEFICIENTE ECUANIMIDAD JUDICIAL EN LA LEGISLACIÓN PROCESAL CIVIL Y LABORAL.—3. CAUSAS DE ABSTENCIÓN Y RECUSACIÓN.—4. PROCEDIMIENTO DE LA ABSTENCIÓN Y RECUSACIÓN.

«Las relaciones jurídicas entre consumidores y empresas turísticas en la Ley de Turismo de Castilla-La Mancha», por PASCUAL MARTÍNEZ ESPÍN, pág. 125.

SUMARIO: I. COMPETENCIA.—II. FINALIDAD.—III. ÁMBITO DE APLICACIÓN.—IV. ESTRUCTURA.—V. DEBERES GENERALES.—VI. DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LAS EMPRESAS TURÍSTICAS.—VII. DERE-

CHOS Y OBLIGACIONES DE LOS USUARIOS TURISTICOS.—VIII. DEBERES DE LOS PODERES PUBLICOS EN RELACION A LOS USUARIOS TURISTICOS.—IX. VALORACION INICIAL.

«La Ley del Deporte de Castilla-La Mancha en el contexto de las Leyes Autonómicas», por JUAN MARTÍNEZ MARTÍNEZ, pág. 151 (sin sumario).

«Sistema de ingresos anticipados en el nuevo Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas», por SATURNINA MORENO GONZÁLEZ, pág. 175.

SUMARIO: I. DELIMITACION DEL OBJETO DE INVESTIGACION.—II. PRINCIPIOS INSPIRADORES DE LA REFORMA Y FUENTES NORMATIVAS EN LAS QUE SE ARTICULA.—III. NOVEDADES MAS RELEVANTES EN MATERIA DE INGRESOS ANTICIPADOS.—IV. APROXIMACION AL CONCEPTO, NATURALEZA Y CLASES DE INGRESOS ANTICIPADOS.—V. INCIDENCIA DEL PRINCIPIO DE CAPACIDAD ECONOMICA EN EL SISTEMA DE INGRESOS ANTICIPADOS.—VI. NUEVO REGIMEN JURIDICO DE RETENCIONES, INGRESOS A CUENTA Y PAGOS FRACCIONADOS: 1. RENTAS SUJETAS A RETENCIÓN O INGRESO A CUENTA. 2. SUJETOS OBLIGADOS A RETENER Y/O INGRESAR A CUENTA: 2.1. *Operaciones de mediación de pago*. 2.2. *Retenciones e ingresos a cuenta atípicos*. 3. NACIMIENTO E IMPUTACIÓN DE LA OBLIGACIÓN DE RETENER Y/O INGRESAR A CUENTA. 4. PROCEDIMIENTO DE CÁLCULO DE RETENCIONES E INGRESOS A CUENTA: 4.1. *Retenciones e ingresos a cuenta sobre rendimientos del trabajo*. 4.2. *Retenciones e ingresos a cuenta sobre rendimientos derivados de arrendamientos y subarrendamientos de bienes inmuebles urbanos*. 4.3. *Retenciones e ingresos a cuenta sobre rendimientos del capital mobiliario*. 4.4. *Rendimientos e ingresos a cuenta sobre rendimientos de actividades profesionales*. 4.5. *Retenciones e ingresos a cuenta sobre actividades agrícolas, ganaderas y forestales*. 4.6. *Retenciones e ingresos a cuenta sobre otros rendimientos*. 5. EFECTOS DE LAS RETENCIONES Y/O INGRESOS A CUENTA: 5.1. *Relación retenedor-Administración*. 5.2. *Relación retenido-Administración*. 5.3. *Relación retenido-retenedor*. 6. PAGOS FRACCIONADOS.—VII. CONCLUSIONES.

«Los Grupos de Acción Local en el marco de la iniciativa comunitaria Leader Plus: un nuevo modelo para la gestión de las ayudas al desarrollo rural», por FEDERICO A. RODRÍGUEZ MORATA, pág. 243.

