

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González Martínez

Año LXXVII • Enero-Febrero 2001 • Núm. 663

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 Albasa.
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 Gálligo.
D. Juan María Díaz Fraile.

COMISIÓN EJECUTIVA:

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

CONSEJERO-SECRETARIO DE LA REVISTA:

D. Francisco Corral Dueñas.

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

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

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

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

Depósito legal: M. 968-1958

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

S U M A R I O

Págs.

ESTUDIOS

«El Derecho Interregional y la foralidad», por CELESTINO PARDO	9
«Vulneración de los derechos de autor en la creación jurídica: obras protegidas, citas y fotocopias», por MARÍA CÁRCABA FERNÁNDEZ	45
«Comentarios a la Directiva y al Proyecto de Ley español de comercio electrónico de 2000. Contenido y proceso de elaboración», por JUAN MARÍA DÍAZ FRAILE	81
«La oposición a la ejecución hipotecaria en la nueva LEC 2000», por JUAN CARLOS RAMÓN CHORNET	123

DICTAMENES Y NOTAS

«El crédito territorial en Cuba en la segunda mitad del siglo XIX», por SERGIO NASARRE AZNAR	213
«La inscripción de antiguas construcciones: ¿medio para inscribir edificaciones ilegales?», por MERCEDES FUERTES	241

ACTUALIDAD JURIDICA

Información legislativa y de actividades, por LA REDACCIÓN	259
--	-----

JURISPRUDENCIA

I. Sentencias del Tribunal Constitucional, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	267
II. Resoluciones de la Dirección General:	
A) Resoluciones publicadas en el <i>BOE</i> , por FERNANDO CURIEL LORENTE	273
B) Resoluciones comentadas, por JUAN MARÍA DÍAZ FRAILE y MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA	284

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	337
c) Arrendamientos, por CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ	355
f) Responsabilidad civil, por JOSÉ MARÍA CORRAL GIJÓN, PATRICIA LÓPEZ PELÁEZ, JUANA RUIZ-JIMÉNEZ, TERESA SAN SEGUNDO MANUEL y LOURDES TEJEDOR MUÑOZ	362

2. Derecho Mercantil, por RAMÓN SÁNCHEZ DE FRUTOS	396
---	-----

3. Derecho Procesal, por ERNESTO CALMARZA CUENCAS	409
---	-----

INFORMACION BIBLIOGRAFICA

«Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», de FRANCISCO LLEDÓ YAGÜE y otros, por M. ^a DEL CARMEN CORRAL GIJÓN	417
«La hipoteca inmobiliaria y el crédito hipotecario», de FRANCISCO DE PAULA BLASCO GASCÓ, por JOSÉ MARÍA CORRAL GIJÓN	419
«El contrato de vitalicio: caracteres y contenido», de SUSANA CHILLÓN PEÑALVER, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	422
«Libro Blanco del sector inmobiliario», de la FUNDACIÓN DE ESTUDIOS INMOBILIARIOS, por JOSÉ MARÍA PÉREZ HERRERO	424
«El derecho de superficie. Aspectos civiles y registrales», de ISABEL DE LA IGLESIA MONJE, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	425

REVISTA DE REVISTAS

Por LA REDACCIÓN. Comentarios de ISABEL DE LA IGLESIA MONJE	429
---	-----

ESTUDIOS

El Derecho interregional y la foralidad

SUMARIO: I. INTRODUCCION: 1. EL ESTADO AUTONÓMICO Y LOS CONFLICTOS DE LEYES. 2. DERECHO INTERNACIONAL Y DERECHO INTERREGIONAL. 3. LAS PECULIARIDADES DE LA COMPETENCIA EXCLUSIVA DEL ESTADO PARA LA REGULACIÓN DEL DERECHO INTERREGIONAL.—II. LOS DERECHOS CIVILES ESPAÑOLES: 1. LOS DISTINTOS DERECHOS CIVILES ESPAÑOLES NO TIENEN VALOR DE ORDENAMIENTOS JURÍDICOS INDEPENDIENTES. 2. EL JUEZ ANTE LA LEY CIVIL FORAL. 3. EL JUEZ Y LA COSTUMBRE. 4. LA COSTUMBRE CONTRA LEY Y EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD. 5. LA COSTUMBRE CONTRA LEY Y LA POSICIÓN CONSTITUCIONAL DEL JUEZ. 6. EL CONFLICTO ENTRE NORMAS; LA ESPECIALIDAD DE LA NORMA CONSUETUDINARIA.—III. CONTENIDO DE LA COMPETENCIA ESTATAL: 1. LIMITACIONES DE CONTENIDO A LA COMPETENCIA EXCLUSIVA DE REGULACIÓN DEL ESTADO EN MATERIA DE DERECHO INTERREGIONAL. 2. POSICIÓN CONSTITUCIONAL DEL ESTADO CUANDO DIRIME CONFLICTOS ENTRE LAS DISTINTAS LEGISLACIONES CIVILES ESPAÑOLAS. 3. DERECHO FORAL Y AUTONOMÍA POLÍTICA. 4. DERECHO FORAL: UN SISTEMA DE PRINCIPIOS. 5. DERECHO FORAL Y COMPETENCIA LEGISLATIVA. 6. LOS CONFLICTOS DE LEYES Y DERECHO INTERREGIONAL.—IV. EL DERECHO INTERREGIONAL ESPAÑOL: 1. LA COMPETENCIA PARA REGULAR LOS CONFLICTOS DE LEYES. 2. LOS PUNTOS DE CONEXIÓN. 3. EL PRINCIPIO DE PERSONALIDAD: LA VECINDAD CIVIL. 4. EL PRINCIPIO DE TERRITORIALIDAD: LA COORDINACIÓN DE LOS PODERES AUTONÓMICOS. 5. LA NECESIDAD DE LA INTERVENCIÓN ESTATAL.—V. LA REGULACION ESTATAL DE LA VECINDAD. 1. EL PRINCIPIO DE PERSONALIDAD Y EL DERECHO PRIVADO. 2. LA CONEXIÓN POR VECINDAD: SU FINALIDAD. 3. LA POSICIÓN DEL CODIFICADOR. 4. LA VECINDAD Y EL PRINCIPIO AUTONÓMICO. 5. EFICACIA EXTRATERRITORIAL DE LA NORMA AUTONÓMICA. 6. LA ACTUALIDAD DE LA SOLUCIÓN DEL CÓDIGO CIVIL. 7. LA COMPETENCIA ESTATAL EXCLUSIVA PARA REGULAR LA EFICACIA DE LAS NORMAS Y LAS REGLAS GENERALES PARA SU APLICACIÓN.—VI. LA COORDINACION DE LOS DERECHOS CIVILES ESPAÑOLES EN LA PRACTICA: 1. COORDINACIÓN Y GARANTÍA DE «PLENO RESPETO». 2. COORDINACIÓN DE LAS DISTINTAS LEGISLACIONES CIVILES ESPAÑOLAS ENTENDIDAS COMO SISTEMAS «PRINCIPIALES». 3. EL CONFLICTO MÓVIL

I. INTRODUCCION

1. EL ESTADO AUTONÓMICO Y LOS CONFLICTOS DE LEYES

La regulación de los conflictos de leyes es una competencia de titularidad estatal. En efecto la Constitución (en adelante «CE») reserva al Estado la regulación de los conflictos de leyes en general (1).

El Tribunal Constitucional ha entendido esta reserva en el sentido de que la regulación de todos los conflictos de leyes es competencia exclusiva del Estado. La importancia práctica de esta interpretación está en que el contenido de la competencia alcanza, no sólo a la regulación de aquellas materias propias del Derecho Internacional Privado, sino también a las que la doctrina civilística suele entender propias del denominado «Derecho Interregional» (2).

Fundamento para semejante interpretación no cabe encontrarla en que exista analogía entre los conflictos de leyes de naturaleza internacional y los de naturaleza interregional. Unos y otros se desenvuelven en planos distintos: no se trata sólo de que no es hoy posible equiparar las instancias autonómicas, con competencia en materia de Derecho Foral, a Estados soberanos sino, y esto es lo importante, de que la libertad de regulación de la ley estatal no es la misma si los conflictos de leyes versan sobre materia internacional que si versan sobre materia interregional.

Ciertamente el Estado, cuando regula conflictos de leyes, decide siempre sobre el alcance de un Derecho extraño a su competencia, y decide, incluso, en posición de parte directamente interesada en el conflicto (2 bis),

(1) La reserva a favor del Estado de la competencia para regular conflictos de leyes está en el torturado artículo 149.1.8 de la CE: «1. El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: (...) 8. Legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles forales o especiales, allí donde existan. En todo caso, las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio, ordenación de registros e instrumentos públicos, bases de las obligaciones contractuales, normas para resolver los conflictos de leyes y determinación de las fuentes del Derecho, con respecto, en este último caso, a las normas del Derecho Foral o especial».

(2) Cpr. la STC (Pleno) 72/1983, de 29 de julio: el Tribunal entiende que, a pesar del contexto en que se formula la reserva («legislación civil»: art. 149.1.8 del CE), la competencia para regular los conflictos de leyes comprende, en el campo interregional también, no sólo los conflictos de leyes civiles sino cualesquiera conflictos de leyes, aunque no sean civiles. Esta amplia interpretación está acogida explícitamente en el voto particular de los magistrados DÍEZ PICAZO y RUBIO LLORENTE. También ahora sentencias 156/1993 y 226/1993 en que se reitera esa doctrina.

(2 bis) No ciertamente siempre en Derecho interregional: los conflictos pueden enfrentarse exclusivamente a legislaciones forales sin que tenga arte ni parte el Derecho llamado común. Asoma aquí la singularidad de la posición del Estado cuando establece Derecho interregional que obliga a reconocerle un cierto papel arbitral o armonizador en esta materia: papel sobre el que nos extenderemos un poco más adelante.

pero ahí se acaban las semejanzas entre la regulación internacional y la interregional.

2. DERECHO INTERNACIONAL Y DERECHO INTERREGIONAL

El alcance de la vigencia en territorio nacional del Derecho extranjero y, en su caso, del Derecho español en territorio extranjero es decidida por el Estado en una posición bien distinta de la que ocupa cuando regula esas mismas cuestiones en el ámbito interno: esto es, cuando delimita la vigencia de las leyes pertenecientes a cualquiera de los distintos sistemas civiles, existentes en España, fuera del territorio que, en principio, les ha sido asignado (3).

La competencia del Estado para la regulación de conflictos de leyes de naturaleza internacional adolece de una característica asimetría. La amplia libertad de que el Estado goza para decidir el alcance de la recepción del Derecho extranjero por los Tribunales y órganos de la Administración española se transforma en absoluta incapacidad para decidir en la situación inversa: el Estado español no tiene competencia directa, obviamente, para decidir la vigencia de Derecho español en territorio y, por tanto, foro extranjero. Cuando de Derecho interregional se trata, la situación es en cambio muy diferente: el alcance de la competencia estatal es, tanto en uno como en otro de los dos supuestos analizados, la misma, pero es siempre, ahí está lo importante, una competencia sujeta, como veremos, a límites estrictos.

i) Por una parte la libertad del Estado para decidir el alcance de la recepción de uno cualquiera de los llamados Derechos forales en territorio en que rige otra legislación civil, incluso en territorio reservado a la legislación del mismo Estado, no es absoluta: la garantía constitucional de los Derechos

(3) Con acierto se ha destacado que la apreciación de conflicto de leyes interregional exige, con carácter previo, a la vista de que la conservación, modificación y desarrollo del Derecho foral está reservada por la CE a los Poderes Autonómicos, dilucidar una cuestión de competencia: las leyes forales, que entran en conflicto, han de ser válidas, es decir, dictadas por las Autonomías que tengan atribuida competencia en esa materia y dentro del marco constitucionalmente reconocido. El principio de competencia implica un juicio de validez previo a la solución de los conflictos de leyes internos, en cuanto depura a los Ordenamientos autonómicos y los deja en condiciones de ser aplicados. Vid. ARCE JANARIZ, *Comunidades Autónomas y conflictos de leyes* (1987), págs. 84-85: «si una competencia pertenece en exclusiva al Estado, se elimina el conflicto de leyes y, si por contra corresponde en exclusiva a las Comunidades Autónomas, el conflicto de leyes es posible». BORRAS RODRÍGUEZ, *Calificación, reenvío y orden público en Derecho interregional* (1984), pág. 22, n. 5, aclara la distinción entre normas atributivas de competencia y normas conflictuales: las primeras apoderan para dictar normas en determinadas materias, mientras que las segundas resuelven supuestos de tráfico privado interlocal.

forales vincula al Poder estatal. El mandato constitucional de respeto al contenido del Derecho foral como un Derecho civil vivo, e independiente del estatal («conservación, modificación y desarrollo») limita la libertad de decisión del Estado en materia de Derecho interregional en mayor grado que, para situación paralela, resulta en Derecho internacional del necesario respeto a las «normas» de buena vecindad o al principio de reciprocidad (4).

ii) Por otra parte, al contrario que en Derecho internacional, el Estado sí puede, en cambio, determinar la vigencia de cualquier legislación civil (también, por tanto, de su propia legislación) en territorio foral y por tanto «ajeno»: una competencia invasora ciertamente incomprensible si la materia tuviese naturaleza internacional. Esta capacidad para definir la vigencia del Derecho propio en territorio ajeno no es, de todos modos, absoluta, puesto que no puede traspasar el límite ya conocido: el ejercicio de la competencia nunca podrá conculcar la garantía de «pleno respeto» de los Derechos Forales o especiales.

En resumen la competencia estatal para dirimir los conflictos de leyes que puedan resultar, a la hora de aplicar las distintas legislaciones civiles, vigentes en España, no puede equipararse a la competencia estatal para resolver los conflictos de leyes cuando la disputa versa sobre materia internacional: la competencia estatal para regular el Derecho interregional debe ejercerse de modo neutral y nunca de modo que se conculque la garantía institucional con que la CE protege a los denominados Derechos forales (5).

(4) La recepción del Derecho extranjero, fuera del caso de la existencia de Tratados, no es obligatoria para el legislador estatal: existen sólo razones de conveniencia para su aplicación. En el caso del Derecho interregional, la aplicación extraterritorial (fuera del territorio de la Autonomía a quien haya sido atribuida la competencia) de cualquiera de los Derechos civiles españoles, resulta del mandato constitucional que obliga a su «conservación y desarrollo». El texto defiende la opinión de que sólo este punto de vista permite justificar el mantenimiento de la vecindad civil, presupuesto del conflicto de leyes, como punto de conexión principal. El recurso a configurar un cierto estatuto personal «interno» a través de la vecindad, lo que supone el reconocimiento implícito de cierta eficacia extraterritorial a las distintas legislaciones civiles autonómicas, sólo parece justificable por mor de la adecuada «conservación» de las instituciones forales: es necesario que la legislación civil se siga aplicando a personas ya no residentes (pero tenidas todavía por vecinos: ahí entra la vecindad) mientras el núcleo de los intereses patrimoniales a proteger (que delimita una determinada institución jurídica) reciba su «conexión de sentido» todavía del Derecho «propio». Sobre extraterritorialidad de las legislaciones civiles, bien que desde la perspectiva opuesta, de nuevo ARCE, cit., pág. 198.

(5) Sobre la diferencia de presupuestos y contenido entre el Derecho interregional y el internacional, vid. el estudio clásico de PECOURT, «El nuevo sistema español de Derecho interregional», en *Primeras Jornadas del Instituto Español de Derecho Foral* (Pamplona, 1975), pág. 41 y sigs. y 65 y sigs. También ahora FERNÁNDEZ ROZAS-SÁNCHEZ LORENZO, *Curso de Derecho Internacional Privado* (1991), pág. 106 y sigs.: «entre el objeto del D.I.Pr. y el del Derecho Interregional existen, sin duda, concomitancias notables pero

3. LAS PECULIARIDADES DE LA COMPETENCIA EXCLUSIVA DEL ESTADO PARA LA REGULACIÓN DEL DERECHO INTERREGIONAL

La importancia práctica de lo hasta ahora razonado está en que, caso de ser ciertas las conclusiones, surgen serias dudas sobre la constitucionalidad de la norma que, tal como sucede hoy en nuestro Derecho, remite en bloque la regulación del Derecho interregional a la vigente en materia de Derecho internacional privado (6).

Las normas de Derecho internacional privado adolecen, por razones por lo demás obvias, del «defecto» de conceder preferencia normalmente a uno de los Derechos que entran en liza: a saber, a la legislación propia del Estado cuya norma de conflicto se aplica. Como hemos visto, y veremos en detalle, el pleno respeto de los Derechos forales, que la CE exige, excluye cualquier discriminación, sea de todos en bloque, sea de uno cualquiera de ellos. En consecuencia, habrá que examinar, caso por caso, si la regulación establecida para determinado conflicto internacional, así como los puntos de conexión elegidos, no suponen discriminación de uno de los Derechos en liza: de ser así, la norma de conflicto (internacional) no sería mecánicamente trasladable y, en consecuencia utilizable, cuando, de legislaciones civiles interestales se trata (7).

también diferencias insoslayables». Acertadamente insisten en que el «principio de unidad del Ordenamiento que acompaña al Derecho interregional (ausencia de jurisdicción propia de los Poderes Autonómicos) introduce notables diferencias». El principio de unidad de jurisdicción no admite dudas en Derecho interregional: los Tribunales Superiores de Justicia culminan la organización judicial unitaria en el ámbito de la Comunidad Autónoma según el artículo 152 de la CE: vid., ARCE, cit. La postura unitaria, que defiende una analogía sustancial entre el Derecho Internacional Privado y el Interregional, ha gozado (y goza) de amplio predicamento en la doctrina: por todos, GONZÁLEZ CAMPOS, *Derecho Internacional Privado. Introducción* (1984), pág. 24. Insiste en la proximidad entambos Derechos, BORRAS, cit., alegando la identidad de técnicas o métodos de reglamentación que utilizan: «regulación de situaciones conectadas a diversos ordenamientos».

(6) Artículo 16 del Código Civil: «1. Los conflictos de leyes que puedan surgir por la coexistencia de distintas legislaciones civiles en el territorio nacional se resolverán según las normas contenidas en el capítulo IV con las siguientes particularidades:

1. Será ley personal la determinada por la vecindad civil.
2. No será aplicable lo dispuesto en los apartados 1, 2 y 3 del artículo 12 sobre calificación, remisión y orden público.

(7) La norma de conflicto encubre una preferencia implícita a favor de la propia legislación: la aplicación de la legislación extranjera no es neutral. La jurisdicción propia aplica la legislación extranjera vista a través de los conceptos propios: basta reparar en los problemas que presenta la «calificación», según Derecho extranjero, una vez haya sido declarado aplicable por la norma de conflicto, así como la llamada «cuestión previa de Derecho nacional». Vid. FERNÁNDEZ-SÁNCHEZ, cit., pág. 461: «la práctica demuestra (...) la aplicación prioritaria del Derecho del Foro (...). Sea como fuere resulta indiscutible que la ley del foro no se sitúa en un plano de igualdad respecto a la ley extranjera, sino en una relación de predominio (...). Incluso cuando la ley del foro no es aplicable, sus

En definitiva el Estado cuando regula la materia interregional no puede imponer una solución al conflicto que otorgue sin más preferencia en la aplicación a una de las legislaciones enfrentadas, ni siquiera a su propia legislación.

No lo justificaría la defensa de la propia soberanía por la sencilla razón de que todas nuestras legislaciones civiles vigentes son fruto, y no sólo el derecho del Código, de una misma soberanía: la de la nación española. Tampoco justificaría la preferencia el principio de defensa de la competencia del propio foro. El fuero, en este caso, es único, aunque aplique legislaciones civiles diversas, porque son todas nacionales (esto es, originadas en instancias competentes residenciadas en España) (8).

II. LOS DERECHOS CIVILES ESPAÑOLES

1. LOS DISTINTOS DERECHOS CIVILES ESPAÑOLES NO TIENEN VALOR DE ORDENAMIENTOS JURÍDICOS INDEPENDIENTES

El mantenimiento de un fuero único, servido por un solo cuerpo de jueces funcionarios, organizado jerárquicamente en una sola carrera (9), es suficiente prueba de que no cabe hablar, si se emplean los términos con precisión, de una pluralidad de ordenamientos jurídicos civiles españoles (10).

categorías jurídicas presiden las operaciones de calificación y delimitación, y los valores del ordenamiento del foro impulsan (determinada) aplicación de las normas de conflicto materialmente orientadas. En efecto, en este último tipo de normas, el legislador puede utilizar formulaciones muy generales, tales como la ley más favorable (...) En la orientación material de dichas normas se halla también (...) un germen de particularismo del sistema del foro (...). De ahí la importancia que para el Derecho interregional tiene la limitación del artículo 16.1.2 del Código: los problemas de calificación han de resolverse con arreglo a la *lex causae*, es decir, al Derecho, sea estatal o foral, llamado a regular el fondo del asunto: cfr. DELGADO, «Comentario del artículo 16», en MINISTERIO DE JUSTICIA, *Comentario del Código Civil* (Madrid, 1991), pág. 169.

(8) Advierte con razón BORRAS, cit., pág. 29, que todas las leyes en presencia reúnen la condición de españolas, a lo que se suma que el poder judicial sea único para toda España: razones ambas que impiden hablar de *leges fori* diferenciadas. Vid. nota 5. De ahí que resulte inaplicable en Derecho interregional la norma sobre calificación del artículo 16.1.2 del Código (en nota 6).

(9) Según OTTO, *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes* (1988), págs. 299-301, la encarnación de ese Poder judicial unitario no sería su Consejo General sino el Tribunal Supremo: «Sólo pueden reconducirse a unidad como jueces y magistrados, como Poder Judicial, a través del ejercicio de la propia función judicial con criterio homogéneos, a través de los mecanismos que hacen, del conjunto de los jueces, un juez».

(10) Contra, insistiendo sobre la existencia de una pluralidad de Ordenamientos, HERRERO DE MIÑÓN, «Marginales al nuevo Título Preliminar del Código Civil», en REDA (1974) 388: «Según el nuevo artículo 13, los derechos forales son distintos entre sí y

Existe ordenamiento cabalmente no sólo cuando existen normas distintas o sistemas jurídicos que se inspiran en principios de derecho material diferentes. La sustancia del ordenamiento está en la singularidad e independencia de una organización propia. Más que en las normas, la singularidad del ordenamiento radica precisamente en la organización: los mecanismos que el sistema dispone para homogeneizar las decisiones que los diferentes centros de decisión deben adoptar con arreglo a las normas promulgadas (10 bis). En el caso español, el ordenamiento es único, sencillamente por que la organización encargada de aplicar las distintas normas es también única: la judicatura es la misma para todo el territorio español (11).

Esta unidad de organización, que excluye la pluralidad de ordenamientos jurídicos, no deja, sin embargo, de pasar por curiosos trances. La principal es que la posición de sometimiento a la ley que la CE reserva al juez constitucional, no es adoptada en el mismo grado por las distintas legislaciones civiles, por la sencilla razón de que la preeminencia de la ley no es respetada, de igual modo, por cada uno de los Derechos civiles españoles (12).

La libertad en la aplicación del Derecho por el juez, su grado de sometimiento a la ley, no es idéntico en todo el territorio español: el principio de

respecto del recogido en el Código Civil (...) porque carecen de una fundamentación formal común, reduciéndose el artículo 13 a señalar el ámbito de vigencia de uno de ellos: el derecho codificado de Castilla. Que ello ocurra a la vez que el Título Preliminar adquiere verdadero rango de Introducción al Ordenamiento, demuestra que no hay ya un solo ordenamiento al que introducir, sino a varios».

(10 bis) El estatuto de funcionario sería así un instrumento de uniformización de la conducta de los servidores del Estado cuya finalidad estriba en limitar, en la medida necesaria, el juego —por otra parte ineliminable, ya que existe en toda decisión— de la personalidad del encargado de tomarla.

(11) Se toma el concepto de Ordenamiento, evidentemente, de SANTI ROMANO, *L'Ordinamento giuridico* (1945), pág. 13: ordenamiento es el complejo de normas y organización.

(12) Artículo 117.1 de la CE impone sumisión exclusiva del juez al imperio de la Ley: «la justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del Poder judicial, independientes (...) y sometidos únicamente al imperio de la ley». Sobre la sujeción del juez a la Ley, entendida en sentido amplio ya que comprendería en realidad «todo el Derecho», vid., OTTO, cit., págs. 301-303: «la propia Constitución reconoce otras normas (que la ley parlamentaria)», por lo que «reducir el derecho a la ley parlamentaria (...) significa hacer de éstas (las otras normas) algo carente de toda eficacia, en cuanto que el juez no estaría obligado a aplicarlas en ningún caso. Con tal planteamiento son difícilmente imaginables las jurisdicciones administrativa y laboral. También es difícil con ese planteamiento explicar por qué la costumbre es fuente del derecho, pues evidentemente no cabe en el concepto de ley así entendido». Adviértase que OTTO piensa en la costumbre *praeter o secundum legem*, no en la *contra legem*, pues se volvería contra sus propósitos: su interés está en demostrar que la «creación jurisprudencial está en todo momento subordinada a la voluntad del legislador»; lo que no pasa si se da juego a la costumbre contraria. La subordinación del juez al legislador es uno de los núcleos del Estado de derecho: FORSTHOFF, «Il vincolo alla legge ed al Diritto», en GIUFFRÉ (ed.) *Stato de Diritto in trasformazione* (1973), pág. 235 y sigs.

legalidad, en materia civil, no goza de un mismo reconocimiento por los distintos Derechos civiles españoles. Curiosamente esta libertad no puede por menos que alterar la posición reconocida al juez en el proceso de aplicación del Derecho. Se ha dicho que el juez es independiente (de todos los demás poderes) precisamente porque sólo sirve a la Ley: la libertad del juez frente a la ley, ¿no transforma el sentido de su propia independencia? (13).

2. EL JUEZ ANTE LA LEY CIVIL FORAL

Evidentemente el problema sólo surge cuando un determinado Derecho foral no garantiza la preeminencia de la ley. Dicho de otro modo, estamos ante el discutido problema de la llamada costumbre contra ley (14).

El juez, en un sistema jurídico que reconoce preeminencia a la costumbre, no puede proceder, sin más, a aplicar la ley al caso que regula: con carácter previo debe pronunciarse sobre su vigencia. La apreciación de la existencia de una costumbre contraria subordina la norma de origen parlamentario (la ley) a la que directamente el pueblo ha dispuesto a través de su propia conducta (costumbre), repetida con la convicción de estar definiendo Derecho. Esta sustitución de la definición parlamentaria (democracia indirecta) del Derecho por la que el mismo pueblo haga (democracia directa) parece en principio elogiable. Pero no deja de implicar graves peligros que no se escapan al político avisado.

Los defensores de la aplicación preferente de la costumbre no consiguen precisar, de modo adecuado, cuáles serían las fuentes de conocimiento de las costumbres vigentes. Con razón los partidarios radicales de la costumbre se niegan a aceptar que sus fuentes de conocimiento tengan necesariamente que

(13) La frase es de SCHMITT, *Teoría de la Constitución* (1982), pág. 162: «La independencia del juez respecto a los mandatos oficiales, por ejemplo, tiene su esencial correlato en la dependencia del juez respecto de la Ley». Hoy es un lugar común. Cmpr. GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho procesal civil* (1976), pág. 52: «El juez no está sometido tampoco al legislador sino a su voluntad formalmente expresada, o sea: está sometido a la ley (...) El sometimiento del juez a la ley y su independencia frente a todo lo que no lo sea son correlativos; son como dos caras de una misma cosa (...) No habiendo aplicación de una voluntad ajena no existe jurisdicción sino arbitrio». Disputan nuestros constitucionalistas sobre si la independencia judicial exige generalidad en la ley: contra OTTO, cit., pág. 179 y sigs. Sin embargo, vid., ahora para la defensa sin ambages de un concepto material de ley, RUBIO LLORENTE, «El principio de legalidad en CEC» (ed.), *La forma del Poder. Estudios sobre la Constitución* (1993), págs. 366-367 esp.

(14) Paradigmática es la formulación navarra. Artículo 2 de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra: Prelación de fuentes. En Navarra la prelación de fuentes de derecho es la siguiente: 1. La costumbre. 2. Las leyes de la presente compilación. 3. Los principios generales del Derecho Navarro. 4. Derecho supletorio. Interesa ahora sólo remitir al artículo 1 de la nueva Compilación gallega.

adoptar forma escrita y, mucho menos, que la competencia para su recopilación o formulación deba reconocerse únicamente a la instancia legislativa. Poca diferencia existe entre un sistema legal y otro consuetudinario en que la vigencia de la costumbre pudiera ser apreciada sólo por el Parlamento: el diablo expulsado por la puerta regresaría por la ventana.

Ahora bien el reconocimiento de la tradición oral como vehículo adecuado para conocer la norma consuetudinaria, sobre todo si se da preferencia a la costumbre local frente a la general, tampoco parece una solución apropiada: obligaría al juez a decidir en el mismo proceso no sólo sobre cuáles sean los hechos que delimitan el caso controvertido, sino también los que permiten reconocer el Derecho por el que se ha de regular el conflicto planteado. Reducir la cuestión de derecho también a una cuestión de hecho, con la consiguiente necesidad de prueba en cada caso del Derecho aplicable, otorgaría al juez un amplio margen de discrecionalidad (15).

3. EL JUEZ Y LA COSTUMBRE

En esta situación, no sólo sería el juez la instancia decisoria de conflictos con arreglo a Derecho sino que también le correspondería la definición del Derecho que debe aplicar: si opta por la aplicación de alguna costumbre, sobre todo si es local, serán pocas las posibilidades de revisar el fundamento jurídico de la decisión que haya adoptado. En efecto, de seguirse esta vía, los jueces retendrían no sólo la competencia de juzgar sino también la competencia para, con carácter previo a su decisión, definir los términos del Derecho material que justificarán el sentido de la resolución emitida.

(15) Se entiende, por lo tanto, como una defensa de su propia preeminencia jurisdiccional, la doctrina, que late en muchas sentencias del TS, por la que se prohíbe a los jueces investigar de oficio la existencia de la costumbre, de modo que la pretensión amparada en ella debe rechazarse como «infundada» por falta de prueba: cmpr. ALCALÁ ZAMORA, «La prueba del Derecho consuetudinario», en *RDP* (1934), 145 y sigs. Con razón LALAGUNA, *Jurisprudencia y fuentes del Derecho* (1969), pág. 294 y sigs., entiende que «las afirmaciones del Tribunal Supremo de que la costumbre ha de probarse en juicio para ser aplicada, se traducen así prácticamente en una posibilidad de variación del orden jerárquico de las fuentes establecido en el artículo 6 del Código Civil». Para, a continuación, razonar: «La única cautela que debe guardar el juez es que la costumbre haya sido alegada, para salvar el principio de igualdad procesal, que si se admite que afecta a la norma consuetudinaria en lo que ésta tiene de fáctico, obliga a dejar que se establezca la oportunidad de que el hecho que revela la existencia de la costumbre pueda ser discutido por la parte a quien perjudique». Para, finalmente, concluir: «no hay, en suma, una doctrina legal que impida a los tribunales la investigación de oficio del Derecho consuetudinario y hay, en cambio, casos claros en que una costumbre, que se declara o se supone existente por el Tribunal, es considerada como Derecho vigente por el Tribunal Supremo».

Pocas dudas caben que, si fuese ésta la situación, el principio de legalidad sufriría inevitable daño y que la posición del juez en estos casos se asemejaría a la de un juez medieval. Los jueces serían señores territoriales que, por el hecho de detentar la Jurisdicción, retendrían también indirectamente la competencia para apreciar, entre las distintas posibilidades de solución del conflicto, cuál procede aplicar: es decir, al juez correspondería la solución del caso más que con arreglo a la ley con arreglo a su sentimiento de lo justo (16).

Ahora bien, sistemas jurídicos no normativos, sino de justicia, definen el llamado Estado Jurisdiccional y excluyen el Estado de Derecho clásico de absoluta preeminencia de la Ley.

4. LA COSTUMBRE CONTRA LEY Y EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

No es, ciertamente, esta la situación actual, ni siquiera en aquellos territorios de Derecho foral en que se reconoce preeminencia a la costumbre sobre la ley. Varias razones permiten confirmar este optimismo:

i) En primer lugar, aunque ciertamente es cuestión dudosa si la preeminencia de la costumbre deriva de la misma CE (que exige «pleno respeto al sistema de fuentes» de cada Derecho foral) o de la oportuna Ley foral que le reconoce preferencia frente a ley; lo cierto es que la preeminencia de la costumbre resulta siempre de una ley, aunque sea una ley constitucional, que, en consecuencia, es siempre el título que justifica su vigencia. La costumbre se impone a la ley sólo porque la ley lo quiere: no de otra forma podría ser en un régimen constitucional. La preeminencia de la costumbre es derivada y derivada, como no podía ser de otro modo, de la ley misma: nuestro ordenamiento no conoce auténticos sistemas de derecho consuetudinario (17).

(16) «Cuando los Tribunales de instancia aplican una costumbre (...) el Tribunal Supremo se atiene al hecho de que la costumbre aplicada existe»: LALAGUNA, cit., págs. 297 y 307: «En cuanto la vigencia de la costumbre depende de los hechos, su aplicación como norma jurídica encuentra, en el ámbito de la casación, un límite infranqueable: los hechos a que está vinculada la existencia de la costumbre han de ser apreciados por los tribunales de instancia; por tanto, antes, de entrar en el ámbito de la casación». Para la problemática decimonónica del origen y desenvolvimiento de la casación, en concreto la defensa de «ley clara y terminante», es decisiva la lectura (buen resumen de su monumental estudio sobre la casación) de CALAMANDREI, *Sistema di Diritto processuale civile* 1 (1936), pág. 660 y sigs.

(17) Razona de modo semejante OTTO, cit., pág. 86, para justificar que el Código acoja otras fuentes de Derecho que no son la Ley —costumbre y principios generales, no ciertamente la costumbre contra ley—: «el establecimiento junto a la ley de otras dos fuentes —la costumbre y los principios generales del derecho— no previstas constitucionalmente de manera expresa, es lícita en cuanto no contravenga lo dispuesto en la Constitución. Esta misma dispone que compete al Estado (!) la «determinación de las fuentes del derecho», con respecto al derecho foral o especial (...). El legislador (parece entonces que estatal), por

ii) En segundo lugar, el hecho de que el Código haya reconocido cierto valor a la costumbre (subordinada a la ley y siempre que sea una costumbre local) aproxima el sistema civil estatal a los forales. Nuestro sistema de más general aplicación (Código Civil) tampoco reconoce una vigencia indiscutible al principio de legalidad (aún entendido en sentido amplio: sujeción del juez no sólo a ley formal sino también la material). En resumen, nuestros Derechos civiles parten todos de un mismo planteamiento: reconocen valor a la costumbre sólo cuando se demuestra que no hay ley aplicable al caso. La única diferencia relevante, observados los distintos sistemas desde la óptica del principio de legalidad, es el diferente rigor formal que exigen para entender derogada la norma de naturaleza legislativa. De hecho la especialidad de la foralidad no radica tanto en la existencia de una jerarquía de fuentes distinta como en el reconocimiento de formas de derogación de la ley que no pasan por la ley misma: la costumbre contraria también deroga la ley. La especialidad no chocaría tanto con el viejo artículo 6 del Código Civil, como con sus artículos 5 y 1.976 (todos según la redacción originaria) (18).

iii) En tercer lugar, los sistemas forales, que admiten la costumbre contra ley, suelen restringir su uso. El expediente suele ser sencillo: se limitan las fuentes de conocimiento de la costumbre o, al menos, se da preferencia a

tanto, puede incluir en el ordenamiento nuevas fuentes (...). Tal sistema de fuentes no operará, sin embargo, más que en la medida en que la Constitución o la propia ley no lo excluyan, para una materia en concreto o para un sector del ordenamiento (...). Una interpretación tan centralista, pero posible desde la letra del artículo 149.1.8 de la CE, que entiende que la determinación de fuentes sean o no forales, corresponde al Estado, todavía no ha sido discutida en la doctrina ni planteada ante la Jurisdicción constitucional —la formulación de las fuentes de los Derechos forales, respetando su jerarquía propia, correspondería a la legislación del Estado—. En cualquier caso la interpretación de OTTO tiene el mérito de destacar hasta qué punto el Derecho foral es independiente de la instancia parlamentaria (autonómica), encargada de custodiarlo y desarrollarlo.

(18) Todos los sistemas civiles españoles, en principio, tienen por vigentes las leyes correctamente promulgadas: la única peculiaridad de los sistemas forales, que admiten la costumbre contra ley, radica en que sólo presumen, en tanto no se aporte prueba de una costumbre contraria, que la ley formalmente promulgada sigue vigente y, en consecuencia que, en principio, contiene el Derecho aplicable. Esta interpretación es más factible para Galicia y para Aragón que para Navarra, que sí tiene un precepto que establece una jerarquía de fuentes: su ley dos. En todo caso la infracción de la jerarquía (art. 9.3 de la CE: la Constitución garantiza el principio de legalidad y la jerarquía normativa) invalida la norma inferior sólo si el ordenamiento así lo dispone: podría ser que su infracción implique sólo la derogación de la norma inferior y, por tanto, estemos sólo ante un problema de ineficacia o inaplicación. Cfr. RUBIO, *La derogación de las leyes en CEC* (ed.), cit., págs. 403-404. La diferencia práctica está en que, en un caso, la decisión adoptada será nula y, en el otro, no, pero incurrirá en responsabilidad el decisor. Es en este terreno de la derogación, y de una debilitación de la fuerza de ley en determinadas materias, sobre lo que discute el texto. Sobre el origen de la inclusión en artículo 6 del Código, a última hora, de la costumbre como una de las fuentes del derecho, vid. LALAGUNA, cit., pág. 277 y sigs.

algunas. En el caso de Galicia, la costumbre, recogida en las sentencias de su Tribunal Superior o del Supremo, no precisan prueba de su existencia. Esta medida, de hecho, provoca la aplicación preferente de la costumbre reconocida por el Tribunal Supremo o el Superior del territorio (19).

5. LA COSTUMBRE CONTRA LEY Y LA POSICIÓN CONSTITUCIONAL DEL JUEZ

De todos modos no cabe duda que los sistemas forales, sobre todo si conceden preferencia a la costumbre local frente a la general y no limitan las fuentes de su conocimiento, reconocen ciertamente a la judicatura poderes que exceden con mucho de los propios del juez que tiene en mente la CE.

Esta excepcionalidad no deja de tener consecuencias: los mecanismos de control del juez están pensados para vigilar su subordinación a la Ley —como expresión más típica de un sistema de formulación normativa independiente, por general y anterior al caso controvertido—, y se adaptan mal al caso del juez que dispone, hasta cierto punto, del Derecho a aplicar.

Cabe preguntarse cómo será posible apreciar, por el Tribunal Superior, infracción en la aplicación del Derecho por el juez de instancia si éste puede disponer del derecho aplicable al caso concreto que resuelve: sea porque aprecia una costumbre local que deroga cualquiera otra más general; sea porque entiende que asiste al nacimiento de una nueva costumbre; sea, en fin, porque como cuestión de hecho le corresponde, sólo a él, determinar la vigencia y, en consecuencia, identificar cuáles son las costumbres a aplicar. Ninguna de estas afirmaciones podrá ser rebatida en casación.

El juez constitucional es independiente porque sólo es dependiente de la ley. Si la ley no resiste a la costumbre contraria, el estatuto orgánico del juez pierde sentido y se imponen nuevos mecanismos de sujeción del juez (que en un Estado democrático carece de legitimación política) a la voluntad del Parlamento (20).

(19) Para Galicia, artículo 2 de la nueva compilación. Débese a ALCALÁ ZAMORA, cit., pág. 147, la popularización de la idea que las sentencias en que se reconoce vigente una costumbre tienen valor probatorio para decisiones futuras. «Cuando la existencia de una costumbre esté registrada por la jurisprudencia, en el caso de que la parte contraria esgrima la fuerza derogatoria del desuso, tendrá que ser ella quien pruebe tal desuso, porque, cuando una sentencia admite una costumbre, dado el carácter de norma general que ésta tiene, es absurdo pensar que se le reconozca eficacia para un litigio en concreto y, por tanto, acreditada su existencia una vez, quedará proclamada para todas las sucesivas, mientras no se pruebe lo contrario».

(20) Sobre la utilidad de los mecanismos que vigilan y aseguran la sujeción del juez a la Ley y, en consecuencia, sobre la situación en que se encuentra la discusión doctrinal sobre la llamada responsabilidad judicial, vid., por todos: I. Díez PICAZO, *Poder judicial y responsabilidad* (1990).

6. EL CONFLICTO ENTRE NORMAS: LA ESPECIALIDAD DE LA NORMA
CONSUETUDINARIA

El conflicto de normas supone que las normas en contradicción están perfectamente identificadas. De otro modo no sería posible apreciar que entran en conflicto. Lo grave es que los sistemas, que reconocen preeminencia a la costumbre, carecen de la precisión necesaria, en sus criterios materiales de decisión, para apreciar automáticamente si se produce una contradicción entre el contenido de la regulación propia y la adoptada por el sistema extraño.

Siempre que entremos en las llamadas «materias mixtas», sea por razón de las cosas o las personas, para apreciar conflicto, será preciso, con carácter previo, determinar el contenido de la regulación de los sistemas que entran en contacto. El reconocimiento a la costumbre del superior rango jerárquico, por desgracia, dificulta mucho el cumplimiento de este requisito.

La dificultad no es, sin embargo, insuperable. Para apreciar la existencia de conflicto no basta con que alguna de las partes tenga diferente condición civil. Es preciso, además, que no sea idéntica la regulación material que establezcan los derechos que, por razón de esa diferente condición de las partes, entran en contacto. Y esto es lo importante; la existencia de esa contradicción, aunque no resulte del examen de sus respectivas leyes materiales, no puede desecharse; y no puede desecharse por una sencilla razón: la última palabra sobre el contenido material de los sistemas en contacto la tiene la costumbre, incluso local, y no la ley.

Ciertamente cuando la contradicción material de las regulaciones resulte de lo que establezcan normas consuetudinarias, y el juez del caso las desconozca o dude de su vigencia, será la parte que las alega quien deberá ofrecer la prueba de los extremos que ofrezcan duda (20 bis). Pero lo realmente importante es que el juez, mientras otra cosa no le conste, debe presumir vigentes, en territorio foral, las normas legales recogidas en las respectivas Compilaciones. Se aprecia ahora la importancia práctica de la interpretación que reduce la especialidad foral de la costumbre denominada «contra ley» a la simple admisión de una forma más laxa de derogación de las leyes. De este modo se consigue salvar adecuadamente un importante escollo: siempre que al juez no le conste su derogación, por desuso, tendrá por vigentes las leyes formalmente promulgadas y, en consecuencia, deberá atenerse a ellas únicamente para apreciar la existencia de conflicto.

(20 bis) Entiéndase bien: no se trata de equiparar la aplicación judicial de la normativa consuetudinaria a la que se dispensa a la ley extranjera *ex* artículo 12 del Código, sino de atender a lo que, en cada caso, disponga el sistema foral, cuya aplicación se pide, para la prueba de la costumbre.

III. CONTENIDO DE LA COMPETENCIA ESTATAL

1. LIMITACIONES DE CONTENIDO A LA COMPETENCIA EXCLUSIVA DE REGULACIÓN DEL ESTADO EN MATERIA DE DERECHO INTERREGIONAL

El pleno respeto a los Derechos forales impide que el Estado, por vía del Derecho interregional, realice gratuitas agresiones a la plena vigencia de los Derechos forales, sea privilegiando a uno de ellos sea, lo que ciertamente parece muy posible, a su propia legislación civil.

La garantía constitucional de «pleno respeto» exige, en consecuencia, un trato paritario entre las legislaciones civiles vigentes en España a la hora de disponer las normas que dirimirán los posibles conflictos entre sus leyes. La opción por soluciones que limiten la aplicación del Derecho Foral en su propio territorio sólo será aceptable si está justificada desde un punto de vista constitucional (en defensa de un valor superior) o viene impuesta por la necesidad de guardar escrupuloso respeto a (la naturaleza de) instituciones «extrañas» cuando, por la razón que sea, proceda su aplicación en territorio propio (21).

En cualquier caso la coordinación de los diferentes sistemas civiles debería garantizar que sus respectivas legislaciones, a tenor de los principios jurídicos que las informan, tengan las mismas oportunidades de aplicación, por cuanto se parte, en esta materia, de un dato indiscutible: constitucionalmente hablando, los diversos valores que explicitan las distintas legislaciones forales merecen la misma tutela (21 bis).

(21) Respeto que puede justificar «invasiones» de alcance superior a las que derivan de la mera igualdad de trato: derecho a la expansión extraterritorial del derecho propio en la situación inversa por razón del principio de reciprocidad: cfr. más adelante.

(21 bis) Entiende BERCOVITZ, «Comentario al artículo 14 del Código Civil», en ALBALADEJO-DÍAZ ALABART (comps.), *Comentarios al Código Civil y las Compilaciones forales 1.2* (1995), pág. 1220, que: «el principio de igualdad y el principio de reciprocidad entre los derechos civiles coexistentes en España carecen de respaldo constitucional». El «régimen de igualdad» se apoyaría en la Base 7.2 de la Ley 3/1973, para la determinación de la vecindad civil. De ser así, la garantía de igualdad tendría sólo un respaldo legal: bastaría una norma con fuerza de ley para eliminarla. Debe reconocerse que esta óptica probablemente explica algunas soluciones concretas del TC. Así, cuando acepta la constitucionalidad del artículo 14.3.1 del Código Civil: si al nacer el hijo, o al ser adoptado, los padres tuviesen distinta vecindad civil, el hijo tendrá la que corresponda a aquél de los dos respecto del cual la filiación haya sido determinada antes; en su defecto, tendrá la del lugar de nacimiento y, en último término, la vecindad civil común. Cpr. STC 226/1993, de 2 de agosto. Ahora bien, el TC piensa en algo más que la ley ordinaria cuando proscribía la preferencia incondicionada del llamado Derecho común o «manipulación o tergiversación arbitraria» y vela por un «igual ámbito de aplicación para todos los ordenamientos civiles que coexisten en España» (STC 156/1993): no se entiende dónde estaría el fundamento de esta limitación, a la libertad de regulación del legislador estatal, si se prescinde de la Constitución misma.

i) Deben estimarse constitucionales las restricciones a la plena vigencia de cualquier Derecho civil que resulten por mor del necesario respeto a un derecho fundamental o a un principio jurídico que reciba una superior protección de la propia CE.

ii) A la hora de elegir un modelo de coordinación de las distintas legislaciones civiles, parece adecuado atenerse al principio de reciprocidad: las limitaciones a la aplicación de un determinado Derecho foral en territorio propio y, en consecuencia, el reconocimiento de eficacia extraterritorial a Derecho extraño, deben ser admitidas sólo si, para una situación semejante pero de signo inverso, el Derecho foral cuya aplicación ha sido restringida puede esperar el mismo trato.

iii) El principio de reciprocidad, sin embargo, no es la «piedra filosofal» que permitirá solventar todos los problemas de Derecho interregional: la oferta de reciprocidad no justifica la adopción de cualquier régimen conflictual. La reciprocidad es un criterio formal insuficiente cuando el sistema conflictual resultante conculca la sustancia de la propia foralidad (el contenido del derecho civil propio que la CE protege), esto es, cuando la renuncia, por mor de la reciprocidad, a la aplicación del Derecho propio, implique la vulneración de uno de los principios básicos del sistema jurídico cuya inaplicación se pide (22).

Este régimen de equilibrio entre los distintos sistemas civiles españoles no es fácil de articular. La razón es simple: los principios a que responden las distintas regulaciones materiales no sólo no son los mismos, sino que en algunos casos entran en flagrante oposición cuando no en contradicción lisa y llana. Esta dificultad se aprecia especialmente en el campo sucesorio y, de rebote, en el económico matrimonial: la finalidad perseguida por un sistema sucesorio se trastoca cuando se le superpone una ordenación legitimaria de naturaleza extraña o se intercala un régimen matrimonial inadecuado. La regulación del patrimonio familiar es un *continuum* del que son sucesivos peldaños las aportaciones matrimoniales de los cónyuges; las de sus padres, ya sea *inter vivos*, con ocasión o no de matrimonio, ya sea *mortis causa*; y los derechos legitimarios, bien de los futuros hijos bien del cónyuge supérstite.

Se trata ahora de dilucidar los límites de la competencia estatal para poner orden en esta disparidad de regulaciones de modo que, sin merma del principio de seguridad jurídica, se consiga ofrecer un marco adecuado para el respeto, que la norma constitucional exige, de los Derechos forales.

(22) Sólo la Compilación Navarra hace referencia expresa a la condición de reciprocidad como requisito. Vid. la Ley 11: «La adquisición, conservación, pérdida y recuperación de la condición foral de navarro se rige por la legislación general, conforme al principio de reciprocidad».

2. POSICIÓN CONSTITUCIONAL DEL ESTADO CUANDO DIRIME CONFLICTOS ENTRE LAS DISTINTAS LEGISLACIONES CIVILES ESPAÑOLAS

La competencia del Estado para dirimir conflictos de Derecho Interregional exige de éste un especial esfuerzo de imparcialidad. El Estado es, por una parte, titular de la competencia sobre la llamada (en realidad sólo sobre una determinada) legislación civil, la «común», y, por otra, es competente para decidir el alcance de su regulación cuando entra en colisión con otra distinta, incluso en territorio reservado a esta última: en muchos casos el Estado, cuando de conflictos de leyes civiles se trata, ocupa una peligrosa posición de juez y parte (23).

(23) El mérito de haber destacado que el artículo 149.1.8 empieza «reservando al Estado la legislación civil» corresponde a ARCE, *Constitución y Derechos civiles forales* (1987), págs. 99-100. Sería equivocado, en consecuencia, entender que la competencia exclusiva del Estado se reduce a las materias «del segundo párrafo del artículo 149.1.8 de la CE, correspondiendo el resto de (toda) la (posible) legislación civil a las Comunidades Autónomas (en su territorio)». Es evidente que, de seguir este principio interpretativo hasta sus últimas consecuencias, las posturas más restrictivas de la foralidad serían defendibles. Por el contrario, aquí se defiende que la vigencia, que pueda alcanzar la «legislación foral», depende de la fuerza expansiva de sus principios: una discusión seria de este punto exige una decisión previa sobre la posición que ocupa el llamado Derecho del Código en los países forales. Puede dudarse si, en las materias no normadas por las Compilaciones, rige sólo como supletorio —a la vista de que en la mayoría de nuestras compilaciones se reconoce al Código Civil este carácter, mezclado con el llamamiento a una vaga «tradición jurídica» (vid., por ejemplar, la Ley 6 de la Compilación navarra)—, o rige directamente como «legislación civil» —vía primer párrafo del art. 149.1.8 de la CE—, o más bien debe sostenerse que el Código, en las materias no compiladas, tiene una pretensión de vigencia diferente, según cuál sea la naturaleza de las materias reguladas. Si la vigencia, en territorio foral, de la regulación estatal de las materias finales a que hace referencia el 149.1.8, fuese a título de simple «legislación civil», de la que nos habla su primer párrafo, no se entendería la necesidad de reservarlas al Estado, de forma expresa, con posterioridad. Para que la reserva final (llamada «segunda reserva») del artículo 149.1.8, siga teniendo sentido, hay que decidirse por una de estas dos afirmaciones: o la regulación de las materias finales no tiene valor de una simple «legislación civil», atribuida en exclusiva al Estado, sino que constituye un escalón diferente al servicio de una finalidad distinta y superior; o se ocupa de materias «mixtas», en principio tan propias de la legislación civil estatal como de la foral (de ahí que se precise un título competencial independiente a favor del Estado que excluya expresamente la competencia autonómica). La primera de las opciones parece muy razonable cuando se piensa en materias tales como «fuentes», «eficacia de las normas», «registros e instrumentos públicos», «matrimonio y conflictos de leyes»; pero no tan justificada cuando se pasa a las «bases de las obligaciones contractuales». En el texto se defiende la segunda de las alternativas: las materias finales del 149.1.8 de la CE, son tanto de Derecho foral como del no foral y se atribuye la competencia para su regulación al Estado porque se impone aquí el interés en establecer un marco (régimen) unitario y equilibrado: de ahí la necesidad de que el legislador estatal actúe con eclecticismo y neutralidad. Por lo demás, no hay que olvidar que la foralidad no se confunde con la especialidad o singularidad ni desaparece cuando ésta falta: nada impide que la regulación foral y estatal sean idénticas,

No existe, sin embargo, cautela constitucional alguna que asegure el ejercicio por el Estado de sus competencias con la oportuna neutralidad. Ciertamente esta garantía de neutralidad no existe sólo cuando ejerce la competencia de regular los conflictos de leyes, también falta cuando la competencia a ejercitar es cualquiera de las otras mencionadas al final del artículo 149.1.8 de la CE en virtud de las que corresponde al Estado la potestad para definir los principios básicos que delimitan el desenvolvimiento de cualquier normativa jurídica; o los orgánicos, que posibilitan la aplicación de los distintos sistemas civiles existentes; o, desde luego, las bases que garantizan la uniformidad del régimen de las obligaciones civiles.

En este un punto sólo una concepción material de las competencias constitucionales permitirá superar las dificultades: se reconoce la competencia estatal para la regulación de ciertos presupuestos básicos para la efectiva existencia y justa coexistencia de los diferentes sistemas civiles españoles

como ha demostrado, mejor que cualquier otra, la Compilación Navarra. En consecuencia, la legislación civil estatal, en país foral, rige normalmente sólo a título de derecho subsidiario o supletorio, salvo en dos casos en que su capacidad normativa tiene distinta fuerza y alcance: en las materias finales del 149.1.8 de la CE, en que su prevalencia es irresistible, y las materias «residuales», a las que no llega la fuerza expansiva de los principios que estructuran cada sistema foral en concreto, en que legislación civil estatal regirá a título de simple legislación civil (primer párrafo del art. 149.1.8 CE). Son curiosas las disquisiciones de la doctrina antiforalista cuando se ocupa de las llamadas «bases de las obligaciones contractuales». Incurre aquí en un inesperado *fiasco*: la competencia autonómica en materia foral es siempre íntegra (no admite concurrencia), ahora bien como la contractual es compartida, la razón de la atribución a las Autonomías de la competencia de «desarrollo de las bases» (formuladas por el Estado) no puede radicar en la presunta foralidad de la materia. Sorprende, sin embargo, que la doctrina que criticamos reconozca competencia para desarrollo de las «bases contractuales» sólo a las autonomías con foralidad. ¿Por qué sólo las Autonomías con foralidad si, por hipótesis, la materia contractual no es foral? Por el contrario: ¿si la regulación contractual no es materia foral y el Estado se limita a establecer las bases, se precisará una legislación de desarrollo que, por hipótesis, tendrá que ser (basta con que sea) autonómica? En resumen, a falta de fundamento foral para atribuir esta competencia de desarrollo, parece que todas las Autonomías, con o sin foralidad, podrían reclamarla. De este modo, por el juego de los conceptos, la restricción foralista se transforma en la apertura autonomista. Sobre este punto, defendiendo que sólo las autonomías con foralidad (?) podrían desarrollar las bases contractuales aunque se acepte que no son, por naturaleza, materia foral, destrozando así la «foralidad sustantiva»: vid., ARCE, *Constitución*, cit., pág. 134. Se vuelve a la idea de que sería foral lo que no es estatal, con lo que se desconoce el valor de la foralidad tal como el constituyente la concibe y resulta de nuestra tradición histórica. En fin, es excesivo y mero *obiter dictum* el párrafo tercero del fundamento 1.b. de la STC 88/1993: el sentido de la segunda reserva competencial (del art. 149.1.8) sería «delimitar un ámbito dentro del cual nunca podría estimarse subsistente ni susceptible, por tanto, de conservación, modificación o desarrollo, Derecho Civil especial o Foral alguno». Evidentemente sólo se pretende con esta retórica declaración excluir la competencia, y en consecuencia, la regulación autonómica, de estas materias: tradicionalmente el Derecho foral comprendía, y sigue comprendiendo, algunas de ellas.

sólo en tanto en cuanto su ejercicio respete los límites materiales de tal reserva que resultan de la CE.

Dicho de otro modo, la normación estatal no es primera y, por tanto, sólo los «huecos que hubiesen quedado libres» podrán ser ocupados por el Derecho foral. Al contrario, la competencia de regulación reconocida al Estado, para la coordinación de los distintos sistemas civiles, es, en principio, abierta, pero está subordinada siempre a los contenidos materiales directamente protegidos por la Constitución: «conservación, modificación y desarrollo» de los Derechos forales (24). De hecho el Estado, cuando ejerce sus competencias en estas materias, no hace, o no sólo hace, legislación civil común sino, de alguna manera, también hace Derecho foral.

3. DERECHO FORAL Y AUTONOMÍA POLÍTICA

Efectivamente, ya lo habíamos intuido, en sede de «foralidad civil», el reparto de competencias no es la cuestión fundamental. La competencia de las instancias autonómicas para la legislación civil no les viene por su condición de tales sino precisamente del hecho de la efectiva existencia de Derecho foral o especial en su territorio. La garantía constitucional no va dirigida a preservar un ámbito (espacio libre) para la legislación civil de las autonomías, sino que va dirigida a la salvaguardia de los Derechos forales. Hay autonomías, sin Derecho civil foral, y Derecho civil foral, sin autonomía. La limitación de la competencia exclusiva del Estado (en materia de legislación civil) no resulta, sin más, del reconocimiento de las autonomías políticas sino de la existencia previa de los Derechos forales.

La garantía de la foralidad está por encima de la competencia legislativa autonómica. Basta advertir que los Parlamentos no tienen poder de disposición sobre el Derecho foral, ya que no pueden eliminarlo o destruirlo: la competencia legislativa es sólo para su «conservación, modificación y desarrollo» (25).

(24) Para la disputa de la doctrina constitucional sobre el valor de los conceptos materiales: REQUEJO, *Jurisdicción e independencia judicial* (1989). Para las disquisiciones de la jurisprudencia constitucional en los conflictos de competencias, sobre el significado de las materias atribuidas a fin de proceder a los oportunos repartos entre el Estado y las Autonomías y, en consecuencia, decidir sobre el alcance de las competencias, vid. VIVER I PI-SUNYER, *Materias competenciales y Tribunal Constitucional* (Barcelona, 1989), pág. 167 y sigs.

(25) Para la diferencia entre la concepción autonomista (propia de la Segunda República) y la foralista (de nuestra actual Constitución), basta remitir a LACRUZ, *Elementos de Derecho Civil 1. Parte general del Derecho Civil 1. Introducción* (Zaragoza, 1988), págs. 104-105: «No todas las Comunidades Autónomas podrán tener competencias sobre Derecho Civil». Sólo aquéllas en cuyo territorio ya existía. Aunque ver la Ley del nuevo

En resumen, el Derecho foral es antes que las autonomías y la competencia a éstas reconocida un instrumento para garantizar una mejor «conservación y desarrollo del Derecho foral». Esta perspectiva, sin embargo, será viable sólo en tanto en cuanto sea definible el contorno del Derecho foral, en cada caso, como un objeto hasta cierto punto susceptible de contemplación o, al menos, de identificación.

4. DERECHO FORAL: UN SISTEMA DE PRINCIPIOS

Nada justifica que un determinado Derecho foral pueda ser transformado radicalmente, o sustituido de raíz por la instancia autonómica (sólo «conservación, modificación y desarrollo»): incluso, después del proceso de «desarrollo», es preciso que el Derecho foral subsista identificable de modo que pueda reconocerse lo viejo en lo nuevo. Este *continuum* supone la permanencia de una identidad en el cambio.

La protección de la subsistencia de una identidad flexible, que permita adaptaciones y desarrollos, sólo es posible jurídicamente cuando la garantía del Derecho foral no se confunde con la de las normas concretas en que, en cada momento, pueda haber cristalizado. Los sistemas forales pueden ser modificados y desarrollados porque no están acabados y admiten nuevas formulaciones. Dicho llanamente, la identidad foral no es normativa sino que reside en sus principios que garantizan suficientemente su singularidad y la posibilidad de una permanencia en el cambio (26).

Derecho Civil de Guipúzcoa. No ha lugar a confundir foralidad con autonomía. También ARCE, *Constitución*, cit., pág. 104.

(26) La influencia de la concepción restrictiva intermedia que defiende BERCOVITZ, «La conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los Derechos Civiles forales o especiales allí donde existan», en *Derecho Privado y Constitución* 1 (1993), cuyas premisas tanta mella hicieron sin duda en el TC, parece diluirse un poco en sus últimas sentencias: cfr. las SS del TC 88/1993 y 156/1993, en que admite que las Comunidades Autónomas regulen materias conexas con las ya compiladas «según los principios informadores peculiares de su Derecho foral». Sobre la oscuridad del concreto de «conexión de materias», no podía sino alertar BERCOVITZ, cit., pág. 59-60: exige que la conexión sea inmediata y además «con materias o instituciones regladas» (en las respectivas Compilaciones) en el momento en que se promulga la Constitución y «no con otras reguladas posteriormente, ya al amparo del artículo 149.1.8 de la CE». Los tiros, sin embargo, parecen ir por otro sitio, vid., el voto particular a la primera de las sentencias del Magistrado GONZÁLEZ CAMPOS, «En suma, la competencia de la Comunidad Autónoma, respecto de su Derecho Civil propio, viene definida en la Constitución precisamente por la posibilidad de su desarrollo. Y si ninguna otra limitación de este ámbito material de los Derechos civiles forales, o especiales, se desprende expresamente del tenor del artículo 149.1.8 de la CE o de los Estatutos de Autonomía, no parece justificado (...) ampararse en una garantía de la «singularidad civil» para reducir el ámbito competencial de las Comunidades Autónomas en esta materia».

La garantía constitucional del Derecho foral, en cuanto sólo habilita para su «conservación y desarrollo» y elimina, en consecuencia, una suplantación total, se transforma en una garantía a la protección de ciertos principios de ordenación de la materia jurídica. Se trata de tutelar y proteger una cierta «visión del mundo» de alcance parecido al respeto que la CE otorga a las distintas lenguas españolas. Lo mismo que la competencia normativa en materia de lengua no habilita al legislador catalán para sustituir su lengua propia por v.g. el inglés, tampoco su competencia en materia de Derecho foral le habilita para sustituir los principios de su tradición jurídica por v.g. los escandinavos. El legislador constitucional ha apostado por la actualidad y vigencia de los principios forales, por dispares que sean, como una riqueza común a todos los españoles que exige protección.

5. DERECHO FORAL Y COMPETENCIA LEGISLATIVA

Si la identidad del Derecho foral no se confunde con la de las normas que en cada momento lo interpretan, menos todavía con la instancia legislativa que en cada época haya tenido la competencia para dictarlas. La foralidad, tal como el constituyente la entiende, es independiente de la existencia de la autonomía política: nada se opondría a que subsistiese la foralidad también en legislación dictada desde una instancia extraña.

No hay duda de que contenían Derecho foral las compilaciones promulgadas en la etapa franquista y nada impediría, sino fuese porque la CE dispone otra cosa, que siguiese el Derecho foral siendo formulado por el Parlamento central.

En resumen, la «foralidad civil» es una sustancia y la legislación una competencia: la primera es una entidad material, la segunda un concepto formal. El ejercicio estatal de la legislación civil no es necesariamente antiforal: nada impide al Estado, al contrario que a las autonomías con competencia foral, importar soluciones extrañas al Derecho del Código, entre ellas, por supuesto, las propias de una cualquiera de las foralidades españolas (26 bis).

6. LOS CONFLICTOS DE LEYES Y DERECHO INTERREGIONAL

La importancia práctica de todo este planteamiento reside en que la reserva final del artículo 149.1.8 de la CE, que atribuye al Estado competencia

(26 bis) Pues bien, la posibilidad de compatibilizar la legislación estatal y los principios forales se transforma en necesidad, ahí está lo importante, cuando el Estado ejerce competencia sobre aquellas materias que definen las condiciones de los distintos sistemas civiles españoles y articulan su coexistencia.

para resolver conflictos de leyes y, en consecuencia, la regulación del Derecho interregional, no debe entenderse como una competencia formal y abierta. La competencia estatal no podría ejercerse para quebrar la unidad «principal» que identifica a las foralidades existentes en España, so pena de que el legislador constitucional incurriese en una manifiesta contradicción.

La competencia para resolver los conflictos de leyes no admite cualquier regulación, sino aquélla que consigue la coordinación de los distintos Derechos civiles con menor daño para ellos. En definitiva, no se trata sólo de garantizar la «igualdad formal» de las distintas legislaciones a la hora de solucionar los conflictos sino de regular la colisión atendiendo a la función de las instituciones y respetando consiguientemente su «unidad de sentido». Por mucha que sea la «igualdad teórica», de poco serviría si se «descuartizan» instituciones o se impide el funcionamiento orgánico de las que están connexionadas (27).

En consecuencia el legislador estatal no tiene libertad absoluta para elegir el sistema conflictual que le parezca, sino que sus decisiones deben estar orientadas por la necesidad de respetar la vigencia, en condiciones de igualdad, de los distintos sistemas de principios, de los distintos «puntos de vista», que hoy coexisten en territorio español, en materia «civil»: estamos ante una competencia materialmente orientada. El legislador estatal, cuando interviene la foralidad, porque está obligado constitucionalmente a respetarla, debe velar por sus principios; por ello, cuando regula los conflictos de leyes, no puede hacerlo en forma que impida la conservación y desarrollo del Derecho foral. Dicho de otro modo, cuando el legislador estatal crea Derecho interregional, hay tanta razón para decir que hace Derecho civil común como que hace Derecho foral.