SUMARIO: I. LA INICIATIVA COMUNITARIA DE DESARROLLO RURAL: LEADER I Y II: 1. LA INICIATIVA COMUNITARIA LEADER 1 (PERÍODO 1991-1993): CARACTERÍSTICAS. SU APLICACIÓN EN ESPAÑA. 2. LA INICIATIVA COMUNITARIA LEADER II (PERÍODO 1994-1999): INNOVACIÓN Y COOPERACIÓN EN LAS ZONAS RURALES.—II. LA INICIATIVA COMUNITARIA DE DESARROLLO RURAL: LEADER PLUS: 1. CONTEXTO Y OBJETIVOS. 2. MEDIDAS SUBVENCIONABLES: CLASES Y PROCEDIMIENTO. PLAN DE DESARROLLO TERRITORIAL Y PROGRAMA REGIONAL: 2.1. *Apoyo de las estrategias de desarrollo rural territoriales, integradas y piloto, basadas en el enfoque ascendente y en la cooperación horizontal*. 2.2. *Apoyo a la cooperación interterritorial y transnacional*. 2.3. *Integración en una red de todos los territorios rurales de la Comunidad Europea*. 3. APLICACIÓN DE LA INICIATIVA LEADER PLUS: ESTRATEGIAS. PROCEDIMIENTOS DE SELECCIÓN Y FINANCIACIÓN. 4. TRA-

MITACIÓN Y PAGO DE LAS AYUDAS. 5. EL RESPONSABLE ADMINISTRATIVO Y FINANCIERO: FISCALIZACIÓN DEL GASTO. SEGUIMIENTO Y EVALUACIÓN. 6. REINTEGRO DE SUBVENCIONES.—III. Los Grupos de Acción Local y el desarrollo rural: 1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES. 2. PAPEL O FUNCIÓN DE LOS GRUPOS DE ACCIÓN LOCAL EN EL DESARROLLO DE LA INICIATIVA COMUNITARIA LEADER. 3. ESTRUCTURA DE LOS GRUPOS DE ACCIÓN LOCAL. LOS ÓRGANOS DE DECISIÓN.

«Los espacios naturales protegidos y la Ley 9/1999, de 26 de mayo, de Conservación de la Naturaleza, de Castilla-La Mancha», por SONIA RUIZ MARTÍNEZ, pág. 295.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. CONCEPTO DE ESPACIO NATURAL PROTEGIDO.—III. OBJETO DE LA LEY.—IV. ESTRUCTURA DE LA LEY.—V. CLASIFICACION DE LOS ESPACIOS NATURALES PROTEGIDOS: BREVE COMPARACION CON LA LEY 4/1989, DE 27 DE MARZO, DE CONSERVACION DE LOS ESPACIOS NATURALES Y DE LA FLORA Y DE LA FAUNA SILVESTRE.—VI. INSTRUMENTOS DE PLANEAMIENTO DE LOS ESPACIOS NATURALES PROTEGIDOS: 1. LOS PLANES DE ORDENACIÓN DE LOS RECURSOS NATURALES. 2. LOS PLANES RECTORES DE USO Y GESTIÓN Y LOS PLANES PARCIALES.—VII. EFECTOS JURIDICOS DE LA DECLARACION DE ESPACIO NATURAL PROTEGIDO.—VIII. LOS ESPACIOS NATURALES ACTUALMENTE PROTEGIDOS EN CASTILLA-LA MANCHA.

«La autonomía local y la impugnación de los actos y acuerdos de las Entidades Locales», por TOMÁS VIDAL MARÍN, pág. 317 (sin sumario).

REVISTA DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE CONCEPCION Número 206 (Julio-Diciembre 1999)

- «La declaración unilateral de voluntad como fuente de obligaciones», por DANIEL PEÑAILILLO ARÉVALO, pág. 7.
- «Juzgado de Garantía (JG) y Tribunales Orales en lo Penal (TOP)», por HÉCTOR OBERG YÁÑEZ, pág. 25.
- «El derecho a edificar en la legislación urbanística», por MARIO MARTÍN PUCHEU MUÑOZ, pág. 37.
- «La internacionalidad de los mercados, la responsabilidad objetiva y la comercialización de productos defectuosos provenientes de Chile», por HALE E. SHEPPARD, pág. 43.
- «Obligación de declarar iniciación de actividades y aviso de término de giro», por ABUNDIO PÉREZ RODRIGO, pág. 75.
- «Algunas consideraciones sobre el régimen de contradicción de las medidas precautorias», por GONZALO CORTEZ MATCOVICH, pág. 93.
- «Arbitraje comercial internacional», por RICARDO HERNÁN SANDOVAL LÓPEZ, pág. 101.

- «En torno a una supuesta preeminencia de la propiedad minera sobre la propiedad del predio superficial», por RENÉ RAMOS PAZOS, pág. 131.
 «Criminalidad sexual y la reforma al Código Penal y a otros cuerpos legales sobre delitos sexuales», por HERNÁN SILVA SILVA, pág. 143.