(27) El problema del ejercicio del «comparativismo desde una perspectiva dominante» es bien conocido por los internacionalistas. Así, ejemplarmente, cuando se ocupan de los problemas de la calificación del supuesto de hecho. Se impone, por ello, ahora, la recomendación de que se proceda a una calificación que tenga en cuenta «no tanto la naturaleza jurídica acerca de la institución en cuestión, como la auténtica función que desempeña»: cmpr. FERNÁNDEZ-SÁNCHEZ, cit., pág. 445. Y no sólo para las instituciones conocidas en la legislación a que pertenece la norma de conflicto, pero con distinto contenido en Derecho ajeno, como sobre todo, y es esencial, para las instituciones desconocidas. Esta perspectiva es obligada en Derecho interregional en cuanto no existe propiamente un derecho del foro que imponga sus calificaciones: el foro es único para todas las legislaciones existentes en España. **Consecuentemente nuestro sistema, cuando de conflictos interregionales se trata, a la hora de proceder a la calificación, no reconoce preeminencia alguna al Derecho Civil común: así artículo 16.1.2 del Código.**

IV. EL DERECHO INTERREGIONAL ESPAÑOL

1. LA COMPETENCIA PARA REGULAR LOS CONFLICTOS DE LEYES

La norma de la CE, si el intérprete se atiene a su sentido literal, habilita al Estado únicamente para regular los conflictos de leyes. El Tribunal Constitucional ha interpretado ampliamente la competencia: comprende no sólo la posibilidad de promulgar normas de conflicto vinculantes para los españoles, sean o no aforados (esto es, sujetos al Derecho foral), **sino también la de regular, con carácter general, los puntos de conexión en ellas establecidos**. Esta extensión no cabe deducirla del texto constitucional: estamos, en consecuencia, ante una norma subconstitucional (28).

Entiéndase bien; no se trata de que los puntos de conexión establecidos deban calificarse con arreglo al Derecho del que tiene la competencia para establecer la norma de conflicto, en este caso el Estado (lo que, por lo demás, está impedido por el art. 16.1.2 del Código Civil). Se trata de algo más. El punto de conexión por el hecho de haber sido elegido por la norma de conflicto es sustraído a la competencia legislativa autonómica, aunque sea materia típicamente foral, de modo que su regulación es atribuida en exclusiva al Estado. Semejante interpretación causaría estupor si la norma de conflicto versara sobre materia internacional y conviene no olvidar que el precepto constitucional habla *in genere* de norma de conflicto, por lo que no parece que pueda interpretarse el ámbito de la competencia estatal de forma distinta según la materia sea interregional o internacional (29).

Por este camino bastaría la proliferación de normas de conflicto con múltiples puntos de conexión alternativos, o subsidiarios, o dispositivos, para socavar la competencia autonómica sobre Derecho foral al serle sustraída la

(28) Cmpr. STC 156/1993, de 6 de mayo: «no hay duda alguna que se integra (en todo caso) en (la competencia estatal para resolver conflictos de leyes) la adopción de las normas de conflicto y la definición de cada uno de sus elementos entre los que se cuenta (...) la determinación de los puntos de conexión (...). **La vecindad civil, al constituir (...) punto de conexión, viene a incidir sobre un aspecto nuclear del Derecho interregional, sector este del Ordenamiento, al que la norma constitucional se refiere (...) con la expresión: normas para resolver los conflictos de leyes**». Para el concepto de norma subconstitucional, ALONSO GARCÍA, *La interpretación de la Constitución* (1984), pág. 11. Las interpretaciones constitucionales operan como (las) verdaderas normas constitucionales (transformándose en premisas para futuras sentencias), pero lo importante es que no lo son. El cambio de la jurisprudencia constitucional no se confunde con la reforma de la misma Constitución: no hay aquí **rigidez** alguna.

(29) La posición contraria es seguida en la llamada «situación privada internacional»: a la hora de decidir conflictos de leyes internacionales para reconocer quiénes sean nacionales de Estado extranjero, **hay que acudir a su legislación**. Cmpr. FERNÁNDEZ-SÁNCHEZ, cit., pág. 455: su determinación se efectúa tomando en consideración el ordenamiento del Estado cuya nacionalidad se pretende.

regulación de los puntos elegidos: correrían, por tanto, serio peligro lo que los internacionalistas llaman normas de aplicación (sobre las que inciden habitualmente los puntos de conexión), en este caso, de los Derechos forales o «especiales».

2. LOS PUNTOS DE CONEXIÓN

Ciertamente el Tribunal Constitucional se ha limitado a generalizar a todos los puntos de conexión lo que, tradicionalmente, venía sucediendo, en Derecho español, con la vecindad. Ahora bien, del hecho de que el Estado haya tenido tradicionalmente la competencia para regular la vecindad foral, y que siga ejerciendo esa competencia dentro del nuevo marco constitucional, no resulta que también haya que seguir reconociéndole competencia para la regulación de todos los demás puntos de conexión. Conviene tener presentes tres cosas:

i) Antes de la CE, no había otra legislación que la del Estado: obviamente, si el Estado dictaba tanto la legislación civil foral como la no foral, podía también delimitar el ámbito de vigencia de cada una. La situación ahora es muy diferente: la legislación foral no es competencia del Estado sino de la Autonomía que corresponda por razón del territorio.

ii) Si el Parlamento central, además de establecer puntos de conexión, pudiese regularlos, en la práctica absorbería gran parte de la legislación foral, lo que chocaría frontalmente con el mandato constitucional que la atribuye en exclusiva a los Parlamentos autonómicos.

iii) Pero entonces, ¿por qué se consiente en que siga reteniendo el Estado la competencia para regular la vecindad foral? La vecindad, como veremos, no es un punto de conexión como los demás y, en esa singularidad, está la causa del especial protagonismo del Estado. No procede aplicar aquí el principio de analogía (*a pari ratione*) sino el de exclusión (*inclusus unius, exclusus alterius*).

3. EL PRINCIPIO DE PERSONALIDAD: LA VECINDAD CIVIL

La conexión decisiva, en materia interregional, ha sido tradicionalmente la vecindad: la vecindad de alguno o algunos de los sujetos implicados, detenida en el momento oportuno, decide, en la mayor parte de los casos, cuál, de entre las regulaciones en conflicto, debe aplicarse.

Ahora bien, la vecindad era bastante más que un punto de conexión. La vecindad era el nombre que tradicionalmente designaba el conjunto de normas encargadas de definir los requisitos que determinan la pertenencia del

ciudadano español a un grupo diferenciado dentro de España: sea nacional sea regional. La vecindad decidía así quién era vasco, catalán o navarro. Por ello, aunque la diferente sujeción de las personas que entran en contacto es la causa que origina la existencia del conflicto de leyes, no puede dejar de resultar chocante que la competencia para su regulación corresponda, al menos desde la promulgación del Código Civil, en exclusiva, al Estado. No podremos dejar de preguntarnos: ¿no habrá competencia más propia del poder v.g. catalán o vasco que definir quiénes son vascos y catalanes?

Y no sólo eso. No se trata sólo de que la determinación de los requisitos que deben cumplir los españoles para que les vinculen, incluso en territorio propio, las normas de contenido foral, no corresponda al legislador encargado de su custodia (el Parlamento autonómico) sino al Estado: un poder hoy extraño a la foralidad (30). Se trata de algo peor: como la vecindad determina qué personas están sujetas al Derecho foral, y su regulación corresponde al Estado, será éste el que decida el alcance de las normas autonómicas de contenido foral. Así planteada la cuestión, la solución adoptada parece una burla y el reconocimiento a las autonomías de la competencia sobre la foralidad civil, un sarcasmo: el legislador estatal deja que el autonómico legisle, pero se reserva el poder de decidir a quiénes obliga(rá) aquella legislación.

4. EL PRINCIPIO DE TERRITORIALIDAD: LA COORDINACIÓN DE LOS PODERES AUTONÓMICOS

La CE ha visto las implicaciones políticas del principio de personalidad y, por ello, a la hora de delimitar la competencia de las autonomías, ha preferido seguir el principio de territorialidad: las normas autonómicas obligan a los residentes en territorio propio. Este principio de sujeción dota de sentido al actual reparto competencial; por eso las autonomías son entes de base territorial.

(30) CELAYA, «Comentario al artículo 5 de la Compilación de Vizcaya y Alava», en ALBALADEJO (comp.), *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones forales* 26 (1978), pág. 67 y sigs., insiste en este punto con especial fuerza: para que la troncalidad opere, la vecindad en Vizcaya no resulta de la condición vizcaína de una persona sino que precisa, a mayores, tener la de *villa o anteiglesia* y, sobre todo, que los bienes que se transmiten estén sitos en territorio aforado. Así, la foralidad vasca gira alrededor de la *casa* y el patrimonio familiar pero, al imponerse las normas conflictuales estatales que priman la valoración de la ley personal, no pudo por menos que producirse grave perjuicio a la legislación vasca. Desaparecido el viejo artículo 10.3 del Código Civil, el «Derecho común gana siempre»: «la ley vizcaína se ocupa de acotar su propio campo renunciando a ser aplicada a los bienes sitos fuera de Vizcaya (posición que el Código acepta) mientras se ve forzada a admitir la intrusión constante de la ley común a través de la llamada ley personal (tesis que el Código impone)». Ya PECOURT, cit., pág. 72, núm. 104, advirtió sobre estas disfunciones.

La sujeción al poder autonómico viene determinada, no por una cualidad personal, sino por un hecho fácilmente observable: a estos efectos se consideran catalanes o gallegos los ciudadanos que viven (vecindad administrativa) en Cataluña o Galicia. Por esta razón todos los residentes oficiales están llamados a integrar la voluntad del ente autonómico: el principio asociativo organiza la autodeterminación de las Autonomías, atribuyendo, según la residencia, el derecho de voto (31). Esta situación es muy diferente a la que rige en el campo internacional. Los Estados modernos están contruidos sobre el principio nacional: la ley española obliga, en principio, sólo a sus nacionales, a quienes únicamente se reconoce derecho al voto y sujeta el deber de sacrificio de la propia vida en defensa de la nación.

Trasunto de este juego es el diferente alcance vinculatorio de las normas estatales y autonómicas. La norma estatal obliga en principio únicamente a los españoles y sólo, en determinados casos, a los no nacionales: los meramente residentes o domiciliados. Por el contrario, la ley autonómica obliga en principio a los residentes y, en casos determinados, sólo a algunos de ellos: los civiles aforados.

5. LA NECESIDAD DE LA INTERVENCIÓN ESTATAL

El criterio del «aforamiento» choca frontalmente con el principio territorial que delimita la eficacia de la competencia legislativa autonómica. Por razón de la condición foral, la normativa civil autonómica consigue sustraerse (!) a la territorialidad que la encorseta: por una parte, el poder autonómico puede restringir la aplicación de norma civil en territorio propio; por otra, puede extender su eficacia fuera de su propio territorio.

Este resultado excede del principio autonómico y no puede, en consecuencia, explicarse desde él. Si se quiere mantener, se precisa el concurso de un principio de regulación de naturaleza superior al competencial autonómico. Cabría pensar que este principio debería o podría tener una base convencional: los entes autonómicos, de mutuo acuerdo, establecerían un régimen equilibrado de modo que admitirían la aplicación del Derecho Civil extraño en territorio propio por la vía de concederle valor de Derecho interno. Lo cierto, en cualquier caso, es que las cosas no han sido así: la coordinación no tiene hoy base convencional sino legal. Ahora bien, si se opta por hacer una regulación legal, deviene necesaria —la CE no podía hacer otra cosa—, la intervención estatal: la única normativa cuya eficacia tiene alcance general.

(31) Cfr. artículos 2 y 7 del EAV y 2 y 3 del EAG, como meros ejemplos. Sobre el principio de territorialidad en el ámbito autonómico y la jurisprudencia del TC, vid. VIVER, cit., pág. 123 y sigs. ANGULO, *Comentarios a las reformas del Código Civil* (1977), pág. 417.

Sería precipitado, sin embargo, dar por zanjada esta cuestión. Aunque conviniésemos en dar por solucionado este punto, quedaría todavía por aclarar el fundamental: resta explicar por qué resulta necesario, hoy, reconocer cierta eficacia al Derecho foral fuera de su territorio. Sobre todo una vez ha sido descartada la eficacia política en el orden interno del principio nacional (ista) o regional (ista): en efecto el reconocimiento de autonomía política no está reservado por nuestra CE a realidades sustantivas (históricas), sean nacionales o regionales, o condicionada absolutamente por ellas.

Dicho de otro modo, se trata de buscar explicación al hecho de que una condición personal, como es hoy la foralidad, desempeñe un papel decisivo a la hora de decidir el ámbito aplicativo del Derecho foral, en contra del juego territorial propio del principio autonómico.

V. LA REGULACION ESTATAL DE LA VECINDAD

1. EL PRINCIPIO DE PERSONALIDAD Y EL DERECHO PRIVADO

Ciertamente —dejemos ahora al margen el campo de lo político con manifestaciones típicas, tales como la organización de la defensa nacional o de la autodeterminación en el interior y el exterior, casos en que el principio de nacionalidad juega un papel fundamental—, los Estados, en cuanto disponen del acceso al propio Foro, nunca renunciaron a determinar los efectos en territorio propio de los actos que realicen los simples residentes, cualquiera que sea su nacionalidad: así, tradicionalmente, cuando existe un interés público prevalente, como pasa en el caso de las leyes procesales, penales o administrativas.

Cuando la materia es civil, y por tanto privada, el riesgo para el interés público es menor: por ello ha podido seguirse un criterio diferente. De este modo se ha dado entrada en territorio (foro) propio al Derecho extraño reconociendo valor a los estatutos personales y reales. Por esta razón, la materia internacional por excelencia es, tradicionalmente, la que versa sobre materias de Derecho privado: campo en que se permite al foro aplicar leyes que no sean las suyas. La recepción del Derecho extranjero viene facilitada por la idea de que el reconocimiento del Derecho extranjero beneficia el tráfico privado y la protección de tráfico interesa a todos los Estados (aunque habitualmente el reconocimiento se sujete a la condición de reciprocidad o bilateralidad).

El reconocimiento del estatuto personal, normalmente ligado a la nacionalidad, ha tenido especial éxito en determinados campos del Derecho privado: así, para facilitar la aplicación, a los actos o contratos de Derecho de Familia o Sucesiones, de la legislación extraterritorial. No es el momento de

discutir ahora las ventajas de esa elección probablemente orientada por consideraciones políticas: el encumbramiento del Estado nacional en el XIX fuerza a entender los deberes familiares y sucesorios íntimamente ligados al sentir, y por tanto a la condición nacional. Y no sólo eso: la conexión nacional, en caso de grandes migraciones, permite al Estado propio discriminar, en mayor o menor medida, a los extraños y al Estado de origen mantener una competencia «retardada» sobre sus oriundos (32).

Importa, ahora, únicamente destacar que existen otras razones, de naturaleza técnica, y además de importancia capital: la nacionalidad es **una conexión resistente al cambio de residencia que permite garantizar la estabilidad de regulación que precisan ciertas situaciones personales, íntimamente conexas entre sí, como las familiares y sucesorias.**

2. LA CONEXIÓN POR VECINDAD: SU FINALIDAD

Nuestro legislador estatal ha optado por mantener idéntica política cuando de Derecho interregional se trata. El reconocimiento de diversas condiciones forales, vistas las características de nuestro Ordenamiento civil, no es más que la consecuencia del mantenimiento por el Codificador de los Derechos forales y, por tanto, presupuesto previo para apreciar la existencia de conflictos de leyes interregionales. Ahora bien, una cosa es el reconocimiento de la condición de vecindad, y otra la preferencia de la conexión por vecindad: la habitual preferencia por la conexión de vecindad responde, a razones técnicas, exclusivamente, aunque ciertamente no deje de producir consecuencias políticas, vistas las convulsiones (in)migratorias que han sacudido España en los últimos años.

Se prefiere un punto de conexión, resistente al cambio de domicilio, que garantice una cierta estabilidad del régimen jurídico que debe disciplinar las relaciones patrimoniales familiares y sucesorias. No hay duda que unas y otras están conexas y, en tanto juegan en el largo plazo, precisan la garantía de un régimen de regulación estable. La garantía de esa permanencia la consigue la conexión de la vecindad civil, cuya regulación, hasta cierto punto, es trasunto de la de la nacionalidad.

Hemos dicho «hasta cierto punto» porque la equiparación sólo puede ser parcial. Ciertamente la regulación de la vecindad, consecuencia de la foralidad y presupuesto, por tanto, del conflicto de leyes, tiene precedentes en nuestro Derecho histórico y precedentes que asimilan la institución, salvados los anacronismos, a nuestra actual nacionalidad. Pocas dudas caben de que no

(32) El principio nacional no es una conexión políticamente inocente: cmpr. FERNÁNDEZ-SÁNCHEZ, cit., pág. 50 y sigs.

sólo uno sino varios políticos (reyes) decidieron el destino de los antepasados de los actuales españoles en eras pretéritas: unidades políticas independientes con *ius vitae ac necis* sobre sus protegidos. Remóntese la unidad española al siglo xv o reconózcase sólo desde los Decretos de Nueva Planta o Vergara, lo cierto es hoy, en cambio, que el derecho de guerra (dicho de otro modo, la decisión en la situación de excepción) pertenece a una sola voluntad: la soberanía es única (33).

3. LA POSICIÓN DEL CODIFICADOR

En todo caso, los redactores del Código Civil, con indiscutible sutileza, pasaron definitivamente página cuando consiguieron de los representantes de los territorios aforados el asentimiento a la aplicación general en toda España del Título Preliminar e incluyeron astutamente en él, las normas que regulan la atribución de la vecindad (34).

(33) Vid. sobre este punto, DOMÍNGUEZ LOZANO, *Las circunstancias personales determinantes de la vinculación con el Derecho local. Estudio sobre el Derecho Local alto-medieval y el Derecho Local de Aragón, Navarra y Cataluña (siglos IX-XV)* (1986), pág. 10 y sigs. Asimismo, GARCÍA ULECIA, *Los factores de diferenciación entre las personas en los Fueros de la Extremadura castellano-leonesa* (1975), pág. 42 y sigs.

(34) Así la Base 2 de la Ley de 11-5-1888, por la que se autorizaba al Gobierno a publicar un Código Civil, decía: «Los efectos de las leyes y de los estatutos (...) se ajustarán a los preceptos constitucionales y legales, hoy vigentes (...) aclarando esos conceptos jurídicos universalmente admitidos en sus capitales fundamentos y fijando los necesarios, así para dar algunas bases seguras a las relaciones internacionales civiles, como para facilitar el enlace y aplicación del nuevo código y de las legislaciones forales, en cuanto a las personas y bienes de los españoles en sus relaciones y cambios de residencia o vecindad en las provincias de derecho diverso, inspirándose hasta donde sea conveniente en el principio y la doctrina de la personalidad de los estatutos». Vid. LÓPEZ-MELÓN, *Código Civil* (1969), pág. 5. Tanto el párrafo tercero del artículo 10 como la redacción del artículo 15, se debieron a la edición revisada que fue promulgada por RO de 29-7-1889. En la exposición de motivos de la edición revisada, que durante años se tuvo por la original, se explicaba: «una de las cuestiones más vivas y extensamente discutidas en ambas cámaras fue la subsistencia del derecho foral en las relaciones entre los habitantes de las provincias y territorios que lo conservan y los territorios y provincias en que rige el Derecho común. Los primeros recelaron, aunque sin razón, que el título preliminar del Código, obligatorio para todas las provincias del Reino, contenía disposiciones contrarias a los fueros, por cuanto en su artículo 12, que consagra la subsistencia del actual régimen foral en toda su integridad, no comprendía expresamente el derecho foral consuetudinario; como si éste no formara parte de dicho régimen. **Atentado aún más grave contra los fueros creyeron hallar en el artículo 15, por cuanto declaraba sujetos al Código a los nacidos en provincias de derecho común, del mismo modo que la Constitución del Estado declara españoles a los nacidos en España.** Interpretada esta disposición, sin tener en cuenta el artículo 12, que manda observar el régimen foral en toda su integridad, razón habría para estimarla **contraria a los fueros, que no reconocen a los hijos otra condición que la de sus padres.** Pero como las disposiciones de un Código no se deben interpretar aisladamente, sino en

La determinación de la condición foral, cuya diversidad es presupuesto del conflicto de leyes, pasará a ser, desde entonces, competencia exclusiva de la legislación estatal.

Esta reserva implicaba dos consecuencias: por una parte imponía una total uniformidad en la normativa de su atribución que excluía cualquier singularidad (eliminación de la posibilidad de existencia de conflictos positivos o negativos de vecindad) y, por otra parte, dejaba en manos del Poder estatal la definición del ámbito de vinculación de los Derechos forales: sin duda ya solo meramente «especiales» al arrebatárles la decisión sobre el alcance de su propia competencia.

Por si quedasen dudas, la garantía de la foralidad, a través de la autonomía, ha zanjado, a lo que parece definitivamente, la cuestión: el instrumento de la autonomía no es hábil para imponer obligaciones extraterritoriales de ningún tipo que puedan oponerse con éxito a las estatales.

4. LA VECINDAD Y EL PRINCIPIO AUTONÓMICO

La condición de aforado no justifica hoy una sujeción «especial» que permita saltar la «frontera» que delimita el territorio propio de cada autonomía, rompiendo la homogeneidad con que la nacionalidad española iguala a todos nuestros conciudadanos. La vieja sustancia nacional(ista) o regional(ista), que pudiese quedar en la condición de aforado, no sirve para exigir obediencia fuera de territorio propio: no se debe fidelidad y, por tanto, no existe delito de traición contra la v.g. la Generalidad o cualquier otra Autonomía (35).

La inexistencia de Jurisdicciones «propriadamente autonómicas» resalta todavía más, si cabe, este resultado: la llamada autonomía «política» ha domado todo rescoldo de la vieja foralidad. La magistratura única es el mejor respaldo de la fidelidad a un orden competencial: Derecho foral es hoy sinónimo sólo de mero «Derecho civil» (36).

combinación con todas las otras que tienen relación con ellas, habría debido entenderse el artículo 15 sin perjuicio de lo dispuesto en el 12, el cual consagra la integridad del régimen jurídico foral, en justo acatamiento al precepto claro y terminante del artículo 5 de la Ley de 11 de mayo de 1888. Ya que esta interpretación no tranquilizó bastante a los que entendían de otro modo el artículo 15, la sección ha procurado aclararlo y fijar su verdadero sentido, de suerte que no pueda quedar duda al más suspicaz de que **por él no se introduce novedad alguna en el régimen jurídico de las provincias forales**. Vid. LÓPEZ-MELÓN, cit., pág. 33: se recoge (respeta) el contenido de la regulación foral, pero se usurpa la competencia.

(35) Artículo 30.1 de la CE: «Los españoles tienen el derecho y el deber de defender a España».

(36) La unidad del poder judicial ha sido a ultranza salvaguardada por la CE: la organización judicial no ha sido sometida a una descentralización semejante a la que han

En resumen, la cuestión foral ha quedado reducida al reconocimiento de la singularidad de un elenco de soluciones técnicas basadas en un orden de principios que el constituyente estima dignos de ser conservados; repertorio que las respectivas instancias autonómicas tienen competencia para interpretar y desarrollar pero no para suplantar o, simplemente, eliminar. Yace aquí el intento, hasta ahora exitoso, de reducir la especialidad foral a la *folclórica* o estética, bajo la coartada de un enriquecimiento técnico-jurídico. La singularidad irreductible de la vieja foralidad, singularidad que, por cierto, ha acentuado la cicatería del constituyente al reservar competencia en legislación civil sólo a las Autonomías con foralidad reconocida, puede decirse que, al menos «por ahora», ha quedado razonablemente domada o digerida.

5. EFICACIA EXTRATERRITORIAL DE LA NORMA AUTONÓMICA

En resumen la necesidad de reconocer cierto alcance extraterritorial a instituciones civiles forales no responde, si se analizan objetivamente los datos desde un punto de vista jurídico, a otras razones que las puramente técnicas: se trataría únicamente de garantizar un régimen estable para las relaciones familiares y sucesorias principalmente.

La consecución de ese objetivo exige intervención estatal. Debido a que la garantía a la foralidad se consigue a través de la autonomía, carecemos de norma o principio constitucional o estatutario que permita reconocer eficacia extraterritorial a la normativa civil especial o foral sin el concurso del Estado.

Ahora bien, aún dando por bueno que la eficacia extraterritorial (fuera del territorio autonómico) de la normativa sobre vecindad exige la intervención del Estado, queda todavía por determinar cuál será el título competencial que prestará la cobertura necesaria. No sirve, desde luego, el que la CE atribuya al Estado la competencia exclusiva para regular los conflictos de leyes. La competencia para regular los conflictos de leyes no ha implicado nunca sustracción de competencia, a los Derechos en contacto para regular los puntos de conexión y, mucho menos, la condición personal de los civiles que entran en contacto y generan la existencia del conflicto mismo. Así ha sido, y no podía ser de otro modo, en el ámbito internacional, por razones obvias. Y no hay razón para entender distinto el contenido de esta competencia de regulación según el conflicto de leyes sea internacional o interregional.

sufrido los demás poderes del Estado: insiste en ello DÍEZ PICAZO (LM), *Régimen constitucional del Poder Judicial* (1991), págs. 84-85, pero con matices.

6. LA ACTUALIDAD DE LA SOLUCIÓN DEL CÓDIGO CIVIL

La competencia estatal para la regulación de la vecindad, en nuestra tradición civil, había encontrado justificación en los preceptos que garantizan y velan por la vigencia general en toda España de las normas que determinan la eficacia de las leyes y las reglas generales para su aplicación: como sabemos, contenido del título preliminar del Código. Con notable astucia política, las normas sobre vecindad se incluyeron como parte de ese título preliminar. Esta decisión se fundamentó en dos premisas que engarzaban un riguroso silogismo.

La delimitación del ámbito de vigencia del Derecho foral, del vigente a la sazón y de las futuras leyes que los recopilasen, como pasaba con la delimitación del ámbito de vigencia de cualesquiera otras normas, no era más que una «regla para la aplicación de las leyes»; la fijación de las reglas para la aplicación de las leyes era el cometido del título preliminar del Código Civil; ahora bien, la elaboración del Código Civil, por supuesto, era y es competencia de las Cortes españolas. De esta forma, en virtud de este rodeo, las viejas disposiciones de Derecho foral, que definían la condición foral, fueron definitivamente desplazadas.

La reserva no se fundamentaba en el hecho de que toda la legislación era entonces necesariamente estatal, y no se fundamentaba en ello, porque el «pleno respeto» a la foralidad (y por tanto de las normas forales que determinaban la vecindad), vinculaba también al legislador decimonónico. La derogación de las normas forales sobre vecindad o «aforamiento» se amparó en la necesidad de formular una regulación uniforme y válida para todo el territorio español (aquí está la excusa) que delimitase el ámbito de vigencia de las leyes, también las de Derecho foral o aquellas futuras que, en su día, lo recopilasen. Ahora bien, como el alcance de la foralidad tradicionalmente venía determinado por la vecindad, la regulación de ésta, como presupuesto del alcance de la norma de contenido foral, correspondió, a partir de entonces, sólo al Estado (37).

(37) El codificador entra en la vecindad no tanto por el haz (punto de conexión) como por el envés (requisito de aplicación). La competencia para determinar los efectos de las normas y las reglas de aplicación era el contexto en que, a mi juicio con acierto, centraba su defensa la Comunidad Balear, y su ataque el Abogado del Estado en el caso de la STC 156/1993: «(...) aunque **unas partes y otras** hayan argumentado, sobre todo, a partir de la norma que atribuye al Estado (...) competencia exclusiva para la adopción de las “reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas”, es lo cierto que el precepto constitucional (procedente será el que) afirma la competencia estatal, también exclusiva, en orden a “las normas para resolver conflictos de leyes”» (?).

7. LA COMPETENCIA ESTATAL EXCLUSIVA PARA REGULAR LA EFICACIA
DE LAS NORMAS Y LAS REGLAS GENERALES PARA SU APLICACIÓN

La importancia teórica de lo hasta ahora razonado está en que el apoyo constitucional, que permite hoy al Estado regular la vecindad (37 bis), no sería tanto la competencia que la CE le atribuye para regular en exclusiva los conflictos de leyes como la que le concede para establecer «las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas». El término «normas» comprende toda regulación, cualquiera que sea la forma que la cobije: en consecuencia, no sólo leyes sino también costumbres, no sólo leyes formales sino también las materiales. De esta manera la CE no haría otra cosa que aceptar, y consolidar, una tradición que se remonta al Título preliminar del Código Civil.

La importancia práctica de esta interpretación está en que la competencia estatal para establecer las reglas que determinen la eficacia de las normas justificaría la regulación estatal de la vecindad civil pero no de cualquier otro punto de conexión (que elija cualquier norma de conflicto del Derecho interregional). La vecindad es la condición personal que determina la sujeción al Derecho Civil del Código o al llamado Derecho foral y, como tal, un presupuesto de importancia decisiva para determinar el alcance de la legislación civil que dicten cualquiera de los Parlamentos españoles competentes en la materia, y requisito necesario para apreciar la existencia del conflicto de leyes interregionales; la regulación de la vecindad, en resumen, está dirigida única y exclusivamente a delimitar el alcance de las distintas normativas civiles (lo que no pasa con los otros puntos de conexión), de ahí la competencia estatal.

VI. LA COORDINACION DE LOS DERECHOS CIVILES ESPAÑOLES
EN LA PRACTICA

1. COORDINACIÓN Y GARANTÍA DE «PLENO RESPETO»

El sistema de coordinación elegido debe ser el menos dañoso para los Derechos en pugna. El legislador estatal no tiene una libertad de regulación absoluta. Ni siquiera procede el recurso a fórmulas de cierre genéricas que privilegien directa o indirectamente la aplicación del llamado «Derecho Común» sin causa que lo justifique.

(37 bis) La vecindad civil es punto de conexión, pero también presupuesto de la diversa condición foral: diversidad sin la que podrían producirse conflictos interregionales.

La garantía de «conservación» de los Derechos forales no es una declaración «platónica». La garantía de «conservación» implica también la de su aplicación, siempre que corresponda según la «naturaleza de las cosas». De poco serviría la garantía constitucional de la foralidad si la conservación se entendiese simplemente como la posibilidad de establecer una normativa cuya eficacia pudiese restringirse, por el legislador estatal, de forma arbitraria. El establecimiento de una garantía de «conservación» demuestra el interés del constituyente en asegurar la vigencia práctica y, por tanto, en preservar una forma de regular las relaciones que conforman la llamada sociedad civil, diferente a la del Código: esta orientación no puede ser desconocida. Precisamente por ello se exige la coordinación: es preciso que las distintas legislaciones civiles sean respetuosas las unas con las otras; de ahí la importancia del marco unitario y superior.

Siempre que el Estado desarrolla este tipo de competencias (cualquiera de las finales del art. 149.1.8 de la CE) asume un papel eminente: la legislación estatal tiene un valor superior e independiente, bien porque determina las condiciones de posibilidad de toda eficacia normativa; bien porque estructura los aparatos orgánicos encargados, de forma principal, de su aplicación; o bien porque materializa valores constitucionales en determinadas materias sensibles (así el matrimonio). Por esta razón el Estado, en estos casos, aunque ciertamente formula, como no podía ser de otro modo, una normativa estatal, no por ello esa normativa será, sin embargo, castellana o «civil ordinaria». Esta no parece la dialéctica adecuada para entender el proceso. «Estatat» se opone en este punto a «autonómico», pero no a «foral». La regulación estatal de estas materias es tan civil común (no foral) como foral: la regulación estatal es unitaria pero no por ello es antiforal porque, por exigencia constitucional, en ese punto, todos los Derechos civiles deben realizar una elección común, cuya formulación se encomienda al Estado.

Obviamente la atribución de esa competencia no es razón para que el Estado privilegie una legislación civil particular o socave la aplicación de alguna, o algunas, de ellas: en esas materias no hay campo para la distinción entre foralidad y civilidad ordinaria (38).

(38) Por eso no es de recibo expandir la aplicación del Código en países forales por la vía indirecta de reconocer al Estado una competencia exclusiva sobre «la legislación civil», sólo susceptible de ser limitada por la materia foral realmente vigente en el momento que la CE se publica: consecuencia que resulta de las posturas de BERCOVITZ y ARCE resumidas en la nota 23 y 26. Hay que insistir en que la «segunda reserva» del artículo 149.1.8 de la CE no se confunde con la genérica legislación civil que atribuye al Estado su primer párrafo: si fuese así, no se entiende la necesidad de hacerla especificando las materias que comprende.

2. COORDINACIÓN DE LAS DISTINTAS LEGISLACIONES CIVILES ESPAÑOLAS
ENTENDIDAS COMO SISTEMAS «PRINCIPIALES»

Los Derechos civiles forales son «órdenes concretas» basadas en determinados principios estructurales de naturaleza, ciertamente, distinta. Son sistemas de principios, más que de leyes, como lo demuestra el hecho de que algunos de ellos renuncien a una plasmación normativa completa: así cuando reconocen como fuente de derecho la costumbre contra ley.

La misión constitucional del legislador estatal, por ello, no consiste tanto en coordinar leyes de contenido diferente como en articular la coexistencia entre principios jurídicos de naturaleza distinta: una razón más para rechazar que el Estado pueda hacer servir, para cumplir con este fin, cualquier sistema conflictual.

En este sentido hay que decir que, desde el punto de vista interregional, la normativa conflictual de la redacción originaria del Código era, por muchos motivos, superior a la que deriva de la fundamental reforma de su Título preliminar en 1973.

La generalidad y abstracción de las normas de conflicto garantizan en alto grado la neutralidad del sistema conflictual elegido y una recepción plena del Derecho por cuya aplicación se opta. Por el contrario la conexión «móvil» o «alternativa» refleja una indiferencia frente al marco institucional, rechazable, en principio, cuando se trata de decidir entre sistemas que pugnan, en condiciones de igualdad, desde principios opuestos. El recurso a «la condición de proximidad» o «más estrecha vinculación» consigue minorar las consecuencias más peligrosas de estas fórmulas, pero aporta un matiz de inseguridad jurídica (arbitrio judicial) cuya importancia debe ponderarse con cuidado.

En todo caso, una proliferación excesiva de normas conflictuales, por bienintencionadas que sean, se traduce en una «parcelación» de la realidad jurídica que sólo tiene sentido en un marco de «valoraciones uniformes» por parte de las legislaciones en conflicto: la función de las instituciones, en uno y otro Derecho, debe ser sustancialmente la misma. Por hipótesis no sucede eso en el Derecho foral que, precisamente lo es, y por ello merece ser conservado, porque sus regulaciones expresan un orden de principios de naturaleza diferente.

Surgen así los peligros anejos a todo comparativismo cuando es ejercitado de modo acrítico. La «autonomía» de determinado conflicto, evidente desde una determinada óptica jurídica y social, pueda faltar desde otra distinta: la «autosuficiencia» de determinada institución en un Derecho, que justificaría un tratamiento conflictual separado, puede fallar en otro, de modo que, en éste, se haga imposible su regulación, y por tanto su aplicación, con independencia de otras instituciones conexonadas o subordinadas. Sin duda, en este punto, «técnicas de ajuste», depuradas por los internacionalistas, como

las de «sustitución» y «trasposición», podrían aquí desempeñar un importante papel. Sin embargo, lo cierto es que su uso por el Foro está, según nuestras noticias, todavía por estrenar sobre todo cuando de conflictos interregionales se trata (39).

Así es difícil separar en las capitulaciones catalanas, y en general en los capítulos matrimoniales de Derecho foral, su contenido patrimonial familiar del sucesorio: las estipulaciones son normalmente correspectivas. El caso de la troncalidad vascongada (institución sucesoria que prolonga su eficacia en el campo de Derecho patrimonial familiar e incluso en el patrimonial a secas) es suficientemente significativo de los dislates a que se puede llegar a cometer y se han cometido en este punto.

Ciertamente o se es más cuidadoso desde el Poder Central con la «construcción jurídica de las foralidades» o asistiremos inevitablemente a un progresivo crecimiento de «normas materiales autolimitadas» de origen autonómico: sin duda, en estas condiciones, ejercicio de una autodefensa legítima, aunque de dudosa eficacia, vista la jurisprudencia del TC.

3. EL CONFLICTO MÓVIL

Cabría preguntar de qué servirá al heredero contractual catalán que le reconozcan su condición si es a costa de pechar con las legítimas castellanas. El *hereu* no puede ni siquiera aspirar a que le traten como al mejorado castellano: una legítima de dos tercios con juicio de testamentaría deja sin sentido la función del heredamiento tradicional catalán. Este cuadro es, por desgracia, factible y no sólo con y para los catalanes.

La bienintencionada norma del artículo 9.8 del Código Civil, probablemente dictada además con la mira puesta exclusivamente en el Derecho interregional, descubre hasta qué punto los excesos normativistas son peligrosos. Desde ese punto de vista hubiese sido preferible dejar al operador judicial libertad para poder recurrir, siempre que lo estime necesario, a las llamadas,

(39) La técnica de la «sustitución» atiende, para aplicar la norma de conflicto, al verdadero contenido de la institución, cualquiera que sea su denominación: así, el retracto gentilicio (abalorio) ¿es un simple derecho real o más bien un derecho de naturaleza familiar? Muy distinta sería la situación si la institución fuese desconocida por la normativa conflictual: habrá que acudir al régimen dispuesto para institución equivalente conocida (técnica de la trasposición). En el caso de la troncalidad vizcaína no es utilizable el régimen previsto para las legítimas en el artículo 9.8.1 del Código que conduce a resultados totalmente contrarios a los que la troncalidad pretende: sería más apropiado calificarla como una especie de derecho real (en este caso de adquisición preferente) y aplicarle su régimen conflictual. Cmpr. CELAYA, cit., pág. 64. Hoy hay que tener en cuenta la reforma de la Compilación de Vizcaya de 1992: artículos 23, 24 y 25 hasta ahora aceptados por el Gobierno.

en Derecho Internacional Privado, «técnicas de ajuste»: especialmente la conocida por «técnica de adaptación».

Por lo demás, el fraude de ley típico suele presentarse en forma de «conflicto móvil». Testamento sin institución de heredero, fideicomisos, donaciones *mortis causa* sin forma testamentaria, etc., podrían sufrir insospechadas ataques por causa de un «oportuno» cambio de vecindad. La norma reformada del artículo 9.8 del Código Civil salva muchos de esos escollos pero, en realidad, el caballo de batalla entre los sistemas sucesorios está en la articulación de los derechos legitimarios: la perspectiva adecuada es la que entiende que el alcance y sentido de las disposiciones sucesorias viene dado, sólo, por el marco de limitaciones que la determinan y encauzan. Es este un espacio todavía no suficientemente explorado y que precisa probablemente una política legislativa nueva e imaginativa (40).

CELESTINO PARDO

(40) Un caso típico de «conflicto móvil» mereció ya la atención del legislador en 1973 y motivó el artículo 16.2 del Código: el derecho de viudedad aragonesa corresponde a los cónyuges sometidos al régimen económico matrimonial de dicha compilación, aunque después cambie su vecindad civil, con exclusión, en este caso, de la legítima que establezca la ley sucesoria. Vid. DELGADO ECHEVARRÍA, «Comentario al artículo 16.2 del Código Civil», en ALBADALEJO-DÍAZ ALABART (comps.), cit., pág. 1282 y sigs.: hoy generaliza la solución el artículo 9.8 final. El verdadero problema surge si el caso es el opuesto: en el matrimonio, originariamente no aragonés, que adquiera luego esta regionalidad, carecería el viudo de todo lucro viudal: «no la porción legítima de la ley regional de origen, cuya ley no sería aplicable a la sucesión del premuerto; ni la viudedad aragonesa, por no regir esta ley el régimen económico del matrimonio». SANCHO REBULLIDA propone el siguiente ajuste: conceder siempre al supérstite la ventaja de la ley aragonesa como la más favorable. El «conflicto móvil» puede, en efecto, exigir un ajuste por adaptación de la solución de conflicto. Cmpr. FERNÁNDEZ-SÁNCHEZ, cit., pág. 477 y sigs.: «La técnica conocida en DIP con la denominación de “ajuste” o adaptación responde (...) al problema de la incompatibilidad de normas pertenecientes a diversas categorías que deben ser aplicadas simultáneamente (V. WENGLER)». Un caso de coexistencia de sistemas jurídicos diferentes: «la adaptación en sentido estricto implica la necesidad de proceder a una modificación de las normas materiales o sucesiva o simultáneamente aplicables para que pueda tener lugar una regulación armoniosa y coherente del supuesto internacional (...) Dos opciones: una consistiría en jerarquizar las dos o más normas de conflicto (...) o bien en derogar pura y simplemente, para el caso concreto, una de las normas.

Vulneración de los derechos de autor en la creación jurídica: obras protegidas, citas y fotocopias

SUMARIO: DELIMITACION DEL TEMA.—I. CREACION DE OBRAS PROTEGIDAS: 1. AUTORES EN GENERAL. 2. DOCENTES. 3. DISCENTES. EL PROBLEMA DE LOS APUNTES Y SU FOTOCOPIADO.—II. INVESTIGACION: DE LA CITA A LA REFUNDICION DE TEXTOS: 1. LA INSERCIÓN DE TEXTOS AJENOS EN LA OBRA PROPIA. 2. LA CITA: CONCEPTO Y REQUISITOS: A) *Que la obra haya sido hecha accesible al público de modo legítimo*. B) *Que las citas se hagan «conforme a los usos honrados»*. C) *Que se hagan en la medida justificada por el fin que se persiga*. D) *Que se mencione la fuente y el nombre del autor*.—III. LAS FOTOCOPIAS: 1. EL ACTO DE FOTOCOPIAR. SU NATURALEZA JURÍDICA. 2. TITULARES DEL DERECHO A FOTOCOPIAR OBRAS PROTEGIDAS: AUTORES Y EDITORES. 3. AUTORIZACIÓN DE AUTORES Y EDITORES PERMITIENDO LA FOTOCOPIA DE SUS OBRAS. 4. HIPÓTESIS EN LAS QUE SE PUEDE FOTOCOPIAR MATERIAL PROTEGIDO SIN NECESIDAD DE AUTORIZACIÓN: A) *Fotocopias con ocasión de un procedimiento judicial o administrativo*. B) *Fotocopias privadas*. Requisitos: a) Que no se realicen en un establecimiento dedicado a la realización de reproducciones para el público, o que tenga a disposición de éste los equipos, aparatos y materiales para su realización; b) Que se fotocopien obras divulgadas en forma de libros o publicaciones que a estos efectos se asimilen reglamentariamente; c) Que no sea objeto de utilización colectiva. La cuestión del uso interno; d) Que no sea objeto de distribución mediante precio. Ausencia de utilización lucrativa; e) Que se haga para uso privado del copista. 5. SUPUESTOS EN LOS QUE LA AUTORIZACIÓN NO PUEDE SER NEGADA. NECESIDAD DE LICENCIA EN LAS BIBLIOTECAS: A) *Fotocopias hechas por bibliotecas con fines de investigación*. B) *Fotocopias hechas en el ámbito del préstamo interbibliotecario*. 6. COMPENSACIÓN ECONÓMICA QUE PERCIBEN LOS TITULARES DE LOS DERECHOS DE AUTOR POR LA FOTOCOPIA DE SUS OBRAS.—COLOFON.

DELIMITACION DEL TEMA

Existen actividades a las que, por cotidianas, no se les da la importancia que tienen, hasta el punto de que ni siquiera se repara en el hecho de que en realidad constituyen auténticas vulneraciones de la Ley de Propiedad Intelectual, olvidándose con ello de que la ignorancia de la ley no excusa de su cumplimiento.

Esas actividades, en realidad ilícitas, se dan con demasiada frecuencia en la elaboración de obras supuestamente originales, y también tienen lugar en el ámbito jurídico, especialmente en el mundo de la Universidad, y tanto pueden provenir de los profesores en su faceta docente o investigadora, como de alumnos o terceros al servicio de unos y otros; y no suele ser la mala intención la que las guía, sino más bien la falta de sensibilización o conciencia social en relación con los derechos de autor, cuando no el desconocimiento del alcance de la legislación especial, que en ocasiones lleva a autores y usuarios de obras a confundir la propiedad del soporte físico con la de la obra intelectual en él contenida, a pesar de su clara distinción en el artículo 3, número 1 de la Ley de Propiedad Intelectual.

El objetivo primordial de este trabajo es la consideración de estas actividades diarias, no pretendiendo hacer un análisis exhaustivo de todas las hipótesis en las que algún aspecto de la propiedad intelectual afecta a autores y usuarios de una obra protegida, pues ello nos llevaría a tratar el contrato de edición, las nuevas tecnologías y muchos otros temas, sin duda interesantes, pero que exceden de la realidad para mí cotidiana que ha suscitado esta reflexión.

En mi deseo de analizar aquello que conozco, hago algunas alusiones a obras de carácter eminentemente jurídico, sin embargo, lo señalado en este estudio es aplicable a toda obra escrita, cualquiera que sea su contenido.

Nada trato de la problemática en áreas de investigación que pudieran hacernos entrar dentro de un campo más amplio, cual es el de la Propiedad industrial; ni del tema informático, que precisaría un estudio autónomo. Tampoco realizo aquí un trabajo de definición de la propiedad intelectual y los derechos que le son inherentes, con el que poco aportaría, dado el número de magníficos estudios ya publicados que se ocupan de tales aspectos.

Mi intención es analizar esas actividades comunes sobre las que merece la pena reflexionar pues, pareciendo intrascendentes desde el punto de vista de su realización individual, no sólo suponen una vulneración de los legítimos derechos de autores y editores, sino que consideradas en su conjunto, incluso tienen una notable repercusión en la economía de un país.

No olvidemos que la industria de la cultura suele suponer una aportación al producto interior bruto superior a la de otros sectores que, en principio,

parecen de mayor envergadura económica. En consecuencia, las defraudaciones económicas, en tal sentido, en absoluto resultan banales.

I. CREACION DE OBRAS PROTEGIDAS

1. AUTORES EN GENERAL

Por definición, el autor es un creador de obras intelectuales, entendiéndose por éstas aquellas obras literarias o científicas, producto de su inteligencia, que son originales, o que sin serlo están protegidas por la Ley de Propiedad Intelectual, como es el caso de las traducciones y adaptaciones cuando están hechas dentro del marco legal.

Resultan claros los llamados derechos de autor cuando nos referimos a trabajos publicados como manuales, monografías, libros en colaboración, obras colectivas y artículos publicados en revistas especializadas. En estos casos nadie ignora la existencia de una propiedad intelectual y unos derechos que las editoriales pretenden que no sean olvidados, insertando en la obra, generalmente en el lugar en que se encuentran el depósito legal y el número de ISBN y los datos de la editorial, una cláusula en la que se recuerda al lector que la ley castiga la reproducción, plagio, distribución o comunicación de toda o parte de la obra sin la autorización de los titulares o sus cesionarios.

A pesar de ello no se consigue el objetivo perseguido, ya que la violación de los derechos de autor se sigue produciendo impunemente. Hasta hace poco era normal ver en las copisterías libros depositados con la finalidad de hacer fotocopias del todo o parte de los mismos, y ello sin que, en general, existiera conciencia de infracción, al menos por parte de los compradores.

Poco a poco la situación va cambiando, pues en los dos últimos años han sido numerosas las causas judiciales abiertas por esta razón, llegándose en algún caso incluso a la imposición de penas de privación de libertad (1). Sin embargo la práctica continúa, aunque de forma más solapada.

(1) La Audiencia Provincial de Pontevedra, confirmando la correspondiente sentencia ante ella recurrida del Juzgado número 2 de lo Penal, de Vigo, condenó al representante de una copistería a una pena de cuatro meses de arresto mayor, suspensión de cargo público y derecho de sufragio, a una multa de 500.000 pesetas, y a indemnizar al Centro Español de Derechos Reprográficos (única entidad de gestión que en España representa los intereses de autores y editores) por los daños y perjuicios causados por un delito continuado contra la Propiedad Intelectual cometido al fotocopiar libros en parte o íntegros, que posteriormente se encuadernaban y vendían a bajo precio en comparación con el importe del ejemplar fotocopiado, con un «específico ánimo de lucro» (cf. S. A. Provincial del Pontevedra 56/99).

Si los derechos económicos del autor son violados con frecuencia, impunemente y sin conciencia del perjuicio que se le ocasiona, hay otros casos en los que la violación y su falta de conciencia infractora alcanza a los derechos morales. Pensemos la relativa facilidad de acceso a obras inéditas, tales como Tesis de Licenciatura o Doctorales, a Memorias y Proyectos docentes para la preparación de oposiciones, y el relativamente frecuente olvido de que el objeto de protección de la Ley de Propiedad Intelectual es la obra por el solo hecho de su creación, independientemente de que haya o no sido publicada en forma de libro, de manera que tan ilícito es el plagio de los más conocidos manuales publicados, como el de la investigación inédita más olvidada.

Recordemos que el artículo 10 número 1 TRLPI considera objeto de propiedad intelectual todas las creaciones originales literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible. Si a ello añadimos el reconocimiento expreso en la letra *a*) de los discursos y alocuciones, conferencias, informes forenses, explicaciones de cátedra y «cualesquiera otras obras de la misma naturaleza» como objeto de propiedad intelectual, resulta obvio que la Ley protege la obra intelectual, aunque no haya sido publicada por una editorial, y aunque ni siquiera haya abandonado el mundo de lo intangible.

2. DOCENTES

Al margen de su faceta más clara de autores de monografías y artículos científicos, producto de la labor investigadora llevada a cabo en cumplimiento de las funciones propias de un profesor universitario, algo muchas veces ignorado por ellos mismos es la propiedad intelectual que les corresponde sobre las lecciones impartidas en cumplimiento de su función docente, si por su estructura, método u otras circunstancias son fruto original de su intelecto; y ello sin que quepa duda alguna al respecto, dado que las lecciones de cátedra vienen mencionadas expresamente como objeto de propiedad intelectual en la Ley especial que la regula, artículo 10.1.a).

Es frecuente ver en copisterías privadas papeles a guisa de carteles anunciando «apuntes» de un profesor determinado o de un curso y asignatura

Mayor fue la pena impuesta por el Juzgado de Instrucción número 14, de Valencia, que condenó al propietario de una copistería como responsable de un delito contra la Propiedad Intelectual a la pena de un año y tres meses de prisión con inhabilitación durante ese tiempo del derecho de sufragio pasivo y al abono de costas, además de la correspondiente indemnización como responsable civil, cifrada en 295.000 pesetas a pagar al Centro Español de Derechos Reprográficos, habiendo sido confirmado el fallo por la Sala Penal de la Audiencia Provincial de Valencia (cf. S. A. Provincial de Valencia 356/99).

concretos, con referencia indudable a las explicaciones dadas por un profesor en el desempeño de su trabajo, desconocedor muchas veces de la explotación que terceras personas están realizando basándose en su trabajo. Como se verá más adelante, considero que en tal caso se están vulnerando sus derechos de autor.

Igualmente, por disposición expresa de esa misma Ley, son objeto de propiedad intelectual las conferencias, y dentro de la amplitud con que está redactado el artículo 10.1.a) en el que se utiliza una auténtica fórmula abierta, ciñéndonos al mundo universitario, quedarían incluidos los programas de asignaturas, los casos prácticos que se entregan a los alumnos para su resolución y los exámenes, especialmente cuando se trata de exámenes de tipo test, en el que son numerosas las preguntas y las alternativas con que se formulan, constituyendo en más de una ocasión auténticos alardes de imaginación.

3. DISCENTES. EL PROBLEMA DE LOS «APUNTES» Y SU FOTOCOPIADO

El papel del alumno es esencialmente el de usuario de una obra intelectual, como comprador, como prestatario de una biblioteca, como adquirente de fotocopias, o simplemente como oyente de las lecciones de cátedra. Este rol primordial no le excluye, sin embargo, de su papel de creador de obras originales, especialmente en el llamado tercer ciclo, en el que es frecuente que realicen trabajos con el fin de obtener la suficiencia investigadora y con ello afrontar la realización de una tesis doctoral; sin olvidar que también los alumnos de Licenciatura en ocasiones realizan trabajos brillantes, unas veces ganadores de premios, otras anónimos, pero en todo caso objeto de propiedad intelectual cuando por no limitarse a ser copia de párrafos de manuales conocidos se pueden calificar como creación original.

Mayores dudas plantea el tema de los llamados apuntes del alumno. A mi entender, bajo esta denominación, se engloban dos realidades muy distintas: una primera, la más frecuente, aquélla en la que el alumno se limita a tomar nota de las lecciones de cátedra del profesor; otra, aquélla en la que de modo particular, con varios manuales al uso, confecciona su propio material de estudio.

En el primer caso entiendo que no se puede hablar de propiedad intelectual a su favor, ya que lo único que hace es transcribir lo que el profesor dice, generalmente en el mismo orden de ideas e incluso más de una vez con las mismas palabras, previamente grabadas por el alumno sin permiso alguno.

Reconociéndose legalmente las lecciones de cátedra como objeto de propiedad intelectual en el artículo 10.1.a) TRLPI, hay que plantearse qué valoración jurídica puede tener la transcripción a mano o a máquina de lo que el profesor dice en clase.

La cuestión carece de importancia cuando el alumno hace un uso de lo que llama «sus» apuntes, que podríamos llamar personal o como mucho limitado a un círculo reducido de amigos y a título gratuito, porque la autorización del profesor para tal utilización es tácita y podría legitimarse en la figura del *ius usus innocui* que, como sabemos, encuentra su base y su límite en la tolerancia del dueño, en este caso del propietario intelectual.

Cosa diferente es la práctica frecuente por la que, sin permiso para ello, algún alumno mecanografía y entrega en una copistería para su venta al público el discurso que el profesor realizó al impartir la docencia que le corresponde, o los casos prácticos cuya resolución propuso a sus alumnos. En este caso el problema podría plantearse incluso en vía judicial si se considera, como entiendo que es correcto, que se están vulnerando repetidamente los derechos de propiedad intelectual del enseñante.

En primer lugar hay que recordar que corresponde al autor decidir si su obra ha de ser divulgada y en qué forma. Partiendo de la base de que la divulgación supone simplemente que la obra sale de la esfera personal del autor, resulta obvio que en el caso expuesto el profesor elige la divulgación oral y no otra (2). En realidad la divulgación (arts. 4 y 14.1 TRLPI) supone simplemente que la obra intelectual salga de la esfera personal del autor, pero indudablemente su principal efecto, cuando la divulgación se hace en forma de publicación, o lo que es lo mismo, con la puesta de ejemplares a disposición del público por compra, el principal efecto es que su introducción en el comercio hace surgir los derechos de carácter patrimonial.

La reproducción (art. 18 TRLPI) supone la fijación de una obra en un medio que permite su comunicación y la obtención de copias de toda o parte de ella (3). La modificación (arts. 14.5 y 66 TRLPI), a mi entender implica un cambio en el contenido de la obra que sustancialmente sigue siendo la misma, y la transformación (art. 21 TRLPI) un cambio de idioma, una adaptación o un cambio en su forma o soporte de la que se deriva una obra diferente (4).

(2) Para verlo más claramente, vid. ESPÍN CÁNOVAS, D., *La facultad de divulgación en la Ley de Propiedad Intelectual de 11 de noviembre de 1987*, en el libro homenaje al profesor Juan Roca Juan, Universidad de Murcia, Murcia, 1998, págs. 243 y sigs. En segundo lugar, la actividad del alumno que así obra puede calificarse de reproducción, de transformación, de contribución a la distribución, e incluso de publicación. En todos estos casos los derechos de autor resultan vulnerados por ser necesaria la autorización de su titular para que puedan ser realizados lícitamente.

(3) Sobre el concepto de reproducción, vid. RIVERO HERNÁNDEZ, F., «Comentario al artículo 18 LPI», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, obra coordinada por Rodrigo Bercovitz, TECNOS, Madrid, 1997, pág. 317.

(4) En la idea de que un cambio de soporte supone una transformación, vid. CARBAJO GONZÁLEZ, J., «La nueva regulación española en materia de propiedad intelectual», en AC, núm. 39, 1989, marginal 891, pág. 3063.

Si consideramos que al mecanografiar las clases que el profesor divulga oralmente, el alumno está cambiando el soporte de la lección de cátedra, que siendo oral pasa a ser escrito, lo que realiza es una transformación. Ello sin desconocer la posibilidad de que no haya ningún cambio de soporte porque la obra que se dio a conocer en las aulas ya esté plasmada por escrito e incluso enviada a una editorial por su autor.

Igual calificación de acto de transformación merecería la actuación del discente, por ejemplo, un alumno Erasmus, si hace una traducción (no menciono la «adaptación» porque no me es fácil imaginarla sin reconducirla a una modificación). Si introduce cambios, pero de ellos no se deriva una obra diferente, estaremos ante una modificación.

Por otra parte, si entendemos que en el artículo 18 TRLPI cuando se habla del derecho de reproducción se contemplan dos pasos, uno la fijación en un soporte que permite su comunicación y copia, y otro la copia en sí, el alumno que mecanografía las lecciones de cátedra recibidas para facilitarlas a la copistería estaría en la primera fase de un procedimiento de reproducción de una obra protegida por la Ley de Propiedad Intelectual, que sería hasta donde cabe presumir que autoriza el profesor tácitamente.

Independientemente de que la plasmación por escrito a través de un medio mecánico se considere un acto de transformación o la primera fase de un acto de reproducción (*conditio iuris* para que el acto de fotocopiar sea materialmente posible), los problemas de falta de autorización se encuentran en el hecho de la reproducción propiamente dicha y puesta a disposición del público, porque con tales actos no sólo se está vulnerando el derecho de reproducción sino que también se está vulnerando el derecho de distribución que igualmente corresponde al docente (art. 19 TRLPI), puesto que un acto de distribución es lo que entraña la puesta a disposición del público en una copistería de las lecciones impartidas por un profesor, que rozaría el concepto de publicación si de algún modo se encuadernaran y se pusieran a la venta un número de ejemplares.

La que puede estimarse autorización tácita del profesor no llega más allá del hecho de que el alumno tome notas y las mecanografié para su mejor lectura y uso dentro de un ámbito básicamente personal. Es más, incluso es posible, como personalmente hago, que haya prohibido expresamente cualquier acto de distribución mediante precio, comunicando su falta de consentimiento en tal sentido tanto a los alumnos como a las copisterías que habitualmente comercializan tales apuntes.

Entiendo que la oposición del profesor a tales actos es legítima a la luz de la normativa especial, sin que la tendencia a que se realicen actuaciones semejantes permita hablar de una realidad social en la Universidad que autorice a que las lecciones de cátedra impartidas en las aulas se propaguen en los negocios privados de copistería, que en todo caso constituiría una práctica *contra-legem*.

No olvidemos, por otra parte, que el autor puede impedir cualquier deformación, modificación, alteración o atentado contra su obra que suponga perjuicio a sus legítimos intereses y menoscabo a su reputación (art. 14.4 TRLPI). Esos legítimos intereses pueden ser muy variados: imaginemos, por ejemplo, que coetáneamente en el tiempo se edita un manual del profesor de idéntico contenido; o que la estructura de sus explicaciones llegue a ser utilizada por otros docentes que ni siquiera son compañeros, por ejemplo, academias privadas; incluso el menoscabo a su reputación como buen docente, que puede venir de un error puntual de transcripción del alumno, de la omisión de un ejemplo descriptivo o de la incorrecta comprensión de la explicación oral del tema, aunque en general las notas tomadas sean fidedignas.

En definitiva, el alumno de lo único que resulta ser propietario es de las hojas utilizadas para anotar las explicaciones de clase, pero no de la creación intelectual que en ellas plasma, que pertenece al profesor, pues no hay que confundir la propiedad intelectual con la propiedad del soporte al que la creación original va incorporada. De la misma manera que ser propietario de un ejemplar de un best-seller no nos convierte en propietarios más que de unos cuantos gramos de papel, que podremos utilizar de adorno o de pisapapeles, si queremos, pero no para nada que esté relacionado con el contenido intelectual de la obra.

En consecuencia, tanto los actos de reproducción como los de transformación y distribución de las explicaciones de clase exigen el consentimiento del profesor, y si éste no niega la posibilidad de tomar notas por escrito y mecanografiarlas hay que entender que la difusión de estas notas se amparará únicamente en la tolerancia del autor, que legítimamente puede prohibirlas cuando considere que se está yendo más allá de un mero *ius usus innocui*.

Nada tiene que ver este tema con el de la «copia privada», entre cuyos requisitos se exige que la obra reproducida se trate de un libro o de una obra a él asimilada reglamentariamente, y el tema que nos ocupa parte de la reproducción de una obra que el autor divulgó oralmente. Además, tampoco se daría el requisito de que las copias no fueran objeto de utilización colectiva, ni lucrativa. Normalmente tampoco se daría el requisito de que no se realizaran en un establecimiento dedicado a la copistería, pues es lo habitual que en ellas se depositen los apuntes proporcionados por los alumnos para su posterior fotocopiado y venta a otros; pero incluso aunque fuera el propio alumno el que hiciera las copias en su fotocopidora particular, el hecho de ponerlos a la venta también lo excluiría del concepto de copia privada; incluso si los regalara estaría dentro de una utilización colectiva con un ámbito superior al autorizado por el profesor, ya que éste cuando explica no lo hace más que para los alumnos presentes en la clase.

El tema de la copia privada se sitúa un paso más allá, cuando ya existe una publicación cuyo fotocopiado puede lesionar los derechos económicos del autor, que de algún modo deben de ser compensados, lo que se hace por los mecanismos establecidos legalmente de «remuneración compensatoria» y de concesión de «Licencias». En el tema de los apuntes del profesor estamos ante una lesión de sus derechos morales y de explotación. Ante esta situación, el afectado puede ejercitar la acción de cesación de la actividad ilícita del artículo 139 TRLPI en cualquier momento, y la acción de indemnización por daños y perjuicios, si se pueden demostrar, y la de indemnización del daño moral, aunque no haya perjuicio económico, durante el plazo, de prescripción según el artículo 140 TRLPI, de cinco años desde que pudo ejercitarse.

De forma muy distinta, cuando el alumno crea sus propios temas a partir de diversos manuales, la intención creadora es clara, lo que ocurre es que el resultado posiblemente carezca de la nota de originalidad y, aún más, si decide negociar con ellos con ánimo de lucro incluso puede ser acusado de plagio al ser lo normal que se transcriban por entero epígrafes, o al menos párrafos, sin citar al autor.

Sería propiedad intelectual del alumno la respuesta a los casos prácticos por él resueltos en el ámbito de la docencia recibida, los posibles dictámenes que en este sentido pudiere haber emitido, así como las respuestas a los exámenes; lo que ocurre es que, dada la masificación actual de la Universidad, con el tipo de preguntas que habitualmente se realizan, el alumno difícilmente tiene la oportunidad de plasmar en un examen una obra de ingenio, como no sea por lo gracioso de la respuesta, en cuyo caso entiendo que aquel profesor que, como en alguna ocasión he visto, a los varios años de docencia decide publicar un libro de chistes con las respuestas disparatadas de sus alumnos, al menos teóricamente, necesitaría del permiso de aquél de quien surgió la ocurrencia, o sea del alumno, lo que me atrevería a asegurar que no se hace, ni quizá el autor de la ocurrencia, probablemente ya un prestigioso profesional, lo desee. En todo caso, la cuestión carece de operatividad práctica ya que, caso de querer denunciar al «recopilador de disparates», no sólo se plantearían problemas de legitimación activa sino también de prueba.

De todos modos, no quisiera dejar de mencionar que los alumnos pueden ser, y de hecho lo son, autores de trabajos dignos de mención por su calidad y originalidad, hasta el punto de que, especialmente en relación con Centros Universitarios en los que es preceptivo un «Proyecto de Fin de Carrera», ya ha surgido alguna Asociación de Alumnos con el objetivo de defender sus derechos de autor frente al plagio de algunos de sus profesores ávidos de un curriculum rápido sin consideraciones de índole moral o científica.

II INVESTIGACION: DE LA CITA A LA REFUNDICION DE TEXTOS

En toda ciencia para avanzar hay que partir de los conocimientos ya existentes, así pues, para aportar algo en cualquier tema, en primer lugar hay que estudiarlo, y ello en las disciplinas jurídicas supone acudir, como punto de partida, a la Ley, la Doctrina y la Jurisprudencia existente en la materia. El problema, a mi entender, se plantea cuando el punto de partida coincide con el de llegada.

Tal problema, obviamente, se da con tanta más frecuencia cuanto más se haya escrito sobre una misma materia. Desde este punto de vista parece claramente deseable que se trabaje en temas nuevos o en aspectos concretos no contemplados por los estudios clásicos. No se debe obviar el estudio profundo de las raíces de la cuestión que investigamos, pero ello la mayoría de las veces no hace imprescindible incorporar a la obra propia un estudio histórico que no supera la calidad de otro precedente, dejando, sin embargo, reducido a una parte nimia el verdadero tema de investigación.

Resulta desesperante para cualquier jurista, en especial para quienes viven de la práctica del Derecho, coger una nueva obra, movidos más por la necesidad de resolver que por la ilusión de saber, y tras una copiosa bibliografía no siempre utilizada, un amplio estudio histórico, una yuxtaposición (que no comparación) de Derechos, las más de las veces inconexos entre sí, y la inclusión de algunos apéndices de dudosa utilidad, encontrar la monografía manejada reducida a unas pocas páginas, a veces mera repetición de lo que dice la ley, en las que los problemas en ella planteados ya fueron resueltos hace tiempo.

Los profesores de Universidad tienen en sus manos la posibilidad de intentar romper este círculo vicioso exigiendo un rigor mínimo a sus doctorandos, tanto si son jóvenes en formación como si ya son unos acreditados profesionales, enseñándoles el verdadero sentido del concepto de cita y que no es lo mismo investigar que yuxtaponer textos.

Quizá si no fuera tan frecuente encontrar en el mercado obras con los defectos más arriba reseñados hubiera menos personas que se atrevieran a escribir un libro.

1. LA INSERCIÓN DE TEXTOS AJENOS EN LA OBRA PROPIA

El artículo 32 TRLPI declara lícita la inclusión en una obra propia de fragmentos de otras ajenas, siempre que se realice a título de cita o para su análisis, comentario o juicio crítico. Lo que ocurre es que, en más de una ocasión, el análisis, comentario o juicio crítico no aparecen, y la cita del autor del texto inserto no siempre se hace en apoyo de la propia creación intelec-

tual, sino que frecuentemente constituye la parte esencial del discurso de la obra «nueva».

No pretendo decir que sea la mala fe o la incapacidad las que llevan a algunos autores a crear sus obras de esta manera. Presumo la capacidad en cualquier autor, pero no la formación investigadora, aunque hay quienes tienen una intuición especial o don natural para las tareas de este tipo. Tampoco es mi intención realizar una crítica despiadada de errores que a nadie son totalmente ajenos, sino simplemente realizar una llamada de atención para que no se convierta en método normal lo que no es deseable; para que cuidemos más la calidad que la cantidad; para que pensemos que yuxtaponer textos es más rápido, pero que al lector no le interesa el tiempo que tardó en escribirse la obra que maneja sino la obra en sí misma; y que tengamos presente que una obra no es mejor por ser más amplia, a menos que tenga también mayor contenido, y este mayor contenido no se mide por el número de páginas sino por el número de ideas.