REVISTA DE DERECHO PUERTORRIQUEÑO

Número 2 (Mayo-Diciembre 2000)

- «Comment on Bush v. Gore and the Clemens-piazza Broken Bat Incident», por FRANK E. GUERRA, pág. 197.
 «Un nuevo concepto de alea contractual», por LUIS F. P. LEIVA FERNÁNDEZ, pág. 223.
 «El discrimen genético», por GISELLE M. RUIZ SOLER, pág. 255.
 «El deber de salvar vidas: responsabilidad criminal vs. inmunidad de responsabilidad civil extracontractual», por MARITZA I. GÓMEZ, pág. 301.
 «Hacia una mejor codificación del Derecho: la promesa de voluntad unilateral como fuente de obligación», por ELÍAS CORREA MENÉNDEZ, pág. 315.
 «Obesidad: pecado social y castigo legal», por MARIEL ALEXANDRA TORRES FELICIANO, pág. 327.
 «Consentimiento escrito de los cónyuges como requisito contractual», por BANESSA MARCANO CAMÍS, pág. 349.
 «El cotejo de recibos al salir de un establecimiento comercial», por JOEL ANÍBAL MONTALVO, pág. 375.
 «Voto presidencial... ¿puertorriqueños excluidos de la democracia?», por JOSÉ CAPÓ IRIARTE, pág. 389.
 «El derecho de visita de terceros», por BRENDA MARIE ACOSTA VÉLEZ, pág. 401.

DERECHO Y REFORMA AGRARIA

Número 31

- «Páramo y trigo, el final de un camino», por RAMÓN VICENTE CASANOVA, pág. 11.
 «La propiedad de las tierras baldías en Venezuela: Breves consideraciones a la luz de la doctrina nacional», por CARLIX MEJÍAS, pág. 39.
 «Estado intervencionista vs. Organización de productores», por LIGIA GARCÍA, pág. 49.
 «De un modo de intervención a la interacción comunitaria en el área rural», por RAÚL GARCÍA PALMA, pág. 63.
 «Catastro: Herramientas necesarias para el desarrollo agrario venezolano», por MARIBEL SUÁREZ MANCHA, pág. 73.
 «Aguas dulces en Venezuela», por ORLANDO DÁVILA RAMÍREZ, pág. 91.
 «Los bosques en Venezuela», por ARLY CARELIS BENÍTEZ RIVAS, pág. 95.
 «El Derecho Agrario venezolano y la cuestión tierra», por OSCAR DAVID SOTO, pág. 103.
 «Principales desafíos de los pueblos indígenas en la actualidad. Venezuela: Un caso de discusión», por VLADIMIR AGUILAR CASTRO, pág. 145.

**REVISTA DE LA ASOCIACION DE ESCRIBANOS
DEL URUGUAY****Números 7 a 12 (Julio-Diciembre 2000)**

- «De las garantías en materia arrendaticia», por RAÚL ANIDO BONILLA, pág. 319.
«La prenda común constituida sobre un crédito hipotecario y la publicidad registral», por SUSANA CAMBIASSO, pág. 357.
«Circulación de documentos», por STELLA A. CÓRDOBA OTAMENDI, pág. 367.
«Propiedad intelectual. Visión del régimen marcario en el Uruguay y en el Mercado Común del Sur (MERCOSUR)», por ZULMA LUACES JORGE y BEATRIZ M. RODRÍGUEZ ACOSTA, pág. 379.
«Prescripción de obligaciones tributarias», por HUGO VILLANUSTRE, pág. 391.

**REVISTA DE CIENCIAS JURIDICAS
DE LA UNIVERSIDAD DE COSTA RICA****Número 92 (Mayo-Agosto 2000)**

- «La Corte Suprema de Justicia responde», por ALFONSO CHAVES RAMÍREZ, pág. 11.
«El Mercosur», por VIVIANA MARLÍN SALAZAR, pág. 19.
«El problema psicológico del testimonio no corroborado», por MARÍA MATAMOROS PERALTA, pág. 39.
«El derecho de acceder a la función pública», por JIMMY BOLAÑOS GONZÁLEZ, pág. 63.
«Sobre un anteproyecto de ley de la jurisdicción contencioso-administrativa», por JORGE ENRIQUE ROMERO-PÉREZ, pág. 87.
«Estado y libertad en Spinoza», por MANUEL CASTRO LOBO, pág. 113.
«La Ley de 25 de julio de 1867 y la vigencia de los derechos indígenas costarricenses», por JORGE FRANCISCO SÁENZ CARBONELL, pág. 137.