Entiendo que el problema no es citar a uno o varios autores, ya que ser citado incluso puede ser deseable (5). El problema se da a la hora de insertar textos, porque éstos han de servir para ser comentados, criticados, para formar o corroborar nuestros razonamientos, pero nunca para sustituirlos construyendo prácticamente nuestra obra con fragmentos de obras ajenas.

Del artículo 32 TRLPI se desprenden los requisitos que han de cumplirse para que la inclusión en una obra propia de fragmentos de obras ajenas sea considerada lícita:

1. Que se trate de una obra ya divulgada.
2. Que se haga a título de cita, o para su análisis, comentario o juicio crítico (lo que no implica que nuestros razonamientos puedan ser sustituidos por los razonamientos ajenos, aunque los compartamos).
3. Que tal utilización se realice con fines docentes o de investigación.
4. Que la inclusión de fragmentos ajenos se haga en la medida que se necesite y justifique por la docencia o la investigación (6).
5. Que se indique la fuente y el nombre del autor de la obra realizada.

(5) Señala ROGEL VIDE: «...beneficios, más que perjuicios parecen derivarse para los autores cuyas obras literarias o artísticas son incluidas en una crestomatía o citadas en un texto, porque ello supone una comunicación al público e incluso la valoración y apreciación de un autor antes desconocido». Cf. ROGEL VIDE, C., «Notas sobre el derecho de cita de obras literarias o artísticas», en *La Ley* (1984), 4, pág. 982.

Actualmente en el mundo universitario parece que puede tener una repercusión más a través de los llamados sexenios de investigación, en los que entre los criterios de valoración se encuentra el del «impacto» o «índice de repercusión de la obra», que en disciplinas como la medicina tiene amplio arraigo, existiendo programas informáticos que indican el número de veces que un trabajo ha sido citado.

(6) Exactamente el artículo 32 TRLPI, dice: «en la medida justificada por el fin de esa incorporación». Parece lógico entender que esa medida viene señalada por el tema,

2. LA CITA: CONCEPTO Y REQUISITOS

Es criticable la letra de la ley por su imprecisión, pues en el artículo 32 TRLPI se habla de «cita, análisis, comentario o juicio crítico», como si se tratara de realidades diferentes, cuando todo análisis, comentario o juicio crítico de un texto ha de llevar inherente una cita del autor y obra en que se encuentra el texto analizado, comentado o criticado. Ahora bien, el concepto de cita es más amplio que el de inserción de un texto. Por ejemplo, en una misma nota, ya sea a pie de página o al final del trabajo, se pueden citar numerosos autores sin insertar ningún texto, simplemente para indicar que la idea que defendemos es compartida o rechazada por otros. Pero también se puede citar insertando un texto, el cual puede ser a la vez analizado, comentado, criticado, o simplemente citado para corroborar en frase que consideramos expresiva lo que nosotros venimos defendiendo.

En todo caso, es deseable que la inserción de los fragmentos citados se haga de modo breve, preferiblemente en forma de nota a pie de página y acompañados de un comentario indicativo del motivo por el que es llevado a la obra. En mi opinión, el texto principal ha de ser de fácil lectura, expresivo de nuestro discurso y autónomo en sí mismo, de modo que incluso sin acudir a la lectura de nota alguna quede clara cuál es nuestra tesis, y con ella nuestros razonamientos. En las notas debe de encontrarse la base de nuestro trabajo, que será la investigación ajena y las disquisiciones que ésta suscite. Actuando así el punto de arranque, que ha de ser la investigación ajena realizada hasta el momento, no coincidirá con el punto de llegada, que ha de ser nuestra investigación y que ha de aportar algo nuevo o diferente, que es lo que debemos encontrar en el texto principal de un trabajo de carácter monográfico.

Desde este punto de vista, rechazo la inserción en el texto principal de grandes fragmentos literales de obras de otros autores, de sentencias casi completas, a no ser que se trate de un trabajo de carácter jurisprudencial y, en general, de todo lo que sirva para engrosar artificiosamente un trabajo de investigación (7).

el tipo de obra y, lo que es más importante, por el sentido común del autor. El problema está en que cuando el investigador en formación se encuentra con numerosas obras en las que las páginas discurren con: «dice A: "...", y en el mismo sentido B: "...", y de forma parecida C: "...", mientras que D dice: "...", ese joven investigador puede terminar creyendo que hacer una tesis doctoral o escribir un libro o artículo es eso. Seguramente a quien así actúe le saldrá una obra con muchas páginas, pero no con mucho contenido personal.

(7) ROGEL VIDE proponía una interpretación restrictiva del derecho de cita al comentar el antiguo artículo 7.1, párrafo 1 LPI de 1879, con las siguientes palabras: «...la cita ha de reducirse a cortos fragmentos de una obra literaria, que parece han de ser comen-

A tenor del artículo 10, número 1 del Convenio de Berna (8), para que una cita sea considerada lícita debe de cumplir las siguientes condiciones:

A) *Que la obra haya sido hecha accesible al público de modo legítimo*

Esta exigencia viene a reproducir el artículo 32 TRLPI al exigir que se trate de una obra ya divulgada.

Ningún obstáculo existe para citar una obra legalmente publicada, pero hay hipótesis que «a priori» plantean dudas; pensemos, por ejemplo, en una conferencia no publicada cuyo texto mecanografiado es facilitado por el autor a un amigo personal que, a su vez, se lo presta a un tercero que en uno de sus trabajos le cita.

En términos legales es divulgación toda expresión de una obra que la haga accesible por primera vez al público, en cualquier forma (art. 4 TRLPI). Así pues, una vez pronunciada la conferencia puede hablarse de divulgación al público, lo que ocurre es que esta divulgación, no publicándose el texto, es una divulgación oral, y desde un punto de vista legal estricto lo único que podría citarse son las palabras pronunciadas o ideas difundidas.

La entrega del texto mecanografiado a un amigo personal no supone una divulgación al público sino una autorización personal a éste para acceder a la creación intelectual en él contenida, siendo cuestionable su utilización por terceros; sin embargo, tampoco es prudente caer en un excesivo legalismo literal, pues puede interpretarse que es legítima la cita que realiza el tercero, pues con ello no se perjudican ni los derechos morales ni los derechos económicos de autor, que es lo que pretende proteger la Ley de Propiedad Intelectual.

tados, sin comprender la plasmación de obras artísticas, ni mucho menos, la inclusión de partes de obras literarias o de pequeñas obras completas», señalando como hipótesis problemáticas la cita de un texto corto no comentado, sobre todo cuando el texto, aún pequeño, puede considerarse como una obra completa, por ejemplo, un poema, y la de textos largos, aunque vayan acompañados de un comentario. Cf. ROGEL VIDE, C., «Notas sobre...», *loc. cit.*, págs. 980 y 982.

No sólo comparto tal interpretación, sino que incluso la restrinjo más desde un punto de vista formal al considerar deseable que la inclusión de fragmentos de obras ajenas se haga a pie de página, salvo que su aparición en el texto principal sea absolutamente necesaria, como en el caso de que el objeto del trabajo sea el análisis de un texto ajeno.

(8) El Convenio de Berna, de 9 de septiembre de 1886, para la protección de las obras literarias y artísticas, reformado en 1908, 1928, 1948, 1967 y 1971, fue ratificado por España el 2 de julio de 1973.

B) *Que las citas se hagan «conforme a los usos honrados»*

Creo que la expresión «usos honrados» remite a un simple concepto de «uso corriente sin mala fe», por lo que conviene no convertir en corrientes, normales o usuales, ciertos tipos de investigación (9).

C) *Que se hagan en la medida justificada por el fin que se persiga*

El Convenio de Berna, en su redacción de 1948 exigía expresamente que las citas fuesen cortas, pero con la reforma de 1971 desapareció dicha exigencia, intentando introducir una idea de medida a través de los requisitos que ahora estamos analizando. Parece, pues, que la longitud y número de citas de un trabajo tendrán como único patrón de medida el fin perseguido en aquél, y ello dependerá del tema y de la naturaleza de la obra en cuestión.

Suele entenderse que una obra es mejor cuantas más notas a pie de página tiene, identificando de alguna manera cita con nota a pie de página, cuando la realidad es que una misma nota puede contener numerosas citas, lo que puede ser indicativo de una importante labor de síntesis y documentación que prima sobre el ánimo de ocupar espacio.

Es cierto que legalmente serán los tribunales quienes decidan acerca de la licitud de las citas de una obra. Pero también es cierto que, salvo en los casos de plagio, la condena de una obra construida a costa de textos ajenos vendrá más bien de la comunidad científica que de los tribunales de justicia, porque para llegar a éstos, en una obra como la descrita pero en la que no se puede hablar realmente de plagio, nos cuestionaríamos hasta quién estaría legitimado activamente para demandar.

D) *Que se mencione la fuente y el nombre del autor*

Es necesario identificar claramente la obra y autor citados. El código de estilo de citas es diferente según las disciplinas, pero en todo caso ha de ser lo más completo posible y uniforme para todas las citas de un mismo trabajo.

(9) ROGEL VIDE identifica el «uso honrado», del que habla el artículo 10, núm. 1 del Convenio de Berna, con el «uso normal», y señala que el derecho de cita, hoy día, comprende la reproducción de obras escritas, de fragmentos de obras literarias e incluso la inclusión de pequeñas obras en crestomatías. Cf. ROGEL VIDE C., «Notas sobre...», *loc. cit.*, pág. 982.

Parece, pues, que ya se está convirtiendo en corriente lo que no es deseable, como se viene denunciando en este trabajo.

III. LAS FOTOCOPIAS

Nadie ignora la práctica, hoy día habitual, de realizar copias de obras protegidas por la Ley de Propiedad Intelectual en fotocopiadoras, el paralelo crecimiento de copisterías en cualquier lugar de un núcleo habitado, y la instalación de máquinas fotocopiadoras en numerosos negocios como tiendas de material fotográfico, librerías y papelerías, por no citar otros más llamativos. La propia sociedad y las instituciones nos invitan a actuar así desde el momento en que incluso en las bibliotecas públicas existen aparatos reprográficos que, funcionando con monedas o tarjeta, pueden ser utilizadas directamente por el propio usuario.

La necesidad de difundir el saber y de facilitar la investigación, y con ello el desarrollo, sirven de excusa y explicación de la realidad descrita, pero es indudable que la realización de fotocopias hace disminuir los rendimientos económicos de autores y editores; no olvidemos que en España anualmente se hacen más de 26.000 millones de fotocopias de obras protegidas por copyright, y que los universitarios realizan anualmente entre 300 y 350 millones de fotocopias ilegales (10). Obviamente la trascendencia del tema se encuentra en el volumen de fotocopias que todos los años se hacen, lo que indudablemente lesiona de forma considerable el mercado editorial, por más que no toda fotocopia sustituya a una venta o a la suscripción de una revista.

La respuesta legal al problema de la fotocopia se basa en una doble distinción en atención, de un lado, a la naturaleza de las obras (protegidas y no protegidas) y, de otro, al carácter de la copia realizada (privada y no privada) (11).

(10) La estimación exacta de fotocopias anuales la realiza el Centro Español de Derechos Reprográficos, que cita esas cantidades en su circular de 1 de diciembre de 1997, donde se señala que buena parte de ellas vulneran los derechos de autor, provocando que la edición de libros hubiera descendido hasta un 50 por 100.

En la actualidad se mantiene el mismo número de fotocopias, pero ha descendido ligeramente el de páginas fotocopiadas protegidas por derechos de autor, pues si hace poco tiempo era algo mayor de 5.000 millones, ahora es de 4.812 millones.

De esa cantidad, el 56 por 100 (2.700 millones), son fotocopias de libros; el 31 por 100 de prensa, el 7 por 100 de revistas, y el 6 por 100 restante de partituras musicales, folletos, mapas y demás obras impresas protegidas por la Ley de Propiedad Intelectual. De todas ellas, tan sólo el 8 por 100 corresponde a obras extranjeras.

Se estima que en los centros de enseñanza de primaria, media y universitaria es donde más fotocopias de publicaciones protegidas se realizan: aproximadamente un 33 por 100 del total, lo que supone 1.575 millones de páginas, de las cuales el 37 por 100 corresponden a la Universidad.

Cf. Boletín Informativo, núm. 14 de CEDRO, septiembre-octubre de 1999, pág. 5.

(11) Cf. CASAS VALLÉS, R., «La fotocopia y su régimen jurídico», en *Ar. C.*, 1993, pág. 1999.

He recogido literalmente, por sencilla y al mismo tiempo rigurosamente explicativa, la doble distinción que hace CASAS VALLÉS enfocando el tema de las fotocopias.

Ninguna duda plantea la licitud de las fotocopias que se hagan de obras no protegidas por la Ley de Propiedad Intelectual, puesto que de ellas ningún perjuicio puede derivarse ni para autores ni para editores. El problema que prevé el legislador se refiere a las copias de obras objeto de propiedad intelectual, pues la fotocopia de las mismas supone una violación del derecho exclusivo de reproducción que corresponde al autor o, en su caso, editor, que ocasiona una pérdida de ganancias por disminución de ventas y de reediciones, debiendo de dárseles participación en esa nueva fuente de ganancias que suponen las fotocopias (12); en definitiva se produce un lucro cesante difícil de ser cuantificado, pero para el que la ley prevé un mecanismo indemnizatorio que no por inexacto es despreciable.

1. EL ACTO DE FOTOCOPIAR. SU NATURALEZA JURÍDICA

El acto de fotocopiar ha de ser calificado como acto de reproducción a la luz del artículo 18 TRLPI, ya que como su propio nombre indica, el acto de fotocopiar conduce a la obtención de copias de toda o parte de la obra fotocopiada.

Desde una perspectiva material, en el caso de las fotocopias de libros y revistas científicas hay, atendiendo al sentido vulgar de las palabras, una modificación o una transformación, pues un libro encuadernado en piel y con papel satinado una vez fotocopiado ha cambiado en su aspecto externo. Sin embargo, desde un punto de vista jurídico no puede hablarse de modificación, puesto que la obra intelectual no ha cambiado en absoluto; ni tampoco de transformación, dado que el soporte material a través del cual se ha permitido su comunicación sigue siendo escrito, y en el mismo idioma y caracteres. Lo que sí existe es un acto de reproducción, al haberse obtenido copias de toda o parte de la obra.

2. TITULARES DEL DERECHO A FOTOCOPIAR OBRAS PROTEGIDAS: AUTORES Y EDITORES

El derecho a explotar una obra, incluyendo el derecho a reproducirla, y consiguientemente el derecho a fotocopiar, corresponde, conforme al artícu-

(12) CASAS VALLÉS, recogiendo la idea de ECHEVARRÍA, señala que el tema no se trata tanto de pérdidas como de falta de participación en una nueva fuente de ganancias, y que por ello lo que importa es el volumen de uso. Cf. CASAS VALLÉS, R., *loc. cit.*, pág. 1998, citando a ECHEVARRÍA, J. P., *La copia privada y reprografía en España*, Primer Congreso Iberoamericano de Propiedad Intelectual, Madrid, 1991, T. II, pág. 601.

lo 17 TRLPI, a los autores de la misma. Ahora bien, ese mismo derecho corresponde al editor cuando se le haya concedido tal facultad y en las hipótesis señaladas en el artículo 129 TRLPI: ediciones de obras inéditas que han pasado a ser de dominio público; obras no protegidas pero que pueden ser individualizadas por su composición tipográfica, presentación y demás características editoriales; así como aquellas obras en las que habiéndose extinguido el derecho del autor sobre la obra ha nacido un derecho sobre la producción editorial.

Dentro del mundo del Derecho destacan determinadas producciones jurídicas procedentes de los diferentes poderes del Estado, que no son objeto de propiedad intelectual, pero respecto a las cuales interesa la máxima divulgación; me estoy refiriendo a las disposiciones legales o reglamentarias, resoluciones de los órganos jurisdiccionales y, en general, a los actos expresamente excluidos como objeto de propiedad intelectual en el artículo 13 TRLPI. En estos casos los derechos de explotación corresponden al editor de dichas producciones.

Cualquier jurista puede valorar la importancia práctica de la edición de leyes y colecciones jurisprudenciales, e imaginar la magnitud del negocio editorial de la publicación de las mismas, dado el potencial número de compradores que entre estudiantes y profesionales se podrían contabilizar, lo que explica el aumento de casas editoriales que realizan tales publicaciones, y el incipiente y cada día más creciente mercado de carácter informático en este sector. Pues bien, en estos supuestos el derecho de explotación, y por ende el de reproducción, corresponde a los editores.

Autores y editores, pues, son los titulares del derecho de fotocopia, pero lo de menos es que las fotocopias las hagan ellos mismos o terceras personas por encargo suyo, ya que si existe la figura jurídica del mandato en relación con negocios de un abultado montante económico, ningún obstáculo ha de haber para admitir el mandato respecto al hecho de fotocopiar, máxime si el mandante es el autor o editor.

3. AUTORIZACIÓN DE AUTORES Y EDITORES PERMITIENDO LA FOTOCOPIA DE SUS OBRAS

La norma general es que para fotocopiar una obra protegida es necesaria la autorización de su autor, o del editor, si éste es el titular de los derechos reconocidos por la Ley de Propiedad Intelectual.

La autorización se puede conseguir personalmente, pero ésta será la hipótesis menos frecuente, dadas las dificultades que habitualmente surgirán para contactar con el autor. Lo normal será conseguir la autorización a través de

una entidad de gestión legitimada para ello, y en nuestro país sólo hay una: el Centro Español de Estudios Reprográficos (CEDRO) (13).

Cabe imaginar que una persona solicite autorización para fotocopiar una o unas pocas obras, pero ello no siempre será necesario, pues si las copias las hace en una máquina privada y para uso privado, la ley le exime de la exigencia de autorización. La autorización se precisa sólo si se va a hacer un uso colectivo o lucrativo de las copias, o si siendo un uso privado las fotocopias se hacen en una máquina puesta a nuestra disposición con ánimo de lucro. En este último caso será la copistería, biblioteca o negocio donde se hagan las fotocopias la que habrá que tener que pedir autorización, y lo normal será que haya solicitado una Licencia general al Centro Español de Estudios Reprográficos, que le autorice para hacer fotocopias de cualquier obra del repertorio español, y de países extranjeros con quienes esta entidad de gestión tenga acuerdo al respecto.

Las licencias concedidas por el Centro Español de Estudios Reprográficos no siempre son generales, pueden ser de diverso tipo, dependiendo de la necesidad de los usuarios, ya que, evidentemente, no será del mismo tipo la licencia que se conceda a una biblioteca pública, en la que son numerosas las obras que van a ser utilizadas por el público, y numerosas también las ocasiones en que probablemente sean copiadas, que la licencia que se otorgue a un particular que quiere hacer una utilización colectiva, pero puntual, de una obra concreta.

En todo caso interesa destacar que la obtención de la Licencia general por una biblioteca o copistería no autoriza para fotocopiar más del 10 por 100 de

(13) CEDRO es una Entidad de Gestión colectiva de derechos de autor, constituida como Asociación sin ánimo de lucro y reconocida por el Ministerio de Cultura (vid. Orden del Ministerio de Cultura de 30 de junio de 1988, *BOE*, núm. 166, de 12-7-88); agrupa a los autores y editores españoles a ella asociados y su principal objetivo es la defensa y gestión de los llamados derechos de autor, en especial el del derecho exclusivo de reproducción. Representa prácticamente a todo el repertorio nacional existente en libros y en publicaciones periódicas protegidas por los derechos de propiedad intelectual, así como a los repertorios de diferentes entidades de gestión extranjeras con las que tiene firmado contrato de representación recíproca.

CEDRO es miembro de la Federación Internacional de Organizaciones de Derechos de Reproducción (IFRRO), que agrupa diversas entidades de gestión semejantes, existentes en otros países, y cuya finalidad es facilitar la cooperación e intercambio de información a nivel internacional, con el ánimo de defender adecuadamente los derechos de los titulares de los derechos de autor frente a la reproducción masiva e incontrolada de sus obras.

La Entidad de Gestión CEDRO invita a formar parte de la misma, a título gratuito, a todos los autores que puedan verse afectados por el tema de la copia privada, en un loable ánimo de gestionar y defender los derechos de los autores que contribuyen a enriquecer nuestro patrimonio cultural y científico con sus obras escritas. Para ello es necesario suscribir un contrato de adhesión que contiene un mandato de representación por el que el autor, o en su caso editor, encarga a CEDRO la gestión de los derechos secundarios derivados de la utilización de su obra.

cualquier publicación (salvo artículos de publicaciones periódicas) (14), ni en cantidad superior a siete copias de esa reproducción parcial (15), excluyéndose la reproducción de (16):

- obras de un solo uso, como los manuales de ejercicios,
- partituras,
- carátulas o portadas de obras sonoras o audiovisuales,
- manuales de ordenador,
- cualquier material protegido con el fin de incluirlo en un libro o revista.

4. HIPÓTESIS EN LAS QUE SE PUEDE FOTOCOPIAR MATERIAL PROTEGIDO SIN NECESIDAD DE AUTORIZACIÓN

Aplicando el artículo 31 TRLPI al tema de las fotocopias, resulta que se puede fotocopiar sin necesidad de solicitar autorización alguna, incluso en contra de la voluntad de los titulares del derecho de reproducción, siempre que la copia no sea objeto de utilización colectiva ni lucrativa, en los siguientes supuestos: 1) cuando las fotocopias se necesitan o realizan como consecuencia o para constancia en un procedimiento judicial o administrativo, y 2) cuando el acto de reproducción se realiza para uso privado del copista.

A) *Fotocopias con ocasión de un procedimiento judicial o administrativo*

La referencia legal del artículo 31 TRLPI lo es a las fotocopias realizadas con ocasión de un procedimiento administrativo, y no a las realizadas por la Administración, pues el mundo de la enseñanza y el de la Administración: local, autonómica y estatal son los ámbitos donde más obras se reproducen. En concreto en la Administración se reproduce un 27 por 100 del material

(14) El límite del 10 por 100, incluso podríamos decir que contrario a la ley porque a la luz del artículo 10.2 del Real Decreto 1343/1992, la fotocopia de una sola página ya supondría una vulneración de los derechos de autor.

(15) El límite de siete copias parece estar inspirado en la jurisprudencia alemana, pues en este país la ley permite que, por necesidades internas, cualquier persona jurídica haga fotocopias de obras protegidas por los derechos de autor, si bien sólo de pequeños fragmentos de una obra o de artículos incluidos en publicaciones periódicas (parágrafo 53 Abs 2-4. Urheberrechtsgesetz —en adelante URHG—). Son los tribunales los que limitan tal derecho a siete copias como máximo (BGH Z-14 de abril de 1978).

(16) Cf. Boletín Informativo CEDRO, núm. 11, abril-mayo de 1999, pág. 21; y Boletín Informativo CEDRO, núm. 14, cit., pág. 11.

protegido (1.318 millones de páginas) (17). Indudablemente las páginas fotocopias con ocasión de un procedimiento administrativo o judicial son muchas menos, y dentro de éstos el número de páginas fotocopias que puedan estar protegidas por los derechos de autor menor aún.

B) *Fotocopias privadas. Requisitos*

De la interpretación conjunta de los artículos 31, número 2, y 25, número 1, ambos del TRLPI, y del artículo 10 del Real Decreto 1434/92, no derogado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, que aprobó el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual actualmente vigente, se deduce que los requisitos que deben darse para que, por entrar en el concepto de copia privada, se puedan realizar fotocopias de una obra objeto de propiedad intelectual sin necesidad de autorización del autor, son los siguientes:

1. Que se haga para uso privado del copista.
2. Que no se realice en un establecimiento dedicado a la realización de reproducciones para el público, o que tenga a disposición del público los equipos, aparatos y materiales para su realización.
3. Que no sea objeto de utilización colectiva.
4. Que no sea objeto de distribución mediante precio.
5. Que se fotocopien obras explotadas públicamente en forma de libros o publicaciones que a estos efectos se asimilen reglamentariamente.

Partiendo de la propia literalidad de los preceptos indicados, entiendo que estos requisitos deben de darse concurrentemente, de modo que basta que falte uno de ellos para que no pueda hablarse de «copia privada» desde un punto de vista jurídico (18). De este modo, si falta alguno de los requisitos más arriba señalados, para hacer fotocopias sin vulnerar la ley, será necesario obtener la autorización de los titulares de los derechos de autor, ya sea personalmente, ya a través de la entidad de gestión correspondiente para conceder las Licencias de copia.

(17) *Ibidem*, núm. 14, pág. 5.

(18) En concreto el artículo 31, núm. 2 TRLPI, une la necesidad del uso privado a que la copia no sea objeto de utilización colectiva ni lucrativa, y lo hace con la expresión «y siempre que», indicando la partícula «ni» dos posibilidades diferentes, de las que basta que se dé una de ellas para que no pueda hablarse de copia privada y, en consecuencia, sea necesaria la autorización del titular del derecho de propiedad intelectual para poder fotocopiar. A igual conclusión me lleva la lectura de los números 1 y 2 del artículo 10 del Real Decreto 1434/92.

Examinemos estos requisitos, aunque alterando el orden para su mejor comprensión:

- a) Que no se realicen en un establecimiento dedicado a la realización de reproducciones para el público, o que tenga a disposición de éste los equipos, aparatos y materiales para su realización

De este requisito legal se deduce que lo relevante no es el hecho de que la fotocopia sea hecha por un tercero, puesto que también excluye del concepto legal de copia privada las fotocopias que realice el propio interesado en las máquinas puestas a su disposición con ánimo de lucro. Lo que interesa es evitar que el dueño del negocio o de las máquinas obtenga ganancias que al mismo tiempo supongan una pérdida para los titulares de los derechos de autor (19). Por este motivo, jurídicamente no son copias privadas las realizadas en un negocio de copistería, ya sean realizadas personalmente o por terceros, aunque realmente desde el punto de vista de hecho haya una copia para uso privado al ser su destino el ser utilizada exclusivamente por un estudiante, profesor u otro particular cualquiera.

No hay que identificar el concepto de copia no privada (cuando falta alguno de los requisitos que estamos examinando), con el de copia ilegal. Lo que determina la ilegalidad es la causación de un perjuicio económico no compensado para los titulares de los derechos de autor, y así lo han venido reconociendo los tribunales de justicia (20). Cuando la copistería tiene licencia puede fotocopiar material protegido; se entiende que no se ocasiona ningún perjuicio del que responder, aunque materialmente haya detrimento económico, puesto que los sistemas legales de compensación no son exactos.

Indudablemente, el lugar idóneo para realizar copias privadas es la fotocopidora personal, puesto que funciona sin ánimo de lucro, pues aunque suponga un ahorro para su titular, no supone una fuente de ingresos para el mismo.

En mi opinión otra posibilidad es la de hacer fotocopias en una fotocopidora de uso interno en un lugar en el que no haya material protegido a disposición de los integrantes de la persona jurídica, como explicaré más abajo.

(19) Se estima que anualmente se reproducen el equivalente a 24 millones de libros, y que estas fotocopias generan una pérdida de negocio en el sector del libro que alcanza los 48.000 millones de pesetas, de los cuales 17.500 millones son pérdidas directas en derechos de autor. Cf. Boletín Informativo, núm. 14 de CEDRO, cit., pág. 5.

(20) A título de ejemplo, vid., S. A. Provincial de La Coruña, núm. 130/99, de 10 de marzo; o la S. A. Provincial de Pontevedra, núm. 56/99, de 30 de junio; y ello simplemente por citar algunas de las más recientes recaídas ya en Apelación. En ellas, el ánimo de lucro en la conducta del copistero fue elemento determinante para la consideración de la actividad de aquél como infractora de la ley.

- b) Que se fotocopien obras divulgadas en forma de libros o publicaciones que a estos efectos se asimilen reglamentariamente (21)

Al respecto hay que tener en cuenta el artículo 9.3, Real Decreto 1434/1992, según el cual se entenderán asimiladas a los libros las publicaciones de contenido cultural, científico o técnico que tengan al menos 48 páginas por ejemplar y siempre y cuando estén editadas en serie continua con un mismo título a intervalos regulares o irregulares, de forma que los ejemplares de la serie lleven una numeración consecutiva o estén fechados con periodicidad mínima mensual y máxima semestral.

El precepto citado no deja de ser criticable, pues parece medir la calidad al peso (justamente lo que yo he criticado al principio de este trabajo). Me pregunto el número de páginas que ocupa la teoría de la relatividad, el teorema de Pitágoras, o la teoría de los vasos comunicantes, porque si se publicaran hoy y entre los tres no suman 48 páginas no estaríamos ante una publicación de entidad suficiente para impedir su libre fotocopiado. En todo caso, el precepto es claro en cuanto a la exigencia de 48 páginas por ejemplar respecto a las revistas de contenido cultural, científico o técnico.

Queda el problema de los folletos y separatas que, atendiendo nuevamente al criterio del número de páginas, se diferencian de los libros por su extensión: entre 4 y 50 páginas (22). Un folleto de 49 páginas cumpliría el requisito de extensión, pero no el de ser una publicación periódica; un folleto o separata de menos de 48 no cumple ninguno de los requisitos del artículo 9.3 citado y, en consecuencia, pueden fotocoparse libremente.

Quedan excluidas las publicaciones periodísticas por su carácter diario, y las semanales y mensuales que aún teniendo más de 48 páginas no sean

(21) El Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, sustituyó la antigua expresión del artículo 25.1 LPI, «obras explotadas públicamente...», por la actual del Texto Refundido de «obras divulgadas...».

(22) El libro viene definido en el Real Decreto 743/1966, de 31 de marzo, como «toda publicación unitaria que conste como mínimo de 50 páginas sin contar las cubiertas».

En la Orden de 30 de octubre de 1971, se definen los folletos y se equipara a ellos las separatas, en el artículo 9.b), en los siguientes términos: «Folletos, o sea escritos cuyo número de páginas sea mayor de cuatro y no exceda de 50, y con características semejantes a las señaladas en el párrafo anterior, incluyéndose en este concepto las separatas de artículos de revista que tengan la acotada extensión».

Otro criterio de equiparación entre folletos y separatas lo encontramos en el Decreto 2984/1972, de 2 de noviembre, por el que se establece la obligación de consignar en toda clase de libros y folletos el número ISBN, en cuyo artículo 1 se establece: «Toda clase de libros y folletos, incluyéndose en este concepto las separatas, llevará impreso, además del número y siglas correspondientes al depósito legal, el número ISBN (International Standard Book Number)».

culturales, científicas o técnicas (prensa diaria, del corazón, revistas de belleza, decoración del hogar, de divulgación, de información...).

La crítica viene de la mano de que son muchas las veces en las que en ese tipo de publicaciones hay artículos claramente culturales, científicos o técnicos. Pero en opinión del Tribunal Supremo, el hecho de fotocopiar artículos periodísticos no perjudica los derechos de autor en cuanto que generalmente los periódicos no se compran para ser guardados sino para su lectura y posterior abandono, y en la idea de que el asequible precio de los mismos hace pensar que su fotocopia no genera un riesgo de disminución del número de ejemplares vendido (23).

Independientemente de si en la realidad se hacen pocas o muchas fotocopias de periódicos (24), me parecería excesivo exigir licencia a un negocio para poder hacer fotocopias de periódicos, ya que muchas veces seguramente se fotocopiará una oferta de trabajo, una lista de pisos en alquiler, un anuncio, una información de actualidad..., las menos de las veces se fotocopiará un artículo cultural, científico o técnico que seguramente se hallará mejor desarrollado en otro lugar.

No me parece que un artículo de carácter puramente informativo deba de ser protegido por los derechos de autor, pues lo más importante, que será la noticia, no es creación original del redactor. Por otra parte, es de esperar que quien escribe artículos culturales, científicos o técnicos no lo haga sólo en periódicos, y si efectivamente publica en revistas protegidas o libros, entrará en el reparto de lo recaudado por CEDRO en concepto de canon por fotocopidora y por la concesión de licencias. De este modo si se le fotocopia un artículo periodístico, como necesariamente ha de hacerse en una máquina fotocopidora y por ésta se habrá pagado un canon, al final no hay más pérdida para el autor que cuando se hace una fotocopia privada de una obra protegida.

Sí hay una diferencia notable cuando se hace una utilización colectiva de la copia, porque siendo una obra protegida ésta exige necesariamente licencia, y con ello una nueva fuente de ingresos. En cambio legalmente sí se puede hacer una utilización colectiva de un artículo periodístico sin pedir ninguna autorización. Personalmente me parece que la utilización colectiva a través de copias de un artículo periodístico no es, por infrecuente, cuestión preocupante.

(23) Vid., más ampliamente, STS de 10 de febrero de 1997 (RJA 1997/1557), dictada a propósito del recurso contencioso-administrativo iniciado por el Colegio de Periodistas de Cataluña en impugnación del Real Decreto 1434/1992, de 27 de noviembre.

(24) CEDRO estima que el 31 por 100 de las fotocopias que se hacen lo son de prensa. Cf. Boletín Informativo, núm. 14, pág. 5.

c) Que no sea objeto de utilización colectiva. La cuestión del uso interno

Dado lo fácil y barato que resulta fotocopiar, lo primero que se nos ocurre es que raras veces se utiliza colectivamente una sola copia. No obstante, ello no es imposible, sobre todo cuando la copia se compone de varias hojas. Pensemos que alguien fotocopia parte de una obra y luego la deja encima de una mesa para que sus compañeros de clase, de trabajo, de partido político, sus alumnos, etc., puedan consultar las fotocopias, tomar notas de ella o incluso a su vez fotocopiar. Indudablemente estamos ante una utilización colectiva.

Lo más normal es que sean varias las fotocopias que se hacen destinadas a un colectivo para su reparto. No me parece que la letra de la ley excluya esta posibilidad por el hecho de que hable de copia en singular, puesto que lo mismo que una copia puede componerse de varias hojas, por ejemplo, cuando se fotocopia un artículo científico, también puede pensarse que cuando se hacen varias fotocopias para que sean utilizadas por un colectivo hay una copia con varias hojas. En realidad se trata de no mezclar el concepto de copia en sentido legal con el de copia en sentido vulgar (fotocopia). La copia de un artículo de revista es una jurídicamente pero se compone de varias en sentido vulgar. De forma parecida el acto de reproducción, sea de una o de más hojas, desde el punto de vista de hecho es sólo uno; en una sola operación se deposita una hoja y se calca un botón, eso sí, previamente se habrá señalado el número de fotocopias que se desean.

En ambos casos si un público accede a una obra, ya sea a través de una fotocopia o de varias, el autor sufre el mismo detrimento en cuanto que no han tenido que comprar su obra para conocerla.

Ya se sabe que conocer una obra porque se entreguen unas fotocopias que quizá no se deseen, no sustituye siempre a una compra, pero alguna sin duda se pierde.

Lo que el legislador trata de decir es que cuando se va a hacer un uso colectivo de una copia, ésta no puede ser considerada privada y, en consecuencia será necesaria la correspondiente autorización del autor, que entiendo debe de ser referida a esa utilización colectiva de la obra.

Intentaré ser más clara, considero que no basta con acudir a una copistería con Licencia, porque la Licencia general permite fotocopiar todo el repertorio, pero con el límite en extensión y cantidad que ya conocemos: el 10 por 100 de la obra y siete copias. Cuando se hacen varias fotocopias para una colectividad lo habitual es utilizar una fotocopidora de uso interno.

Cuando hablamos de una fotocopidora de uso interno no apreciamos ánimo de lucro, pues aunque su uso sea un medio de ahorro para la persona jurídica que la utiliza, no es una fuente de ganancias. Pero es indudable que si en el lugar en que se encuentra ubicada existen obras protegidas a dispo-

sición de sus miembros, es necesario obtener una Licencia de copia del Centro Español de Estudios Reprográficos; la razón de fondo es la misma por la que una biblioteca pública necesita obtener Licencia para que los ciudadanos puedan fotocopiar: muchas personas van a poder fotocopiar muchas obras; ése es indudablemente un uso colectivo de las obras, de las fotocopadoras y de las copias que exige la concesión de una Licencia, fuente de ingresos a repartir entre los autores.

En este orden de ideas, entiendo que tan relevante es el uso de la fotocopadora por parte de una colectividad como que se ponga a disposición de ésta material protegido, porque en una oficina en la que no hay libros ni publicaciones asimiladas, el lucro cesante que ocasionen las fotocopias que los empleados hagan del material protegido que ellos mismos traen desde su casa (es de suponer que a escondidas) se compensa con el canon que por la máquina fotocopadora se paga en todo caso, basado en la presunción de que en toda fotocopadora se harán alguna vez copias de obras protegidas. No tiene sentido, en tal caso, exigir una Licencia general (25).

Partiendo de estas premisas ningún problema se planteará para que uno de los interesados acudan a hacer la copia que les interesa a una fotocopadora de uso interno con Licencia. Más aún, si las hace todas una sola persona, cabe alegar que actúa por mandato de los miembros de la colectividad a la que van destinadas.

Habiendo fotocopadoras en los Departamentos universitarios, y poniéndose a disposición de los profesores material protegido, será necesaria la Licencia pertinente, obtenida directamente por el Departamento o a través del Centro o de la Universidad de los que depende (26).

Opino, no obstante, que un profesor no puede lícitamente hacer cien fotocopias de material protegido para sus alumnos, salvo que obtenga autorización expresa para ello, pues la Licencia general sólo le permite hacer un máximo de siete copias, y puesto que quien toma las decisiones es el profesor es difícil de creer que él sea el mandatario de sus alumnos; por supuesto ni qué decir tiene que la distribución de las copias no podrá ser onerosa.

(25) Hay opiniones diferentes, entre otros, NAVARRO FERNÁNDEZ entiende que la alusión de la ley al supuesto de utilización colectiva no hace referencia a la copia sino a la utilización de la fotocopadora, y que un aparato puesto a disposición del público o de un colectivo, ya sea en una institución pública, ya en una privada, sitúa el supuesto fuera de la copia para uso privado. Cf. NAVARRO FERNÁNDEZ, J. A., «La copia privada y las metamorfosis del derecho de autor», en AC, 1999, marginal 207.

(26) En la misma idea, ya hace años, se manifestaba DELGADO PORRAS, al no considerar remuneradas a través del canon del artículo 25 LPI, las reproducciones de obras publicadas en forma de libro que se realicen en hospitales, organismos públicos, centros de enseñanza, etc., para uso interno de sus socios, incluyendo las fotocopias de los Departamentos de Universidad. Vid. DELGADO PORRAS, A., «La copia privada en España», en RIDA, 1990, págs. 33 y 35.

Si lo que el profesor hace es depositar en una copistería el libro o las fotocopias que interesan, su actuación me recuerda en alguna medida al fraude de ley en cuanto que con un acto de depósito moralmente admisible atendiendo a razones docentes se consigue un fin prohibido en la ley, que es vulnerar los derechos de autor a través de un uso colectivo de una obra o de unas copias, aunque ésta no sea la intención principal.

Lo que sí puede hacer el profesor lícitamente es indicar la obra y páginas que interesan a los alumnos para que éstos acudan a la biblioteca, a la que presumimos licenciada, para que uno a uno obtengan la copia que necesitan. El resultado final para los autores en cuanto lucro cesante es el mismo, pero el camino seguido es el legal.

Para no chocar con la ley se puede intentar rodearla. Así, si se trata de una biblioteca con Licencia y con fotocopiadora, el profesor que coge el libro de la biblioteca y lo deposita en la fotocopiadora del mismo lugar, lo único que habrá hecho es ahorrar al alumno el trabajo de búsqueda. Mayores problemas veo si el profesor deposita el libro en otra fotocopiadora, aunque ésta esté licenciada, pues se está favoreciendo un acto de reproducción colectiva numéricamente superior a lo permitido por la Licencia general; y no se puede entender que lo único que habrá hecho es ahorrar al alumno el trabajo de búsqueda porque una copistería no es el lugar legitimado para tener libros en depósito para que puedan ser utilizados y fotocopados por el público en general, y ello tanto si el libro es de una biblioteca, como si es propiedad personal del profesor, o si lo es del copistero.

d) Que no sea objeto de distribución mediante precio.
Ausencia de utilización lucrativa

Vuelve a responder esta exigencia a la idea de que son los autores quienes deben de lucrarse de las obras de su ingenio y no aquellos terceros que no arriesgan capital ni tiempo, pretendiendo, en cambio, aprovecharse de las ventajas de la técnica.

La ley no prohíbe los actos de distribución mediante precio, sino que se hagan sin autorización de los titulares de los derechos de autor. En realidad vuelve a reiterarse aquí el principio según el cual no debe haber lucro por un tercero sin que lo permita el autor.

Una interpretación a *sensu contrario* parece hacernos entender que es admisible la distribución gratuita sin autorización del autor. Habida cuenta de que las licencias generales permiten hacer hasta siete copias, si entendemos también se pueden hacer hasta siete copias sin salirse del concepto de copia privada (lo que intentaré defender más abajo), creo que la ley permite distribuir gratuitamente hasta siete copias en un uso doméstico o

interno (27). De todos modos ésta sería una distribución en sentido vulgar y no en sentido jurídico, pues en este último sentido el artículo 19 LPI nos deja claro que por distribución se entiende la puesta a disposición del público del original o copias de la obra mediante su venta, alquiler, préstamo o de cualquier otra forma.

e) Que se haga para uso privado del copista

Ya hemos visto que el problema no es quién haga la copia de una obra protegida, sino que se obtengan ganancias directas por ello, y cabe recordar que a falta de norma prohibitiva de la misma manera que a través de un contrato de mandato se puede encargar a un tercero la realización de un negocio jurídico de gran magnitud económica, igualmente y sin necesidad de formalidad alguna, se puede encargar a un tercero que haga fotocopias para nuestro uso personal. En este orden de ideas no hay problema en encargar a un amigo o familiar que realice determinadas fotocopias para nuestro uso privado, de manera que copista es quien encarga la fotocopia, independientemente de quién la realice materialmente (28).

El uso personal e individual de la fotocopia es indudablemente un uso privado, por contraposición al uso público o colectivo (29). No es imprescindible que el uso sea individual en todo caso; ningún problema plantea que el uso se extienda a otros miembros de la familia, o personas con las que se convive, en un ámbito que podemos llamar doméstico (30), e incluso a unos

(27) No ignoro que el argumento es un tanto complejo y coyuntural, propiciado por la realidad de las licencias concedidas por el Centro Español de Estudios Reprográficos más que por un límite clara y legalmente establecido, como hubiera sido deseable.

(28) Nuestra ley no es en este punto tan precisa como otras en las que expresamente se contempla la posibilidad de que las fotocopias para uso personal sean realizadas por un tercero. A título comparativo, suele citarse como ejemplo de precisión la legislación alemana, en concreto el Par. 53 URHG.

Sobre la legislación alemana puede verse: MANZANARES SAMANIEGO, J. C., «La ley alemana sobre el derecho de autor y otros derechos análogos protegidos», en *PJ*, 1992, págs. 59 y sigs.; KEMPER, K., «La copia privada en Alemania», en *La copia privada a examen: el derecho de remuneración compensatoria en el ámbito de la propiedad intelectual*, colección Análisis y Documentos, núm. 6, Ministerio de Cultura, Madrid, 1995, págs. 117 y sigs.

(29) En la redacción de la Ley de Propiedad Intelectual de 1987, en el artículo 25 se utilizaba el término «personal», y en el 31 el de «privado». En el actual artículo 25 TRLPI, como estamos viendo, se utiliza el término «privado», que se mantiene en el artículo 31 del mismo cuerpo legal.

(30) Utilizo el término doméstico, al igual que hace el legislador en el artículo 20 TRLPI, para no considerar pública la comunicación de una obra cuando se utiliza en un ámbito estrictamente doméstico.

pocos amigos cercanos. Nada ocurre si se hace uso para todos de una sola copia; las dudas surgen cuando se hacen varias copias, una para cada uno. Creo que la cuestión es de límites y que se podrán hacer legalmente hasta siete copias. Intentaré razonarlo.

Si voy a una copistería con un manual de mi propiedad y hago una copia, para actuar legalmente habré necesitado ir a una fotocopidora licenciada. Si quiero hacer cinco o siete copias no tendré problema alguno por permitirlo la Licencia general que concede CEDRO. Pero si quiero hacer 25 copias, el copistero, si quiere actuar legalmente se negará, o me exigirá autorización expresa para esa utilización que se presume colectiva. Pues bien, si hasta siete copias no hace falta una autorización expresa si las copias se hacen en una copistería, ¿por qué va a ser necesaria si se hacen en una fotocopidora privada? No puedo hablar de analogía legalmente, puesto que, como ya sabemos, el límite de siete copias y del 10 por 100 de la obra no es un límite legal, sino establecido por CEDRO, pero desde luego parece que la simple lógica exige un trato análogo en cuanto a los límites citados entre las copias que no son privadas y las que sí lo son, entendiendo que hasta ese punto no se lesiona de forma digna de consideración el potencial mercado editorial.

Por supuesto, nadie ignora que si en la propia fotocopidora se hacen ocho fotocopias en lugar de siete y se distribuyen entre ocho amigos, poca gente se va a enterar; pero aquí no estoy hablando del conocimiento de una actuación ilegítima, sino de la ilegitimidad misma.

En mi opinión, el uso no deja de ser privado porque el motivo que impulse a fotocopiar sea profesional (31). Así, si un abogado hace fotocopias de un libro para preparar un caso, el uso será privado, aunque tenga una finalidad profesional; lo mismo ocurre si un profesor hace fotocopias para preparar sus clases.

La cuestión se plantea cuando la profesión exige hacer un uso público o semipúblico de la copia; pero entonces el dato que impedirá calificar a la copia como privada no será el uso profesional, sino la utilización colectiva.

Por último recordar que en consonancia con lo expuesto anteriormente, en mi opinión, es posible hacer fotocopias para uso privado de una persona en una fotocopidora de uso interno ubicada en un lugar en el que no hay material protegido a disposición de las personas a cuyo uso se destina, en cuyo caso entiendo que no pierde el carácter de copia privada en sentido legal.

En el caso de que en el lugar sí exista material protegido a disposición de los miembros o empleados de la persona jurídica, para utilizar legalmente esa fotocopidora será necesario haber obtenido Licencia; en tal caso, el que la

(31) En la misma idea, GÓMEZ POMAR, F., «La función de la propiedad intelectual y el régimen jurídico de la fotocopia», en *RCDI*, 1993, pág. 200.

fotocopia sea privada pierde relevancia, puesto que su trascendencia consiste en que se puede hacer sin pedir autorización, y autorización es lo que se obtiene con la Licencia.

5. SUPUESTOS EN LOS QUE LA AUTORIZACIÓN NO PUEDE SER NEGADA.
NECESIDAD DE LICENCIA EN LAS BIBLIOTECAS

a) *Fotocopia hecha por bibliotecas con fines de investigación*

Del artículo 37, número 1 TRLPI, resulta que los autores y editores no pueden oponerse a la fotocopia de obras cuando éstas se realizan por museos, bibliotecas, fonotecas, filmotecas, hemerotecas o archivos de titularidad pública o integradas en instituciones de carácter cultural o científico, siempre que no se realicen con finalidad lucrativa y que la reproducción se haga exclusivamente para fines de investigación.

Este precepto es interpretado de diversa forma por la doctrina, otorgándole un alcance muy diferente. Para unos supone que estas instituciones pueden hacer cuantas fotocopias estimen oportuno sin necesidad de solicitar Licencia alguna, de modo que los autores no ven compensado el detrimento económico que el hecho de fotocopiar les produce más que a través del canon que toda fotocopiadora debe de pagar, aunque las copias que realicen no entren dentro del concepto de copia privada (32). Otros, en cambio, consideran que tales instituciones deben de quedar sometidas al sistema de Licencia, lo que supone una nueva fuente de ingresos a repartir entre autores y editores (33).

Atendiendo a la literalidad del artículo 37, lo primero que me llama la atención es que en él no se dice que no haga falta la autorización de los autores, sino que ésta no puede ser negada cuando la copia se hace sin ánimo de lucro y con fines de investigación; y, desde luego, en ningún lugar se dice que pierdan derecho económico alguno.

Partiendo de esta base se me ocurre pensar que se fotocopie una obra para ser depositada en una biblioteca o archivo de titularidad pública o integrada en una institución de carácter cultural, científico o educativo, por ejemplo, por haberse perdido un ejemplar de una revista, o para incluir en su repertorio

(32) GÓMEZ POMAR encuentra el fundamento del artículo 37 en la intención de subvencionar las actividades de investigación de los centros que en él se mencionan. Critica este autor el precepto por la ausencia de cautelas para evitar la copia sistemática y, por tanto, un perjuicio excesivo para autores y editores. Considera que el canon que se paga por fotocopiadora contrarresta los perjuicios económicos que tales copias ocasionan a los titulares de los derechos de autor. Vid. GÓMEZ POMAR, F., *loc. cit.*, págs. 213 a 216.

(33) En este sentido CASAS VALLÉS, R., *loc. cit.*, pág. 2007.

una obra ya agotada o excesivamente cara. Indudablemente, en estos casos, el interés científico justifica más que suficientemente que se pueda fotocopiar aunque el autor no lo desee. Lo que me parece excesivo es pretender defender que las razones de investigación sirvan de mecanismo expropiatorio respecto a los derechos económicos de los autores, sobre todo cuando lo normal es que las copias no se hagan sólo para su depósito en la biblioteca, sino también para que sean fotocopias por terceros, en cuyo caso el volumen de fotocopias que se hacen en las instituciones señaladas en el artículo 37 TRLPI, sean públicas o privadas, es muy considerable (34).

En primer lugar, no debemos de ignorar que en las bibliotecas existen fotocopadoras a disposición del público tras de las cuales existe un claro negocio lucrativo, como lo demuestra el precio de las fotocopias que en ellas se hacen, que es el propio del mercado. La existencia de ánimo de lucro y la puesta a disposición del público de obras para su reproducción exige la obtención de una Licencia por parte de la biblioteca.

Estando la biblioteca licenciada, aunque se hagan fotocopias gratuitamente con fines de investigación, los autores no verían menoscabados sus derechos económicos, ya que el pago de la Licencia al final se traduciría en más dinero a repartir entre los titulares de los derechos de autor. En este supuesto la relevancia del artículo 37 TRLPI consiste en que los autores no pueden negarse a la reproducción de sus obras, pero no en un menoscabo de sus derechos económicos.

Si imaginamos que en la biblioteca no existen máquinas a disposición del público, sino una máquina exclusivamente de uso interno, apoyándome nuevamente en el texto de la ley, según el cual la imposibilidad de negativa del autor no cierra la puerta a sus derechos económicos, y aplicando lo expuesto anteriormente en relación con las fotocopadoras de uso interno ubicadas en un lugar en el que hay obras protegidas en depósito susceptibles de ser foto-

(34) En opinión que comparto plenamente, ROGEL VIDE previendo los peligros del artículo 37 TRLPI, escribe:

«...la autorización no se limita a que las reproducciones se destinen a los fines de la propia entidad, por lo que —de hecho— podrán suministrarse a cualquiera que lo solicite, con lo que queda abierto el camino para que todo interesado en disponer de un ejemplar de la obra, en lugar de adquirirla, acuda a obtenerla gratuitamente a uno de esos centros ... alegando precisarlas con fines de investigación, en la práctica puede atentar al derecho de explotación de la obra por parte de su autor y causar a sus legítimos intereses un perjuicio injustificado.

Ello sólo se evitaría si se abonara al autor una retribución adecuada; lo que parece indicar este precepto al disponer que los autores «no podrán oponerse» a que se realicen estas copias, pero sin declarar que puedan hacerse sin pago alguno para el autor ... De no entenderlo así, este precepto sería contrario al artículo 9.2 del Convenio de la Unión de Berna». Cf. ROGEL VIDE, C., «La copia privada de obras literarias y su régimen jurídico», en *RDP*, 1997, pág. 116.

copiadas, también será necesaria Licencia, con lo cual llegaremos a la misma conclusión: el autor no podrá negarse a que sus obras sean fotocopiadas, pero no por ello pierde derechos económicos.

Parto de la base, por lo tanto, de que la Licencia es necesaria en toda biblioteca en la que exista una fotocopidora. Entonces cabe preguntarse por la trascendencia que puede tener el artículo 37 TRLPI al señalar que un autor no puede negarse a que su obra sea fotocopiada en una institución de tal tipo.

Creo que el interés general en la difusión del conocimiento y de la ciencia prevalece sobre los intereses particulares y por eso un autor no puede negarse a que sus obras puedan ser fotocopiadas. Pero esa prevalencia no puede mantenerse en relación con un negocio de copistería cualquiera.

Si tenemos en cuenta que CEDRO concede Licencias de copia generales, que incluyen todas las obras del repertorio español, incluyendo a los no asociados, parece que la operatividad del artículo 37 radica en que todas las Licencias generales concedidas a las bibliotecas lo serían realmente, porque ninguna obra podría quedar excluida por voluntad del autor. Pero las concedidas a las copisterías de otros lugares serán realmente generales sólo mientras los autores lo deseen, porque respecto a ellas sí podrán negar su autorización a que sus obras sean fotocopiadas.

No sé si a CEDRO habrá llegado la negativa de algún autor a que sus obras sean fotocopiadas, pero tal negativa no podrá impedir las fotocopias privadas, puesto que la autorización no es necesaria conforme al artículo 31 TRLPI; y tampoco impediría las copias hechas en bibliotecas, puesto que la negativa no sería válida respecto a ellas por ir en contra del mandato prohibitivo del artículo 37 TRLPI, y por tanto la Licencia concedida a una biblioteca incluiría también las obras del que no lo deseaba. Pero ningún precepto ampara que en otros lugares se fotocopien legítimamente mis obras si yo no lo quiero; respecto a éstos, la licencia general concedida tendría que hacer salvedad de los que hubieren negado su autorización a que sus obras sean fotocopiadas.

b) *Fotocopias hechas en el ámbito del préstamo interbibliotecario*

La petición de fotocopias del usuario puede referirse a obras depositadas en otra biblioteca, hipótesis en la que la biblioteca peticionaria actúa como un mero mandatario del usuario. En tal caso es de aplicación el artículo 37.2 LPI, que dispone que no se precisará autorización de los titulares de los derechos, ni se les satisfará remuneración por las actividades de préstamo.

Considero correcto lo dispuesto por el legislador en el entendimiento de que en el artículo 37.2 TRLPI no se está privando a los autores de ningún derecho económico, puesto que la adquisición de fotocopadoras exigirá el

pago del canon correspondiente, y la biblioteca habrá de estar licenciada, con lo que se compensan los detrimentos que ocasione el hecho de fotocopiar. La trascendencia de este precepto radica, simplemente, en que del hecho del préstamo realizado a través de fotocopias no supone el reconocimiento de ningún nuevo derecho económico. Ello tiene su lógica, pues una fotocopia hecha en una biblioteca que funcione legalmente ya ha contribuido.

De este modo, en mi opinión, en el artículo 37.2 LPI no hay una auténtica excepción a los derechos de autor, sino una igualdad de trato entre el peticionario que personalmente solicita una obra en la biblioteca y aquel otro que lo hace a distancia, a través de otra biblioteca. Ni siquiera la mayor elevación del precio de las fotocopias, caso de que así sea, es obstáculo alguno, pues se justifica en la conveniencia de frenar peticiones desorbitadas o sufragar gastos de envío.

Cabe pensar en las obras que se encuentran depositadas en una biblioteca sin estar publicadas, por ejemplo, tesis inéditas. Que la fotocopia en tales casos no tenga la consideración legal de copia privada, a mi entender, no implica que sea necesaria la autorización del autor para el acto de fotocopiar, que en el depósito mismo en una biblioteca pública iría implícita, sino que su trascendencia radica en que esta obra no se considera a los efectos de reparto entre los autores de lo recaudado en concepto de canon o por la concesión de licencias, lo que es lógico, ya que el hecho de fotocopiar no sustituirá a ninguna venta, ni posible reedición de la obra, al no estar ésta publicada.

6. COMPENSACIÓN ECONÓMICA QUE PERCIBEN LOS TITULARES DE LOS DERECHOS DE AUTOR POR CUENTA DE LAS FOTOCOPIAS REALIZADAS

Para compensar los perjuicios económicos en forma de lucro cesante que ocasionan los millones de fotocopias privadas que se hacen a lo largo de la vida útil de una máquina fotocopiadora, el legislador en el artículo 25 LPI ha establecido un sistema de remuneración por copia privada, que supone la obligación de pagar una cantidad por los equipos aparatos y materiales de reproducción, cuyo montante depende de la capacidad y velocidad de la máquina que va a ser utilizada para la obtención de copias privadas (35). En concreto, conforme al artículo 16, número 2 del Real Decreto 1434/1992, las cantidades oscilan entre las siete mil quinientas pesetas por equipo o aparato

(35) SERRANO GÓMEZ en su Tesis Doctoral realiza un amplio y completo estudio sobre los derechos de remuneración: requisitos, naturaleza jurídica, aplicación en relación con las nuevas tecnologías, aspectos prácticos de la vida diaria, etc. Vid. SERRANO GÓMEZ, E., *Régimen jurídico de los derechos de remuneración de la Propiedad Intelectual* (arts. 24 y 25 *TRLPI*), Tesis Doctoral, Oviedo, 2000.

con capacidad de copia de hasta nueve copias por minuto, y las treinta y siete mil para aquellos con capacidad de copia desde cincuenta copias por minuto en adelante, teniendo en cuenta que la capacidad de cualquier fotocopidora actual entra dentro de esta última hipótesis por rebasar su capacidad las cincuenta copias por minuto.

Obligados al pago, según el artículo 25 LPI, lo son los fabricantes en España, los adquirentes fuera del territorio español, los distribuidores, mayoristas, minoristas y sucesivos adquirentes de las máquinas fotocopadoras, que responderán solidariamente con los deudores que se los hubieren suministrado, salvo que acrediten haber satisfecho a éstos la remuneración. Por eso es conveniente que quienes compren una fotocopidora exijan que en la factura de compra se haga constar la cantidad satisfecha en concepto de remuneración compensatoria por copia privada.

Esta especie de canon o gravamen es pagado una sola vez por fotocopidora (36) y es recaudado por la entidad de gestión CEDRO, que posteriormente se encarga de repartir lo recaudado entre los titulares de los derechos de autor. De este modo se pretende que el hecho de fotocopiar finalmente revierta en una ganancia para los autores.

El derecho de remuneración por copia privada, por orden del artículo 25, números 7 y 8 LPI, se hace efectivo a través de las entidades de gestión de los derechos de propiedad intelectual (como sabemos será el Centro Español de Estudios Reprográficos), de este modo resulta peculiar que aunque los acreedores sean los autores y editores titulares de derechos de autor, éstos no pueden dirigirse a los obligados al pago exigiendo el cumplimiento de esta obligación legal.

No cabe alegar que la máquina sólo será utilizada para realizar copias de material no protegido por los derechos de autor para liberarse de la obligación de pagar (37). Algún autor dice que no se remunera el hecho de que se

(36) En la actualidad no existe ninguna duda de que el pago se hace de una sola vez, porque la actual redacción del artículo 25 LPI no deja lugar a dudas al hablar de remuneración «única e irrenunciable». Sin embargo, anteriormente en él se hablaba expresamente de remuneración dirigida a compensar «anualmente» los derechos de propiedad intelectual dejados de percibir.

(37) ALVAREZ-BUYLLA BALLESTEROS dice que la mayor parte de los materiales reproducidos en los despachos de abogados no son objeto de propiedad intelectual y razona que si la finalidad legal del canon es compensar los derechos de propiedad intelectual que se han dejado de percibir, en este caso no procede su cobro, pues cabe preguntarse qué derechos se han dejado de percibir y por quiénes. Señala este autor que las resoluciones judiciales y las sentencias no son objeto de propiedad intelectual, que los dictámenes y escritos o los fotocopia el autor o se pueden fotocopiar porque el autor te los ha dejado, que las cartas a clientes no tienen un valor literario y que los artículos jurídicos se reproducen en las bibliotecas o centros de documentación donde se consultan. En esta idea entiende que si el legislador ha sido consciente del tratamiento especial que merece la reproducción de obras destinadas a la constancia en un proceso judicial o administra-

realicen copias sino la posibilidad de que se realicen (38). En la misma idea y yendo aún más allá, entiendo que es casi imposible que a lo largo de la vida útil de una máquina fotocopidora no se realice en ella ninguna copia de una obra protegida por los derechos de autor: un poema, un texto o lámina de un libro de arte, un vocabulario de un idioma extranjero; unos ejercicios para los niños, una receta de un libro de cocina, el índice de un libro... y tantas otras que nosotros o los nuestros utilizan en algún momento; por ello, creo que parte el legislador de una presunción *iuris et de iure* de que en toda fotocopidora se harán copias privadas en alguna ocasión, aunque éste no sea su destino primordial, y por ello la remuneración compensatoria deberá de ser pagada siempre.

Cuando las fotocopias no son privadas, como en el caso de que se hagan en negocios de copistería, o en la fotocopidora propia pero con fines de utilización pública o lucrativa, el pago del canon por la máquina fotocopidora no se considera suficiente compensación de las pérdidas que las fotocopias ocasionan. En estos casos hay una nueva fuente de ingresos para compensar las pérdidas por derechos de autor; esta fuente son las Licencias que con carácter oneroso concede el Centro Español de Estudios Reprográficos.

El canon por copia privada y el pago de una licencia no supone una doble imposición, pues el primero procede siempre si consideramos que existe la presunción *iuris et de iure* de que en toda fotocopidora se harán alguna vez copias privadas; y el pago por la licencia se justifica en la utilización colectiva o con ánimo de lucro de la fotocopia o de la fotocopidora (39).

tivo, no incluir a los profesionales del Derecho dentro de la exención del pago del canon fue un lapsus en la redacción de la ley que no tiene ninguna lógica. Vid. ALVAREZ-BUYLLA BALLESTEROS, M. M.^a, «El canon por fotocopia privada en la compra de máquinas fotocopadoras por profesionales del Derecho», en AC, 1999, marginales 879 y 880.

No comparto tal idea, en primer lugar porque no conozco ningún despacho de abogados en el que no se reciba una colección jurisprudencial protegida por los derechos de autor, en el que no haya un solo manual o monografía jurídicos, o en la que no se reciba ni una de las numerosas publicaciones periódicas de carácter jurídico que todos conocemos. Y en segundo lugar porque es difícil pensar que en esa fotocopidora nadie vaya a hacer nunca una fotocopia de material protegido por los derechos de autor, sea jurídico o no; y si podemos decir que en derecho lo que no se prueba no existe, en mi opinión, como ya reflejo en el texto de este trabajo, existe una presunción *iuris et de iure* de que en toda fotocopidora alguna vez se hará alguna fotocopia de material protegido, que no sólo eximiría de la necesidad de prueba sino que no sería admisible la prueba en contrario.

(38) Son muchos los autores que consideran que no se paga por dañar sino por la capacidad de hacerlo; entre otros, vid. CASAS VALLÉS, R., *loc. cit.*, pág. 2003; ROGEL VIDE, C., «La copia...», *loc. cit.*, pág. 99; idea que reitera en las págs. 101 y 102.

(39) ROGEL VIDE entiende que la compatibilidad existe, pues remuneración compensatoria por copia privada y licencia son cosas distintas; la primera procede siempre y respecto a todas las máquinas fotocopadoras, y la remuneración por copia no privada es pactada a cambio de una licencia voluntaria. Vid. ROGEL VIDE, C., «La copia...», *loc. cit.*, págs. 103 y 114.

En estos momentos hay en España más de cinco mil copisterías censadas, y solamente poco más de trescientas licencias concedidas. Es cierto que la mayor parte de las máquinas fotocopadoras se encuentran situadas en negocios mixtos, cuya actividad principal es otra, pero también es cierto que la mayor parte de las licencias se han concedido a copisterías de capitales con Universidad. La recaudación media por licencia es de unas ciento cuarenta mil pesetas anuales, lo que hace que el Centro Español de Estudios Reprográficos recaude por este concepto unos cuarenta y cinco millones de pesetas.

Si consideramos que hace año y medio el número de Licencias apenas pasaba la centena, obviamente la situación está mejorando. No se sabe si por el temor a las sanciones que empiezan a ser una realidad, algo que se me ocurre pensar partiendo del dato de que en Valencia es donde más copisterías licenciadas hay de toda España (81, la mayoría en la capital), pero también donde se ha impuesto una pena mayor a una copistería por vulneración de los derechos de autor (40). Pero la realidad, al menos hasta hace unos pocos meses, es que de 17.000 centros de enseñanza secundaria, solamente cuatro disponen de Licencia para reproducir material protegido.

La situación mejora en el ámbito universitario, especialmente tras el convenio que la «Conferencia de Rectores de Universidad Españoles» (CRUE) firmó con el Centro Español de Derechos Reprográficos, en junio de 1998. De las 64 Universidades españolas, 14 cuentan con licencia de reproducción para todos sus centros, y nueve para parte de los mismos.

En cuanto a las bibliotecas en general, también recientemente se ha firmado un convenio marco con el Ministerio de Educación y Cultura para que los servicios reprográficos de las mismas cuenten con autorización, si bien en estos momentos solamente las bibliotecas dependientes de la Junta de Andalucía cuentan con ella (41).

Dando cumplimiento al mandato legal, la entidad de gestión CEDRO reparte proporcional y equitativamente entre los titulares de derechos de autor a ella asociados lo recaudado como remuneración compensatoria por copia privada y lo cobrado por la concesión de Licencias para fotocopiar. Para ello atiende a criterios objetivos de distribución (número de obras, tipo de publicaciones, etc., de cada asociado). De esta manera se entienden satisfechos los perjuicios económicos que ocasiona el fotocopiado de obras protegidas.

Repartir entre los titulares de los derechos de autor lo recaudado por ambos conceptos: canon por copia privada y Licencias es, a mi entender, correcto, pues si en la práctica es imposible saber cuántas veces es fotocopiada una obra concreta, más difícil aún es saber cuántas lo ha sido con carácter privado y cuántas no.

(40) Vid. nota número 2 en este mismo trabajo.

(41) Cf. Boletín Informativo CEDRO, núm. 14, cit., pág. 6, y núm. 15?, pág. 3.

COLOFON

No ha sido mi intención otra más que la de denunciar de alguna manera lo que podríamos llamar usos indeseables que con tanta frecuencia se dan en la producción de obras, incluidas las jurídicas, recordando que la ignorancia de la ley no excusa de su cumplimiento, y que los usos *contra-legem* no son fuente de Derecho ni implican la derogación de norma positiva alguna.

Dada mi condición de civilista he omitido el estudio de cualquier aspecto penal, consecuencia del incumplimiento de la legalidad vigente, lo que no implica olvido por mi parte, sino prudencia al respecto.

MARÍA CÁRCABA FERNÁNDEZ
Profesora Titular de Derecho Civil
Facultad de Derecho - Universidad de Oviedo

Comentarios a la Directiva y al Proyecto de Ley Español de Comercio Electrónico de 2000. Contenido y proceso de elaboración

SUMARIO: I. INTRODUCCION Y ANTECEDENTES.—II. OBJETIVO Y AMBITO DE APLICACION DE LA DIRECTIVA DE COMERCIO ELECTRONICO: 1. CONCEPTO DE SERVICIOS DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN («VERSUS» COMERCIO ELECTRONICO). 2. MATERIAS QUE FORMANDO PARTE DEL CONCEPTO DE SERVICIO DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN QUEDAN EXCLUIDAS. FUNDAMENTACIÓN.—III. PRINCIPIO DE MERCADO INTERIOR. LA TECNICA DEL RECONOCIMIENTO MUTUO Y EL PRINCIPIO DE PAIS DE ORIGEN: 1. LAS LIBERTADES DE ESTABLECIMIENTO Y DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS. 2. EL PRINCIPIO DE RECONOCIMIENTO MUTUO. 3. EL PRINCIPIO DEL PAÍS DE ORIGEN Y EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. SUS EXCEPCIONES.—IV. ANALISIS DE LOS AMBITOS ARMONIZADOS: 1. PRINCIPIO DE NO AUTORIZACIÓN PREVIA PARA LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO. 2. DEBERES DE INFORMACIÓN Y TRANSPARENCIA. EN PARTICULAR EN EL ÁMBITO DE LAS COMUNICACIONES COMERCIALES. 3. CELEBRACIÓN DE LOS CONTRATOS POR VÍA ELECTRÓNICA: A) *Planteamiento general. La obligatoriedad del reconocimiento de la validez jurídica de los contratos electrónicos y el proceso de formación del consentimiento.* B) *Ámbito de exclusión de la Directiva.* C) *Momento de la celebración del contrato.* 4. PROFESIONES REGULADAS: A) *El principio de país de origen.* B) *La singularidad de las profesiones jurídicas que ejercen por delegación de los Estados potestades públicas.* 5. RESPONSABILIDAD DE LOS PRESTADORES DE SERVICIOS DE INTERMEDIACIÓN. SOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL DE CONFLICTOS Y RECURSOS JUDICIALES.—V. BIBLIOGRAFIA.

I. INTRODUCCION Y ANTECEDENTES

En el mes de noviembre de 1999, el Grupo de trabajo sobre «Servicios de la Sociedad de la Información» del Consejo Europeo, en el que participó activamente la Delegación española integrada por representantes de la Dirección General de los Registros y del Notariado y de la Secretaría General de

Telecomunicaciones, concluyó el encargo relativo a la elaboración de un proyecto de Directiva sobre comercio electrónico. Dicho proyecto posteriormente fue aprobado por el COREPER (Comité formado por los Representantes Permanentes de los Estados miembros ante la Unión Europea), dando lugar a la adopción ulterior de la «posición común» del Consejo Europeo, aprobada en el Consejo de Ministros de Mercado Interior en el mes de febrero de 2000 (1).

Esta posición común incorporaba ya gran parte de las enmiendas formuladas por el Parlamento Europeo en trámite de primera lectura, por lo que aquel texto se corresponde, en gran medida, con el definitivamente aprobado. Así, el 8 de junio de 2000, se aprobaba, finalmente, la 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 comercio electrónico).

Por su parte, el Gobierno español, muy activo en su participación en la elaboración de la Directiva, se trazó como una prioridad política para el cuatrienio 2000-2003, el impulso de todas las iniciativas relacionadas con los servicios de la sociedad de la información, adoptando en el mes de abril de 1999 la denominada «Iniciativa Estratégica del Gobierno» en esta materia, dando lugar a la formación de una Comisión Interministerial con la finalidad de fijar las prioridades, entre las que se ha incluido la rápida transposición de la Directiva sobre comercio electrónico a través del correspondiente Proyecto de Ley, cuyos trabajos prelegislativos comenzaron en enero de este mismo año.

La Comisión Redactora del Anteproyecto concluyó sus trabajos a comienzos del pasado mes de abril, sobre cuyo borrador se hizo público el compromiso del Gobierno de transformarlo en Ley antes de fin de este año 2000, comenzando de inmediato un trámite de consulta pública sobre el citado tex-

(1) Las fechas exactas del proceso legislativo han sido las siguientes: la Comisión aprobó su propuesta de Directiva el 18 de noviembre de 1998 [COM(1998)586 final de 18-11-1998, DOC 30, 5-2-1999, pág. 4]. La propuesta se transmitió al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social, el 23 de diciembre de 1998. El Comité Económico y Social emitió su dictamen el 29 de abril de 1999 [DO C 169, 16-6-1999]. El 6 de mayo de 1999, el Parlamento Europeo aprobó, en primera lectura y de acuerdo con el procedimiento de codecisión (art. 251), una resolución legislativa por la se que aprueba, a reserva de las enmiendas introducidas, la propuesta de la Comisión, y se invita a ésta a modificar su propuesta en consecuencia. El 17 de agosto de 1999, con arreglo al artículo 251 del Tratado CE, la Comisión aprobó una propuesta modificada que incluía, en su letra y en su espíritu, la mayor parte de las enmiendas aprobadas por el Parlamento Europeo en primera lectura. El 28 de febrero de 2000, el Consejo, de conformidad con el apartado 2 del artículo 251 del Tratado CE, aprobó una posición común sobre la propuesta de Directiva.

to. Dicho Anteproyecto ha sido objeto de dictamen previo de compatibilidad con la Directiva por parte de la Comisión Europea, en cumplimiento de lo dispuesto por la Directiva sobre transparencia, con resultado favorable, encabezando con ello España, junto a Luxemburgo, la carrera de la transposición de la Directiva.

Este es el estado de la tramitación, tanto de la Directiva como del Anteproyecto de Ley español, a los que nos vamos a referir en este trabajo.

Con ello se completa el cuadro jurídico ya iniciado por la Directiva sobre firma electrónica de noviembre de 1999 y por el Real Decreto-ley 14/1999, de 17 de septiembre, que la incorpora a nuestro Ordenamiento jurídico. Además de ello, la nueva regulación sobre comercio electrónico viene precedida de diversas normas y estudios llevados a cabo por distintos organismos internacionales. Entre las más destacadas cabe citar la Ley modelo sobre comercio electrónico, elaborada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, aprobada en 1996, y las Directrices de política criptográfica de la OCDE de 1997.

Por otra parte, en nuestro país ya existían con anterioridad a aquel Real Decreto-ley, diversas normas que regulaban la transmisión telemática de información con utilización de firma electrónica o de otros medios de autenticación electrónica. Así ocurre en el ámbito tributario, al existir la posibilidad de presentar las declaraciones del Impuesto de la Renta de las Personas Físicas por medios telemáticos (desde 1999), en el ámbito de la Seguridad Social, en relación con la inscripción de empresas, afiliación, altas y bajas de trabajadores, cotización y recaudación (desde 1996), o respecto de la Comisión Nacional del Mercado de Valores a la que pueden remitir las entidades supervisadas la información periódica que deben suministrar por medios telemáticos (desde 1998).

Es decir, las nuevas tecnologías de las telecomunicaciones y de transmisión de datos por vía electrónica ha venido siendo utilizada primordialmente por las empresas para la transmisión masiva de información a la Administración. Ahora bien, el rápido crecimiento de las «autopistas de la información» durante la actual década, genera la infraestructura necesaria para generalizar el uso de los sistemas de intercambio electrónico de datos tanto en las relaciones comerciales entre consumidores y empresas, como en la comunicación entre los particulares y las Administraciones Públicas, explotando con ello todas las posibilidades que para el desarrollo económico genera Internet.

Para alcanzar este objetivo es necesario fortalecer la seguridad de esas comunicaciones y transacciones tanto desde un punto de vista técnico, como jurídico. Ambos aspectos constituyen el objetivo de las Directivas de firma y de comercio electrónico, siendo ambas complementarias entre sí.

II. OBJETIVO Y AMBITO DE APLICACION DE LA DIRECTIVA DE COMERCIO ELECTRONICO

La Directiva sobre comercio electrónico, aprobada por la Unión Europea, es compleja por razón de la naturaleza y novedad de la materia tratada y por reflejar un consenso difícil entre países nórdicos y anglosajones, de un lado, y países centroeuropeos y mediterráneos, de otro, siendo, como es sabido, muy diferentes las respectivas culturas y sistemas jurídicos del bloque europeo continental y de los países anglosajones. En consecuencia, la Directiva integra elementos de Derecho continental con otros de Derecho anglosajón, del que procede fundamentalmente la inspiración en la redacción de los artículos relativos a códigos de conducta y a la resolución extrajudicial de los conflictos, así como la idea de intervención legislativa mínima, que produce un resultado similar, si bien responde a un distinto origen, que el conocido principio de subsidiariedad de las competencias e intervención de la Unión Europea. De ahí la necesidad de explicar el origen, propósitos y proceso de elaboración de la Directiva para favorecer su correcta comprensión e interpretación.

1. CONCEPTO DE SERVICIOS DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN («VERSUS» COMERCIO ELECTRONICO)

En cuanto al objetivo que persigue esta Directiva, lo primero que se ha de destacar es que no se refiere exclusivamente al fenómeno del «comercio electrónico», sino que su verdadero objeto viene integrado por la noción de «servicios de la sociedad de la información», que es un concepto más amplio. De hecho, en atención a esta circunstancia, se modificó el título de la Directiva, para incorporar esta noción en su misma denominación, por lo que su nombre definitivo es el de «Directiva relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior» (si bien, abreviadamente, se utiliza la fórmula de «Directiva de comercio electrónico»).

Por tanto, lo primero que debemos aclarar es qué entendemos por servicios de la sociedad de la información. Pues bien, éste es un concepto ya acuñado en el Ordenamiento comunitario, incorporado *ex novo* por la importante Directiva 98/34, por el que se establece un procedimiento de información en materia de reglamentaciones técnicas, conforme a la cual se entiende por tales servicios «aquéllos que son prestados normalmente a título oneroso, a distancia, mediante un equipo electrónico para el tratamiento y almacenamiento de datos, y a petición individual de un receptor o destinatario». En definitiva, estos servicios cubren una amplia variedad de actividades econó-

micas que se desarrollan «on line». En particular quedan comprendidas las ventas de mercancías en línea, pero no se limitan a los servicios que dan lugar a una contratación en línea, sino que también son extensivos a determinados servicios no remunerados por sus destinatarios, en la medida en que representen una actividad económica, como aquellos que consisten en ofrecer información en línea o las comunicaciones comerciales, o los que ofrecen instrumentos de búsqueda, acceso y recuperación de datos, que no dan lugar propiamente a la celebración de contratos. Por tanto, hablamos de una realidad más amplia que la del mero comercio electrónico, que implica un intercambio de prestaciones de tipo contractual y de carácter oneroso en todo caso.

Destaca en la definición apuntada esta falta imperatividad en cuanto al requisito del carácter oneroso de la prestación («normalmente a título oneroso», dice la Directiva). Sin embargo, se trata de una nota esencial, pues lo que se incluye es toda actividad desarrollada por vías electrónicas y que tenga un significado económico, lo que no implica que el usuario final sea el que deba pagar por el servicio siempre. Así lo ha interpretado el Tribunal de Luxemburgo, a la vista del artículo 60 del Tratado, respecto de la Televisión, no de pago, y los programas televisivos que se financian con la publicidad. Por analogía los servicios que se comercializan a través de Internet, aunque no sean onerosos para el usuario final, se incluirían en el concepto de servicios de la sociedad de la información. Esto es importante porque incluye servicios esenciales como los buscadores y la publicidad o el marketing directo a través de correo electrónico.

Quedan excluidos, sin embargo, del citado concepto cualquier otro servicio, aún prestado a través de Internet, que carezca de alguno de los requisitos enunciados. Los supuestos concretos de exclusión vienen definidos por remisión al contenido del Anexo V de la Directiva 98/34/CE, de 20 de julio de 1998, por la que se establece un procedimiento de información en materia de normas y reglamentaciones técnicas. En particular:

- a) se considera que no son servicios ofrecidos «a distancia» los prestados en presencia física simultánea del prestador y del destinatario, aunque impliquen la utilización de equipos electrónicos (revisiones médicas con uso de equipos electrónicos, consulta en la tienda de un catálogo electrónico, reserva de billetes de avión a través de una red de ordenadores realizada desde una agencia de viajes, etc.);
- b) se considera que no son servicios ofrecidos «por vía electrónica», aquellos cuyo contenido es material, aunque se presten utilizando dispositivos electrónicos (p.ej., expendedoría automática de billetes de banco o de ferrocarril), los prestados fuera de línea (como la distribución de CD-ROM o programas informáticos en disquetes), y aquellos no prestados por medio de sistemas electrónicos de trata-

- miento o almacenamiento de datos, tales como los servicios de telefonía vocal y los servicios prestados por medio de teléfono o fax (consultas médicas, jurídicas, marketing directo, etc.);
- c) finalmente, se consideran servicios no prestados «a petición individual de un destinatario de servicios», aquellos que no responden a una petición individual y que van dirigidos a la recepción simultánea por un número ilimitado de destinatarios (la llamada «transmisión punto-multipunto»), tales como los servicios de radiodifusión televisiva o sonora y los servicios de teletexto televisivo.

Pues bien, respecto de dichos servicios de la sociedad de la información (los no incluidos en las categorías de exclusión), el objetivo que persigue la Directiva es el de «garantizar su libre circulación» en el ámbito del mercado interior de los Estados miembros, para lo cual impone una armonización de las legislaciones de dichos Estados. Ahora bien, en este caso la Directiva, en línea con el principio de la subsidiariedad, opta por una vía de **armonización de mínimos y puramente limitada a aspectos parciales**, como los relativos a la prohibición de establecer exigencias de autorización previa, a los deberes generales de información previa a la celebración de un contrato o a la identificación de una comunicación comercial o la determinación de los requisitos bajo los cuales los prestadores de servicios no serán responsables de la información que circule por la red. Sin embargo, el hecho de que se opte por un nivel de armonización muy reducido no significa que la Directiva no sea ambiciosa, sino todo lo contrario. En realidad se trata de una Directiva rompedora y casi revolucionaria. Las razones que justifican esta afirmación son de un doble orden:

- a) En primer lugar, algunas de las materias que se someten a armonización (es decir, en que la Directiva fuerza una adaptación a la misma de las respectivas legislaciones nacionales) bordean los límites exteriores de la competencia de la Unión Europea, por no referirse a la libre circulación de servicios ni al funcionamiento del mercado interior a que se refiere el famoso artículo 100-A del Tratado. Este es el caso de los artículos sobre contratos, sobre responsabilidad penal de los prestadores y sobre recursos judiciales. Ello determinó que, a petición de varias Delegaciones nacionales, el Consejo recabase el parecer de su Servicio Jurídico por entender que dichos artículos carecían de base legal por invadir las competencias de los Estados miembros.

El Servicio Jurídico, sin embargo, consideró que no existía dicha extralimitación bajo el argumento de que en los tres aspectos citados existían antecedentes de normas comunitarias. Así en materia de con-

tratos recordó la existencia de otras disposiciones comunitarias sobre el Derecho de los contratos (como las Directivas sobre cláusulas abusivas de 1993 y de ventas a distancia de 1997). En cuanto a los artículos destinados a limitar la responsabilidad penal de los prestadores, invocó en su apoyo la Sentencia Calfa de 1 de enero de 1999, según la cual «si bien, en principio, la legislación penal es de la competencia de los Estados miembros, según reiterada jurisprudencia, el Derecho comunitario impone límites a dicha competencia, no pudiendo dicha legislación restringir las libertades fundamentales garantizadas por el Derecho comunitario». En definitiva, se trata de evitar que las diferencias en las legislaciones nacionales en materia de límites de responsabilidad impidan a los agentes económicos de los Estados miembros actuar y produzcan distorsiones de competencia en el Mercado interior, recordando al efecto la existencia de la Directiva de 1991 sobre prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales, que contiene disposiciones sobre responsabilidad civil y penal. Finalmente, en cuanto a los artículos sobre recursos judiciales, se citó también el antecedente de la Directiva de 1989, sobre adjudicación de contratos públicos, y la 98/27 sobre acciones de cesación. En cualquier caso, de lo que no cabe duda es de que aún manteniendo un criterio de armonización de mínimos, se ha ido al límite de lo jurídicamente posible.

- b) El segundo aspecto que determina el carácter cuasi revolucionario de esta Directiva es aún más llamativo. En efecto, puesto que lo que se armoniza o regula en común es relativamente poco, para lograr un funcionamiento dinámico del comercio electrónico, dentro de las fronteras de los quince Estados miembros, la Directiva acude a la técnica del reconocimiento mutuo de las respectivas legislaciones internas, combinado con el denominado principio del «país de origen», a los que después nos referiremos. Esta es la verdadera esencia de la Directiva, que después intentaremos explicar.

Pero antes nos referiremos a las materias que, por razón de su naturaleza, se declaran excluidas del campo de aplicación de la Directiva.

2. MATERIAS QUE FORMANDO PARTE DEL CONCEPTO DE SERVICIO DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACION QUEDAN EXCLUIDAS. FUNDAMENTACIÓN

El artículo 1, número 4 de la Directiva, señala que la misma no se aplica a las siguientes materias relacionadas con los servicios de la sociedad de la información:

a) imposición; *b)* materias relacionadas con las Directivas de 1995 y 1997, sobre protección de datos personales; *c)* las actividades de notarios o profesionales equivalentes, en la medida en que impliquen una conexión directa y específica con el ejercicio de la autoridad pública; *d)* la representación de un cliente y la defensa de sus intereses ante los Tribunales, y *e)* las actividades de juegos de azar que impliquen apuestas de valor monetario incluidas las loterías y apuestas.

Las razones que avalan estas exclusiones del ámbito de aplicación de la Directiva son variadas:

- a)* en cuanto a la fiscalidad queda excluida porque esta Directiva se enmarca dentro de la política comunitaria de Mercado interior, y la fiscalidad, como se sabe, no forma parte de este Mercado, esto es, no está armonizada (la reciente Cumbre de Lisboa se ha saldado con un nuevo fracaso en esta materia). Es cierto, como recordó España, que la Conferencia de Ottawa aprobó una declaración sobre la fiscalidad en el comercio electrónico instando a los países participantes a actuar en esta materia, pero también es cierto que los principios de dicha declaración sólo se aplican al comercio con terceros Estados y no al comercio intracomunitario;
- b)* la exclusión de la materia regulada en la Directiva 95/46 sobre protección de datos, según indicó la Comisión, lo que pretende es evitar que se pueda vulnerar la misma, sin perjuicio de dejar bien claro que la protección de datos se aplica a todas las actividades económicas, incluido el comercio electrónico, de forma que la exclusión lo que pretende es evitar que a través de las disposiciones sobre transparencia o información aquélla pueda ser vulnerada;
- c)* a la exclusión sobre el tema de las actividades de notarios y profesionales equivalentes que ejercen funciones o autoridad pública, le dedicaremos después tratamiento separado al analizar las profesiones reguladas;
- d)* en cuanto a la representación y defensa de un cliente ante la justicia, la razón de su exclusión está en los principios judiciales de oralidad en los procedimientos y de inmediatividad de la actuación del Juez. Por ello, la exclusión no se amplió, como pedían algunos países (como Austria o Alemania) a la representación de los clientes fuera del ámbito de los Tribunales;
- e)* finalmente, respecto de las actividades de «juego por dinero», se trata de una actividad de «casinos virtuales», sujetos a una estricta normativa nacional que no puede beneficiarse de los principios de libre circulación por su peligrosidad potencial.

III. PRINCIPIO DE MERCADO INTERIOR. LA TECNICA DEL RECONOCIMIENTO MUTUO Y EL PRINCIPIO DE PAIS DE ORIGEN

1. LAS LIBERTADES DE ESTABLECIMIENTO Y DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS

Hemos dicho que el objetivo que persigue esta Directiva de comercio electrónico es el de garantizar el correcto funcionamiento del Mercado interior y «la libre circulación de los servicios de la sociedad de la información entre los Estados miembros» (cfr. art. 1, núm. 1). Conviene recordar que la libre circulación de servicios se instrumenta a través de las denominadas libertades de establecimiento y de prestación de servicios.

En efecto, el Mercado Interior Europeo diseñado por el Acta Unica de 1986, e impulsado por el Tratado de Maastricht, supone la existencia en toda Europa de un «espacio sin fronteras interiores en el que quedarán garantizadas la libre circulación de personas, bienes, servicios y capitales».

Pues bien, por lo que se refiere a la libertad de circulación de personas, presenta una doble faceta, de la que, en estos momentos, nos interesa en particular la relativa a la libertad de establecimiento y prestación de servicios (la segunda faceta es la relativa a la libre circulación de trabajadores). La libre circulación de personas en el ámbito comunitario se refiere a aquellos nacionales de los Estados miembros de la Comunidad Europea que se desplacen de un Estado a otro, con vistas a ejercer en este último una actividad económica: comprende tanto el desplazamiento y la residencia de los nacionales de un Estado miembro en el territorio de otro Estado, como el acceso y ejercicio no discriminatorio de una actividad económica.

En función del tipo de actividad económica de que se trate, los nacionales de los países comunitarios se beneficiarán de la libre circulación de trabajadores, en el caso de que ejerzan su actividad de una forma asalariada (arts. 48 a 51 del Tratado-CEE); o bien, si se trata de una actividad ejercida de forma independiente, se beneficiarán de la libertad de establecimiento o de prestación de servicios (arts. 52 a 66 del Tratado CEE).

El derecho o libertad de establecimiento y la libertad de prestación de servicios se refieren, en principio, a unas mismas actividades económicas, variando, sin embargo, las condiciones de su ejercicio. Así, por establecimiento se entiende aquella instalación material de carácter estable que un nacional, persona física o jurídica, de un Estado miembro efectúa en otro Estado miembro, a través del que se pretende realizar una actividad económica, incluyendo las de naturaleza profesional. Por su parte, la prestación de servicios supone el ejercicio de actividades no asalariadas desde un establecimiento radicado en un Estado miembro y destinado a un beneficiario o cliente que reside en el territorio de otro Estado, sin que en este último el

proveedor de servicios cuente con establecimiento alguno de carácter permanente.

Para materializar estas libertades, la Comunidad cuenta con un doble instrumento: *a)* el principio de igualdad de trato con los propios súbditos, o prohibición de discriminación por razón de nacionalidad (art. 7 Tratado-CEE); y *b)* la adopción de directivas para la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros, relativas al acceso y ejercicio de las actividades no asalariadas (art. 57, núm. 2 Tratado-CEE).

Pues bien, la Directiva de comercio electrónico da un paso más y, tal como adelantamos, salta por encima de las diferencias entre las legislaciones nacionales de los Estados miembros, a las que impone, como vimos, un régimen de armonización mínima, y adopta el reconocimiento combinado con el de país de origen.

Es decir, partiendo de que existe una legislación heterogénea entre los Estados miembros en materia de contratos, de publicidad, de ejercicio de profesiones, de responsabilidad de prestadores, etc., y ante la dificultad de completar una armonización total de todas esas materias, la Directiva opta por pasar por alto tales diferencias estableciendo el principio de que todos los Estados reconocerán la legislación interna de los demás, a pesar de las diferencias con la suya propia, de forma que cuando un servicio sea prestado desde un Estado miembro a un destinatario situado en otro Estado miembro, este último se abstendrá de intervenir en dicha relación, que se regirá en todos sus aspectos por la Ley del país en que esté establecido el prestador de ese servicio, cuyo control corresponde en exclusiva al país de origen.

Este principio de «país de origen» indica la sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de mayo de 1997, no se encuentra establecido en el Tratado, a pesar de lo cual el legislador comunitario puede acogerlo. De hecho existe el precedente de la Directiva sobre Televisión sin Fronteras de 1997, sometiendo las reglas sobre publicidad, contenidos, protección de menores, etc., a la Ley del país desde donde se realiza la emisión, con independencia de las que rijan en el país de recepción.

2. EL PRINCIPIO DE RECONOCIMIENTO MUTUO

Este principio de reconocimiento mutuo viene establecido en el artículo 3, número 2 de la Directiva, al decir que «los Estados miembros no podrán restringir la libertad de prestación de servicios de la sociedad de la información de otro Estado miembro por razones incluidas en el ámbito coordinado». Es decir, no se podrán oponer las normas del país de acogida del servicio, esto es, del país de la residencia del destinatario del mismo, incluso

en el caso de que dicho servicio transfronterizo no cumpla los requisitos impuestos por aquellas normas del Estado de acogida, siempre que sea respetuosa con la legislación del país de origen, esto es, del país en que esté establecido el prestador, y sobre cuyo respeto corresponde velar exclusivamente al país de origen que promulgó dichas disposiciones.

Así resulta del primer párrafo del mismo artículo 3 de la Directiva, al sancionar que: «Todo Estado miembro velará por que los servicios de la sociedad de la información, facilitados por un prestador de servicios establecido en su territorio, respeten las disposiciones nacionales aplicables en dicho Estado que formen parte del ámbito coordinado». Por tanto, la Ley aplicable es la del país de origen, y las autoridades que han de velar por el cumplimiento de dicha Ley son igualmente las del país de origen.

Pero obsérvese que cuando hablamos de la Ley del país de origen, no nos referimos exclusivamente, como en principio sería lógico pensar, a la Ley que en dicho Estado haya servido para incorporar a su Ordenamiento esta Directiva, sino que nos referimos a un sector del Ordenamiento jurídico mucho más amplio, puesto que la Directiva alude a las «disposiciones nacionales aplicables en dicho Estado miembro que formen parte del **ámbito coordinado**». Es este del «ámbito coordinado» otro elemento revolucionario de la Directiva de comercio electrónico.

¿Qué se entiende por tal? Se trata nada menos que del conjunto de requisitos legales exigibles a los prestadores de servicios de la sociedad de la información, independientemente de si son de tipo general (requisitos sobre contratos, publicidad, responsabilidad, ejercicio de profesiones reguladas, etc.) o destinados específicamente a tales concretos prestadores. Por tanto, quedan incluidas las exigencias relativas al comienzo de la actividad (como titulaciones profesionales, cualificaciones, publicidad registral, autorizaciones administrativas), o bien concernientes al ejercicio y desarrollo de dicha actividad (requisitos relativos a la calidad de la prestación o del servicio, incluyendo los relativos a publicidad, contratos y responsabilidad). De forma tal que tan sólo se excluyen del citado principio del reconocimiento mutuo los requisitos relativos a la ejecución de la prestación en los casos de comercio electrónico indirecto, esto es, cuando la prestación por referirse a un bien tangible o a un servicio que requiera presencia física del cliente, no puedan prestarse «on line» (aquí se incluirían las normas sobre calidad y seguridad del producto, normas sobre etiquetado, sobre obligaciones de entrega, etc.). Es decir, la Directiva ha cortado por lo sano y prescinde de la regulación general que pueda existir sobre todas las materias enunciadas (titulaciones, autorizaciones administrativas, contratos, recursos judiciales, etc.) en el comercio «off line», y adopta la solución cómoda, pero traumática para la soberanía de los Estados miembros, del principio del mutuo reconocimiento, que además se acoge de una forma incondicionada, es decir, sin subordinarlo al cumplimiento de condición alguna. Se basa este

principio en la idea de la reciprocidad y de la confianza mutua entre los Estados miembros.

Este principio del mutuo reconocimiento sólo puede ser restringido en casos concretos por razones de orden público, salud pública o protección de los consumidores, y con arreglo a un severo procedimiento tasado, que obliga a un requerimiento previo al Estado de origen y a una comunicación previa a la Comisión (art. 3, núm. 5), que realizará un examen de la compatibilidad de la medida en cuestión con el Derecho Comunitario.

Por ello, puesto que la Directiva parte de un criterio de armonización de mínimos, para posteriormente extender el principio de país de origen y de mutuo reconocimiento a todo el «ámbito coordinado», es por lo que la misma Directiva aclara en su artículo 1, número 3, que «la presente Directiva complementará el Ordenamiento jurídico comunitario aplicable a los servicios de la sociedad de la información, sin perjuicio del nivel de protección, en particular, de la salud pública y de los intereses de los consumidores». El Servicio Jurídico del Consejo aclaró que el término «complementará» indica que no existe una relación de jerarquía entre esta Directiva y el resto del acervo comunitario, ni tampoco una relación de Ley especial/Ley general. Sin embargo, el hecho de que en materia de protección de consumidores las Directivas sean de mínimos, en el sentido de que los Estados miembros pueden establecer disposiciones más rigurosas, planteó la duda de si esa falta de jerarquía se extendía también a estas últimas, o si por el contrario éstas quedaban afectadas.

Finalmente la fórmula de compromiso consistió en incluir en la salvaguardia también a las normas nacionales sobre consumidores, pero sujeto a la condición de que las mismas «no restrinjan la libertad de prestar servicios de la sociedad de la información». Esta fórmula está basada en la Sentencia Ambri C410/96, de 1 de diciembre de 1998, en la que el Tribunal de Justicia determinó que la cláusula de armonización mínima supone que los Estados pueden adoptar medidas más estrictas o proteccionistas para los consumidores, siempre que éstas no impliquen una restricción a la libre prestación de servicios (por ello no existe contradicción entre los arts. 1.3 y 3.2: las medidas nacionales no se ven afectadas y se aplican siempre que no haya una restricción a la libertad de mercado). Se trata de una máxima aplicable a todas las Directivas del artículo 100-A del Tratado.

Ese conjunto normativo comunitario al que la Directiva de comercio electrónico complementa, se integra, entre otras, por las Directivas sobre cláusulas abusivas, sobre publicidad engañosa, sobre crédito al consumo, sobre seguridad general de los productos, sobre salud pública, etc., que continuarán aplicándose íntegramente a los servicios de la sociedad de la información.

Este planteamiento general, basado en los principios de reconocimiento mutuo y de «país de origen», que arranca de la propuesta sometida por la Comisión al Consejo, fue justificado por la Comisión en razón de las extraor-

dinarias peculiaridades que presentan las actividades económicas desarrolladas a través de Internet, en las que el empresario que coloca en la red su página web no realiza ninguna actividad dirigida específicamente a nadie, ni a ningún país concreto, sino que en razón del carácter eminentemente transfronterizo de Internet, cualquier persona, sea cual fuere el país de su residencia, puede abrir dicha página e interactuar con el empresario a través de ella. Por tanto, sería una obligación desproporcionada imponer al empresario la adecuación de su oferta comercial o de su publicidad a la legislación de todos y cada uno de los Estados miembros. Por ejemplo, Dinamarca prohíbe la publicidad comercial de los juguetes. Pues bien, si Amazon (la librería cibernética por antonomasia) está establecida en Alemania y contiene en su página web una sección infantil en la que incluye publicidad de LEGO (conocida marca de juguetes) y un danés entra en esa sección, no sería lógico imputar ninguna infracción a Amazon, pues ninguna norma del país en que está establecido ha quebrantado. Quizá ello estaría al alcance de las grandes empresas, pero sería desproporcionado y discriminatorio para las PYMES. La seguridad jurídica, en este caso, requiere que quede perfectamente predeterminada la Ley aplicable y las autoridades encargadas de su control.

No obstante, diversas Delegaciones plantearon objeciones en base a la idea de que la regla del país de origen puede dar cobertura a empresas o individuos que tratan de burlar la Ley de ciertos países que en uso de su soberanía decidan dictar normas más restrictivas, para lo que bastará fijar su establecimiento en un país distinto. Sobre este punto, la Comisión recordó la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo en el sentido de que las reglas de Mercado interior no impiden aplicar restricciones a la libre prestación de servicios procedentes de otro Estado miembro, cuando el proveedor actúa en fraude de ley y los principales destinatarios de sus servicios son los ciudadanos del primer Estado.

Ahora bien, puesto que el punto de conexión determinante de la aplicación de una u otra legislación es el concepto de «prestador establecido», es fundamental definir con precisión este último. La Directiva define en su artículo 2.c) a este último como aquel «prestador que ejerce de manera efectiva una actividad económica a través de una instalación estable y por un período de tiempo indeterminado», y sin que «la presencia y utilización de los medios técnicos y de las tecnologías utilizadas para prestar el servicio constituyan en sí mismos el establecimiento del prestador». Se trata de un concepto ya acuñado en el Derecho comunitario, que ha ido perfilando la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo. De él interesa destacar ahora tres notas:

- a) se fija en el lugar en que se realiza el ejercicio efectivo de la actividad económica, vinculándolo a una instalación estable. Se huye, pues, de definiciones formalistas o vinculadas a elementos accidentales como el domicilio;

- b) la idea de «instalación estable» no es incompatible con el hecho de que el proveedor esté constituido como una sociedad con duración temporal limitada;
- c) el lugar donde se ubique la infraestructura tecnológica que soporte o página web del proveedor se considera irrelevante. Con ello se trata de limitar la deslocalización de la actividad y el riesgo de búsqueda de «paraísos informáticos» fuera del territorio de la Unión Europea, es decir, países o territorios que no imponen ningún requisito ni obligación a los prestadores de servicios. Por tanto, el lugar de establecimiento queda vinculado al lugar donde se gestiona, diseña y organiza la actividad, y no al lugar en que esté ubicada la infraestructura tecnológica;
- d) el Anteproyecto español establece una presunción *iuris tantum* de gran utilidad por su automatismo y que favorecerá, además de la seguridad jurídica, la atracción hacia la ley española de la regulación de los prestadores que operen en España pero sean filiales o actúen por cuenta de multinacionales o de operadores matrices extranjeros, consistente en el hecho de su inscripción en un Registro Mercantil español. Hay que tener en cuenta que entre los sujetos inscribibles en el Registro Mercantil español figuran, entre otros los siguientes:

a) Las sociedades mercantiles... j) Las sucursales de cualquiera de los sujetos anteriormente indicados. k) Las sucursales de sociedades extranjeras y de otras entidades extranjeras con personalidad jurídica y fin lucrativo. l) Las sociedades extranjeras que trasladen su domicilio a territorio español. En este sentido se ha de destacar la coincidencia entre el concepto de establecimiento (en el sentido de prestador establecido de la Directiva) y sucursal, la cual se define en nuestro Derecho como: «todo establecimiento secundario dotado de representación permanente y de cierta autonomía de gestión, a través del cual se desarrollen, total o parcialmente, las actividades de la sociedad» (vid. art. 295 del Reglamento del Registro Mercantil). Por tanto, no cabrán discusiones sobre la aplicación a un determinado prestador de servicios de la Ley española de comercio electrónico: si consta inscrito por sí o por alguna de sus sucursales en el Registro Mercantil español, la Ley española será aplicable. Hay que destacar que en cuanto a los establecimientos principales de las sociedades, se inscriben en un Registro Mercantil español en caso de estar domiciliadas en España y, a su vez, el domicilio está vinculado al lugar donde la sociedad desarrolla su explotación o las actividades propias de su objeto (concepto de ejercicio efectivo de la actividad).

3. EL PRINCIPIO DEL PAÍS DE ORIGEN Y DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. SUS EXCEPCIONES

El principio de país de origen, tal y como lo hemos expuesto, se aproxima mucho a una norma de Derecho Internacional Privado. ¿Realmente es esta su

naturaleza jurídica, se trata de una norma de conflicto de leyes? Y si es así, ¿cómo interactúa con las demás normas nacionales y multilaterales de Derecho Internacional Privado? En particular, cabe interrogarse sobre cuál sea su relación con el Convenio de Roma de 1980, sobre Ley aplicable a las obligaciones contractuales y con el Convenio de Bruselas de 1968 sobre jurisdicción competente.

Este fue, precisamente, uno de los campos de batalla durante la elaboración de la Directiva, por las distintas interpretaciones que sostenían sobre el particular las Delegaciones de los Estados miembros y la Comisión. Para una gran mayoría de las Delegaciones, el principio de país de origen del artículo 3, número 1 de la Directiva es una verdadera norma de Derecho Internacional Privado, al que viene a desvirtuar, en gran medida, toda vez que el artículo 5 del Convenio de Roma en materia de obligaciones contractuales con consumidores declara aplicable la Ley del país de la residencia del consumidor, y la Directiva de comercio electrónico parte del principio opuesto de hacer aplicable la Ley del país en que está establecido el empresario. Una forma de obviar este inconveniente era la propuesta por Finlandia, pero que finalmente no prosperó, con lo que se excluye una de las interpretaciones posibles. Se trataba de entender que el concepto «Ley de país de origen» incluía las disposiciones de este país sobre Derecho Internacional Privado, por lo cual, siendo todos los Estados miembros suscriptores del Convenio de Roma, el principio de país de origen sólo supone un reenvío a las disposiciones de este último Convenio, que es común para todos. Se trata de un tema armonizado por la vía de un Convenio internacional de ámbito europeo. A esta idea se opuso, sin embargo, frontalmente, la Comisión. Su línea de defensa de la aparente contradicción pasó por negar el carácter de norma de Derecho Internacional Privado a la Directiva, pero afirmar al tiempo que el resultado práctico de la aplicación de una y otro no difiere. La base de esta argumentación se encuentra vinculada a la incorporación de un **Anexo con una lista de excepciones al principio de país de origen**. Tras diversos avatares, prolijos de enumerar, se consensuó la lista final, que, además de otros temas (como los derechos de propiedad industrial e intelectual, la publicidad emitida por los Organismos de Inversión Colectiva y las actividades de seguro directo) incorporaba las siguientes materias a la exclusión:

- a) la designación de los Tribunales competentes, con lo que queda totalmente a salvo el Convenio de Bruselas de 1968 (2), así como lo estará el texto que resulte de su actual proceso de revisión —Bruselas II—;

(2) Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, firmado en Bruselas el 27 de septiembre de 1968.

- b) la libertad de elección de las partes contratantes en cuanto a la legislación aplicable a su contrato;
- c) las obligaciones contractuales relativas a contratos celebrados por los consumidores;
- d) la validez formal de los contratos por los que se crean o transfieren derechos en materia de propiedad inmobiliaria, en caso de que dichos contratos estén sujetos a requisitos formales obligatorios en virtud de la legislación del Estado miembro en el que esté situada la propiedad inmobiliaria; y
- e) la licitud de las comunicaciones comerciales no solicitadas por correo electrónico.

Estas exclusiones se justifican, a juicio de la Comisión, por alguno de estos tres motivos: a) la imposibilidad de aplicar el principio de reconocimiento mutuo; b) la falta de armonización suficiente; o c) la existencia de Directivas en las que se contempla el control en el país de destino. Ciertamente, con esta lista de exclusiones no existe peligro potencial grave de colisión entre la Directiva y el Convenio de Roma, y en cualquier caso hay que recordar que este último establece en su artículo 20 una regla de preferencia en favor del Derecho comunitario derivado sobre su propio contenido, de forma que en caso de un eventual conflicto prevalecería la Directiva.

No obstante, como decíamos, el peligro de conflicto lo ha minimizado el Anexo de la Directiva, puesto que el principio básico del que parte el Convenio de Roma es el de la libre elección por las partes contratantes de la Ley aplicable (art. 3), criterio que se excluye del principio de país de origen. Por lo demás, otras dos normas importantes del Convenio quedan a salvo:

- f) por un lado, la de someter los contratos que tengan por objeto los bienes inmuebles a la regla de la *lex rei sitae* o ley de situación del inmueble en cuanto a los requisitos formales de su constitución (art. 4, núm. 3, y 9 núm. 2);
- g) y, por otra parte, la de que en materia de obligaciones contractuales con consumidores, y en defecto de elección de las partes, se aplica la Ley del lugar de la residencia habitual del consumido (es decir, la Ley del país de destino del servicio), siempre que haya recibido la oferta en el mismo (art. 5).

Precisamente este último requisito de haber recibido la oferta en el país de su residencia habitual, fue muy debatido, pues no está claro que puede entenderse cumplido por el mero hecho de abrir el consumidor la página web del empresario en el lugar de su residencia, pues esta oferta no le está especialmente dirigida al concreto consumidor. En cualquier caso, sobre lo que se deba de entender por «oferta» en cada legislación nacional, la Directiva no

entra, a diferencia de lo que ocurría en los primeros borradores, en los que era una de las materias que se sometían a armonización.

En cualquier caso, la exclusión, por lo que se refiere a consumidores abarca tan sólo las «obligaciones contractuales», pero no los requisitos y obligaciones precontractuales, como los relativos a publicidad o deberes de información previa que se rigen por la Ley del país de origen del prestador. Este punto se justifica en la idea de que el Estado de origen podrá realizar un control efectivo de su legislación, pretensión utópica si previamente fuere necesario realizar complicados análisis para determinar previamente la Ley aplicable.

IV. BREVE ANALISIS DE LOS AMBITOS ARMONIZADOS

Nos referiremos, a continuación brevemente, a los distintos temas sobre los que se ha producido una armonización. Son los siguientes: *a)* principio de no autorización previa; *b)* deberes generales de información; *c)* profesiones reguladas; *d)* contratos por vía electrónica; *e)* responsabilidad de los prestadores de servicios de la sociedad de la información; y, finalmente, *f)* códigos de conducta, solución extrajudicial de litigios y recursos judiciales. En todos los casos el criterio ha sido, como se ha dicho, de armonización mínima.

1. PRINCIPIO DE NO AUTORIZACIÓN PREVIA

Dispone al respecto el artículo 4, número 1 de la Directiva que, «los Estados miembros dispondrán que el acceso a la actividad de prestador de servicios de la sociedad de la información no pueda someterse a autorización previa ni a ningún otro requisito con efectos equivalentes».

Este último inciso fue añadido a petición de España, para dejar claro que la prohibición de introducir regímenes de autorización no excluye la posibilidad de establecer Registros de control o puramente informativos o los sistemas de notificación de carácter declarativo, y la obligación de solicitar la inscripción en el mismo con carácter previo al comienzo de la actividad, como medida de control efectivo de la aplicación de la Ley del país de origen. Se trata de un Registro de control administrativo que, efectivamente, se prevé en el Anteproyecto de Ley español.

Por otra parte, esta exclusión de los regímenes de autorización previa tan sólo proscribe la imposición de autorizaciones específicamente destinadas a los servicios de la sociedad de la información, pero no impide el mantenimiento de los regímenes autorizatorios ya establecidos y no destinados concretamente a tales servicios. En particular no altera las normas

sobre licencias de los operadores de telecomunicaciones, o los sistemas de acreditación voluntaria de los prestadores de servicios de certificación de firma electrónica. A mi juicio, esta idea, recogida en el artículo 4, número 2 de la Directiva, es aplicable también al ejercicio de profesiones reguladas, de forma que las normas sobre acceso y ejercicio de las mismas no se deben entender modificadas por el hecho de que la prestación de tales servicios se realiza «on line».

2. DEBERES DE INFORMACIÓN Y TRANSPARENCIA

Los artículos 5, 6 y 10 de la Directiva incorporan el denominado principio de transparencia, a través del cual se establece un conjunto de obligaciones de información a cargo de los empresarios o proveedores de servicios de la sociedad de la información y en beneficio de sus destinatarios y de las autoridades competentes, con objeto de hacerla fácilmente accesible de forma directa y permanente.

Por razón de su ámbito y contenido podemos clasificar dicha obligación de información en tres grupos: *a)* información general; *b)* información relativa a comunicaciones comerciales (denominación que se da en la Directiva a la publicidad comercial); y *c)* información previa a la celebración de un contrato.

El **primer grupo de información general** comprende los siguientes datos obligatorios (art. 5): 1. Nombre, número de identificación fiscal y dirección geográfica del prestador del servicio; 2. Datos que permitan establecer una comunicación directa y efectiva con él, incluyendo su dirección de correo electrónico; 3. Los datos de inscripción en el Registro Mercantil (o en otros Registros equivalentes, como los de Fundaciones, Asociaciones, etc.); 4. Si la actividad se encuentra sujeta a un régimen de autorización, los datos de la autoridad de supervisión; 5. Tratándose de profesiones reguladas, los datos del colegio o institución profesional a que pertenezca el prestador, Estado miembro en que se ha expedido el título profesional y referencia a las normas aplicables (Estatutos de la profesión, códigos deontológicos, etc.); 6. Cuando haya precio, se hará constar claramente, indicando si incluye los impuestos y gastos de envío.

El segundo grupo, relativo a las **comunicaciones comerciales**, comprende los siguientes datos (art. 6): 1. La identificación de su condición de tal comunicación comercial; 2. La identificación de la persona física o jurídica en nombre de la cual se haga; 3. Tratándose de ofertas promocionales, como descuentos o premios, y siempre que estén permitidas en el país de origen, se deben indicar de forma clara las condiciones para acceder a ellos.

Además de ello, cuando se trate de «comunicaciones comerciales no solicitadas» se impone la obligación de que deben identificarse como tales en el mismo momento de ser recibidas (art. 7, núm. 1).

El tema de las comunicaciones comerciales no solicitadas es un tema delicado porque se encuentra en una encrucijada entre los derechos de libertad de expresión y de la protección de la propia intimidad. Es un problema derivado de la aplicación de las modernas técnicas de comunicación a distancia en el ámbito de la promoción de la contratación en masa, pues el consumidor recibe impactos publicitarios e incitaciones al consumo, incluso ofertas comerciales firmes como tales, no ya a través de los «mass media» (televisión, radio, vallas publicitarias, etc.), sino mediante la «ingerencia» en su propio domicilio mediante técnicas de contratación a distancia y, en particular, a través de sistemas automatizados de llamadas telefónicas sin intervención humanas (llamadas automáticas pregrabadas), fax o telecopia y buzoneo electrónico mediante e-mail no solicitados.

Esta «invasión» se produce, por lo tanto, en el ámbito privado del domicilio o de la empresa o puesto de trabajo propio, y puede generar molestias y perjuicios directos en razón de su volumen (consumo del papel de fax, necesidad de abrir los archivos informáticos que contengan los mensajes como paso necesario para su eliminación, llamadas telefónicas en horario indiscriminado, etc.).

Es por ello que la Directiva acertadamente obliga a los Estados miembros a disponer en sus legislaciones que dichas comunicaciones comerciales no solicitadas realizadas por correo electrónico «deberán identificarse como tales de forma clara e inequívoca en el momento mismo que el destinatario las reciba» (art. 7).

Además de ello, la Directiva 97/7/CE, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia, establece dos grados de protección distinta en favor del consumidor en esta materia: por un lado, prohíbe las comunicaciones no solicitadas realizadas mediante llamadas automáticas y mediante fax sin el consentimiento previo del consumidor, y por otra parte, respecto de las demás técnicas de comunicaciones a distancia (entre las que figurarían el buzoneo electrónico) sólo podrán utilizarse «a falta de oposición manifiesta del consumidor». Es decir, que en caso de que el consumidor manifieste expresamente su deseo de no recibir tales comunicaciones, éstas no podrán ser enviadas por tales medios por ningún oferente.

Este segundo grado de protección es el que se ha incorporado finalmente a la Directiva de comercio electrónico, estableciendo la cláusula *opt out* que se pretende sea eficaz y operativa. Para ello el número 2 del artículo 7 de la Directiva prevé la creación de unas listas de exclusión voluntaria, e impone a los prestadores la obligación de consultarlas regularmente y respetarlas (la

periodicidad de la consulta la ha fijado el Anteproyecto de Ley español con carácter mensual).

Finalmente, el tercer grupo de obligaciones de información se refiere a la **información previa a la celebración de un contrato** (art. 10) e incluye los siguientes datos: 1. Los diferentes pasos que deben darse para celebrar el contrato; 2. Si el prestador va a archivar o no el contrato celebrado y si será accesible; 3. Los medios técnicos existentes para identificar y corregir los errores de introducción de datos antes de efectuar el pedido (en esta categoría quedarían incluidos el *lapsus calami* y, por asimilación, la prevención de los consentimientos prestados *jocandi causa*); 4. Los idiomas ofrecidos para la celebración del contrato. En todo caso, se impone que las condiciones generales del contrato deben estar disponibles, de forma que el destinatario pueda almacenarlas y reproducirlas. Esta información precontractual no se impone, sin embargo, con carácter obligatorio cuando se trata de relaciones entre empresarios, ni cuando la comunicación tiene lugar directamente mediante intercambio de correo electrónico o cualquier otra comunicación individual equivalente. Es decir, a los contratos por Internet u otras redes interactivas.

Respecto de este conjunto de información, se deben destacar tres notas características:

- a) se aplica en todo caso el principio de país de origen, que se justifica porque la peculiaridad de los servicios por Internet radica en que el empresario que coloca una página web en la red no toma la decisión deliberada de actuar en un mercado determinado, sino que la hace accesible desde todos los mercados y a todos los países, por lo que resulta imposible que se adapte a todas las legislaciones locales en que se puedan recibir tales servicios;
- b) se trata de una información adicional, que no desplaza ni deroga los requisitos de información previstos en otras normas o Directivas. En particular se mantienen las obligaciones de información establecidas en la Directiva de ventas a distancia de 1997, pues éstas se refieren al contenido de las prestaciones (características de la mercancía, precio, modalidades de pago, existencia del derecho de resolución, plazo de validez de la oferta, etc.);
- c) por último, el conjunto de informaciones generales reseñadas deberá ser ofrecido por cada uno de los prestadores que intervengan en el ciclo de la actividad económica. Así, las actividades en Internet suelen comportar la intervención de una cadena de varios prestadores: el operador de telecomunicaciones que proporciona acceso a la red (por ejemplo, Telefónica o Retevisión), después interviene la empresa que proporciona el servicio de búsqueda en la red (por ejemplo, Yahoo o Terra), posteriormente aparecen las empresas que tienen cuñas publi-

citarias en la página del prestador (cualquier empresa comercial que se anuncia en los «bunners») y, finalmente, la prestadora final del servicio (por ejemplo, Amazon o Interflora, que es la que vende los libros o las flores). Pues bien, la información general señalada debe ser proporcionada por todos ellos.

En definitiva, el objetivo de estos deberes de información es que el consumidor sepa a ciencia cierta con quién contrata, y permitir a las autoridades competentes ejercer sus funciones de control, evitando que Internet sea un campo abonado para las actividades ilícitas por el encubrimiento que el anonimato proporciona en casos de falta de información sobre la identificación del prestador.

3. CELEBRACIÓN DE CONTRATOS POR VÍA ELECTRÓNICA

A) *Planteamiento general*

Se dedican a regular esta materia los artículos 9, 10 y 11 de la Directiva.

El primero de ellos tiene como finalidad garantizar que las legislaciones de los Estados miembros no sólo reconocen la validez jurídica de los contratos celebrados por vía electrónica, sino que, además, son neutras en cuanto a la modalidad de celebración de los mismos, en el sentido de garantizar que las legislaciones internas no produzcan un efecto práctico de entorpecer la celebración de tales contratos electrónicos en razón de la introducción de especiales exigencias en el «proceso contractual», como podrían ser requisitos relativos a un soporte físico (presentación «en papel», «por escrito», remisión de una carta de confirmación, utilización de determinados «impresos», etc.), o bien requisitos relativos a la presencia física de los contratantes o de testigos, etc.

A mi juicio, el planteamiento general de buscar una garantía jurídica de legalidad y validez de los contratos electrónicos es correcta, y recuerda al propio planteamiento del artículo 5 de la Directiva sobre firma electrónica.

Desde el punto de vista de la adecuación del Ordenamiento jurídico español a esta exigencia, no vemos obstáculos importantes, pues en nuestro Derecho ya existen un buen número de normas que reconocen la validez jurídica de los contratos y documentos electrónicos en general.

Brevemente se pueden reseñar los siguientes:

1.º En cuanto a los contratos administrativos o celebrados con las Administraciones Públicas, se ha de entender aplicable la norma de cobertura de la Ley 30/1992, de 21 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que señala en su

Exposición de Motivos que el proceso de informatización de las Administraciones Públicas no debe limitarse al ámbito de las relaciones internas, sino que deben trascender al plano de las relaciones con los ciudadanos con efectos de vinculación jurídica. En desarrollo de cuya idea se otorga validez jurídica a los «documentos electrónicos»: «Los documentos emitidos, cualquiera que sea su soporte, por medios electrónicos, informáticos o telemáticos por las Administraciones Públicas, o los que éstas emitan como copias de originales almacenados por estos mismos medios, gozarán de la validez y eficacia de documento original, siempre que quede garantizada su autenticidad, integridad y conservación y, en su caso, la recepción por el interesado, así como el cumplimiento de las garantías y requisitos exigidos por ésta u otras Leyes» (vid. arts. 45 y 46).

2.º En cuanto a los contratos entre particulares o contratación privada y, en particular, entre consumidores y empresarios, hay que destacar la innovación que representa la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, que establece como requisito de incorporación de las cláusulas que contengan condiciones generales en los supuestos de contratación telefónica o electrónica, el que «conste en los términos que reglamentariamente se establezcan la aceptación de todas y cada una de las cláusulas del contrato, sin necesidad de firma convencional. En este supuesto, se enviará inmediatamente al consumidor justificación escrita de la contratación efectuada, donde constarán todos los términos de la misma» (cfr. art. 5, núm. 3).

El desarrollo reglamentario previsto en el precepto indicado se ha producido a través del Real Decreto 1906/1999, de 17 de diciembre, en el que se prevé que la «justificación escrita» de la contratación efectuada podrá producirse no sólo en soporte papel, sino también en cualquier otro soporte duradero «adecuado al medio de comunicación empleado» (art. 3).

Ahora bien, la validez de los contratos electrónicos, como es lógico, queda sujeta al cumplimiento de cualesquiera condiciones o requisitos establecidos con carácter general por el Ordenamiento jurídico, con la salvedad de que se ha de tratar de requisitos cuyo cumplimiento sea posible por medio de la vía electrónica, y uno de tales requisitos de carácter fundamental es el de la identificación inequívoca de los contratantes.

Históricamente el Derecho de la contratación estuvo vinculado a la palabra como medio de expresión de la voluntad, a través de la cual se producía la manifestación del consentimiento. Posteriormente se dio paso al papel como soporte de la documentación contractual (contratos, facturas, documentos de giro, etc.). Esta constancia documental en soporte papel ha llegado a tener no sólo eficacia meramente probatoria, sino que en muchos casos ha sido elemento constitutivo de la perfección de determinados contratos (todos los de carácter abstracto más aquellos en que la forma escrita —documental pública— se configura como requisito *ad solemnitatem*).

Actualmente la manifestación de la voluntad puede operarse por vía telemática o por vía electrónica a través de una red de ordenadores, ya sea abierta o cerrada, y principalmente a través de Internet. Pues bien, para que la voluntad manifestada sea relevante es necesario conocer a quién corresponde y constatar que la manifestación conocida corresponde con lo efectivamente manifestado por el sujeto. Surgen así las cuestiones relativas a la identidad de las partes y a la fiabilidad e integridad del mensaje.

En un documento escrito se suele utilizar la firma como instrumento o mecanismo de atribución de las manifestaciones contenidas en el mismo. Iguaes resultados se pueden llegar a alcanzar en el caso de que la manifestación se realice por medios informáticos.

Ello implica los siguientes requerimientos solo parcialmente contemplados en la de Directiva:

- a) asegurar que aquél con quien se contrata es realmente quien dice ser (autenticación);
- b) que el mensaje no ha sido modificado o alterado en su contenido (integridad);
- c) que nadie, no autorizado, lo lee o accede al mismo (confidencialidad);
- d) que no podrá ser rechazado, un vez aceptado, salvo pacto de retracción o desistimiento (no repudiación).

Para alcanzar las finalidades anteriores, y fundamentalmente para identificar a los respectivos sujetos que intervienen en el tráfico informático, se ha generalizado como instrumento de seguridad las denominadas firmas electrónicas. Resulta un tanto sorprendente que la Comisión, en su Propuesta de Directiva sobre comercio electrónico, omitiese toda referencia a este mecanismo de imputación de las manifestaciones de voluntad relativas a las comunicaciones comerciales y de contratación electrónica.

Dada esta omisión se planteaban numerosos interrogantes como los siguientes: ¿Cómo se garantizará en la contratación electrónica la identidad de los sujetos que intervienen en la misma? ¿A quién vincularán los contratos concertados desde un terminal de ordenador de una empresa o de un domicilio particular? ¿Al titular de la empresa o al empleado que tenga asignado el terminal a su puesto de trabajo? ¿*Quid iuris* si existen varios turnos de trabajo en el mismo puesto? ¿Vinculará el contrato hecho desde un terminal de un domicilio privado al dueño del mismo con un criterio de «responsabilidad objetiva»? ¿Cómo se garantizará que el contrato no ha sido acordado por un menor de edad sin capacidad jurídica para obligarse? Parecía necesario dar alguna respuesta a tales interrogantes aludiendo al tema de la firma digital.

La Comisión insistió en su propuesta inicial (en la que se limita a indicar como medio de manifestación del consentimiento el cliqueo sobre un icono) argumentando que la Directiva de comercio electrónico se limita a sancionar

como principio general la validez de los contratos electrónicos, en tanto que la Directiva de firma electrónica se ocupa del problema de la prueba del contrato a través de la firma digital, cuestión que pueden abordar los Estados miembros en las normas de transposición.

Esto ha sido lo que ha hecho el Anteproyecto de Ley español que en materia de prueba se remite al Real Decreto-ley de firma electrónica, de 17 de septiembre de 1999, sin perjuicio de las demás que resulten admisibles en Derecho con arreglo a las normas procesales comunes. Además, el Anteproyecto español incorpora en esta materia una norma procedente de la Ley modelo de UNCITRAL (art. 6.1), consistente en afirmar que en los casos en que la «Ley requiera, a efectos de prueba, que el contrato conste por escrito, ese requisito se entenderá satisfecho en el ámbito de los contratos electrónicos, si los mensajes electrónicos que han dado lugar a la celebración del contrato son archivados y se mantienen accesibles para su ulterior consulta», con la sola excepción de que se requiera por la Ley que esa forma escrita tenga carácter público.

Esta idea entronca con la incorporación en la nueva Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, de los documentos informáticos y electrónicos como medio de prueba, tanto en el ámbito ejecutivo de los procedimientos monitorios (cfr. art. 812), como elemento de prueba general aportable a los procedimientos declarativos, como instrumentos de reproducción de texto, palabra o sonido (cfr. arts. 382 a 384).

B) *Ámbito de exclusión de la Directiva*

El artículo 9.2 de la Directiva contempla un ámbito de exclusión potestativa del campo de aplicación de la misma en materia de validez de los contratos electrónicos y que podrán decidir los propios Estados miembros, es decir, sólo quedan excluidos si así lo determinan los propios Estados, en relación con los contratos que se citan en el mismo precepto. Las materias excluidas del principio general de reconocimiento de la validez jurídica de los contratos electrónicos son las siguientes:

- a) contratos de creación o transferencia de derechos en materia inmobiliaria, con la excepción de los arrendamientos. Esta exclusión es congruente con la que sobre la misma materia figura en la Directiva sobre ventas a distancia, pues en definitiva la contratación electrónica es por definición una contratación a distancia;
- b) contratos que requieran por Ley la intervención de Tribunales, autoridades públicas o profesionales que ejerzan autoridad pública. La Directiva aclara en un considerando que la exclusión cubre los casos

en que la intervención sea necesaria no sólo como elemento de validez o constitutivo del contrato, sino también cuando la Ley imponga dicha intervención para que el contrato produzca efectos frente a terceros (este es el caso de la intervención del Registrador de la Propiedad o Mercantil);

- c) contratos de crédito y caución, y las garantías prestadas por personas que actúan al margen de su actividad económica, negocio o profesión; y
- d) los contratos sujetos al Derecho de familia o de sucesiones. España y otras Delegaciones postularon la fórmula más amplia de «contratos y actos jurídicos...», ya que existen numerosas instituciones jurídicas de Derecho de familia y de sucesiones respecto de las que son clásicas las polémicas doctrinales y jurisprudenciales sobre si presentan o no naturaleza jurídica de contratos (matrimonio, capitulaciones, heredamientos, etc.), y otros supuestos donde no existe contrato alguno y, sin embargo, resulta clara la necesidad de establecer la exclusión, como los siguientes: adopciones, constitución de órganos tutelares, testamentos mancomunados, particiones hereditarias judiciales, etc.

También en este caso debemos hacer una crítica favorable del precepto, que fue muy mejorado durante las sesiones de trabajo del Consejo.

En efecto, resulta correcto el reconocimiento de la necesidad de excluir determinados tipos de contratos ajenos a la necesidad de agilidad y celeridad que preside la contratación mercantil, como pueden ser los contratos de carácter sucesorio, los relativos al ejercicio de facultades familiares, los compromisos matrimoniales, los contratos de trabajo o los contratos sobre bienes inmuebles, documentación judicial (3), así como toda aquella documentación que responde a principios formalistas o en que la forma documental tenga carácter constitutivo o *ad solemnitatem* (hipotecas, donaciones y aportaciones de inmuebles a sociedades, enfiteusis, capitulaciones matrimoniales, formas testamentarias regladas, etc.), así como aquellos documentos mercantiles de giro de carácter «formal», como la letra de cambio o el cheque (4).

(3) Así, por ejemplo, en materia de eficacia extraterritorial de documentos judiciales, parece absurdo mantener procesos garantistas para validar la eficacia de ejecutorias judiciales dictadas por Tribunales de terceros países, como el «exequator», y simultáneamente admitir la eficacia taumatúrgica de aquéllas si revisten formato electrónico por la vía del artículo 7 de la Directiva, que después veremos.

(4) Vid., en cuanto menciones obligadas en los mismos, los artículos 1.º y 106 de la Ley Cambiaria y del Cheque 11/1985, de 16 de julio. A tal punto es la letra de cambio y título valor rigurosamente formal, que si faltare alguno de sus requisitos legales, se degrada y se reputa pagaré. Además, está sujeto a tributación en forma de reintegro de efecto timbrado. No obstante, debe señalarse la existencia en España de un Proyecto Piloto para desarrollar el denominado «documento cambiario electrónico», dentro del

En todos los casos citados ni se requiere de la inmediatividad como elemento consustancial a la transacción que los tenga por objeto, ni se compadecen bien con el carácter de contratación entre ausentes que presenta la contratación electrónica ni con su grado de fiabilidad, que si es elevado no puede equipararse, hoy por hoy, con la seguridad de la contratación intervenida con forma documental pública entre presentes y con unidad de acto.

Desde luego, pueden señalarse como paradigmáticos los casos de los compromisos matrimoniales o los contratos sobre el derecho de propiedad de los bienes inmuebles (excluidos, por lo demás, del Tratado de Roma en su artículo 221) (5).

En cualquier caso, como se ha señalado, estas exclusiones son potestativas para los Estados miembros, de forma que éstos conservan plenamente su soberanía para decidir si aplican o no las exclusiones y cómo y cuándo dejan de aplicarlas.

Por otra parte, en cuanto a la exclusión respecto de la intervención de los Tribunales, autoridades públicas y profesionales que ejerzan funciones públicas, adviértase que tan sólo se aplica a los «contratos» en que se produzca su intervención. Por tanto, su intervención en otros ámbitos no entra en la exclusión. Así, por ejemplo, en el caso de los Registradores españoles se ha previsto la posibilidad que pueda realizarse ante aquéllos el preceptivo depósito de las cuentas de las sociedades mercantiles y la legalización de los libros de los comerciantes por vía electrónica, mediante sendas Instrucciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 30 y 31 de diciembre de 1999. Asimismo se ha dispuesto el uso del correo electrónico con carácter obligatorio como instrumento para remitir publicidad e información de los asientos registrales mediante una nueva Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 10 de abril de 2000 y, finalmente, mediante Resolución-Circular de 24 de abril de 2000, se ha definido de forma detallada y completa la forma y ámbito de aplicación del Real Decreto-ley 14/1999, de 17 de septiembre, de firma electrónica en el campo de actuación profesional de los Registradores de la Propiedad y Mercantiles (presentación de documentos, comunicación de calificaciones, expedición de certificaciones, emisión de información a diversos organismos públicos, etc.), en lo que constituye un auténtico programa-marco de actuación futura en esta materia en el citado ámbito registral.

En cualquier caso hay una cierta idea de «transitoriedad» en aquellas exclusiones, pues se establece la obligación a cargo de los Estados miembros

Proyecto genérico PISTA, desarrollado conjuntamente por los Ministerios de Justicia (Dirección General de los Registros y del Notariado) y Fomento (Secretaría de Estado de Telecomunicaciones), cuya experiencia se espera concluir a lo largo del año 2001.

(5) Modificado su numeración por el Tratado de Amsterdam.

de remitir a la Comisión europea cada cinco años un informe explicando la situación de las exclusiones y exponiendo los motivos por los que resulta, en su caso, necesario su mantenimiento (cfr. art. 9, núm. 3). Es decir, se parte de la presunción de que la futura evolución tecnológica permitirá aportar nuevas soluciones a los especiales requerimientos de seguridad jurídica que en algunos sectores aconsejan, de momento, mantener los modelos y regímenes de contratación tradicionales, de forma que la definición y mantenimiento de las referidas categorías de exclusión han de ser objeto de revisiones preceptivas cada cinco años para verificar si, con arreglo a la situación de la evolución tecnológica al momento de la revisión, la misma priva o no de justificación al mantenimiento de aquellas exclusiones.

C) *Momento de la celebración del contrato*

El artículo 11 del proyecto de Directiva inicialmente trataba el tema de la definición del momento en que debía entenderse celebrado el contrato. Se trataba de una redacción que se pretendía justificar por razón de la necesidad de establecer un régimen común, dada la disparidad existente en este aspecto en las legislaciones de los Estados miembros.

Sin embargo, la propuesta inicial de la Comisión presentaba dos inconvenientes. En primer lugar, tropezó con el recelo de los Estados miembros de regular cuestiones de Derecho contractual muy enraizadas en la cultura jurídica de cada país. Y, en segundo lugar, era una propuesta excesivamente complicada, pues fijaba el momento de la celebración del contrato en el momento final después de los siguientes pasos: el consumidor acepta la oferta del empresario y lo comunica a éste. El empresario, a continuación, emite acuse de recibo de la aceptación y, finalmente, el consumidor confirma que ha recibido el acuse de recibo. Además de la complicación que supone el establecer esos tres pasos obligatorios, se observó que la fórmula no producía resultados equivalentes en todos los países, ya que los conceptos de oferta y aceptación no coinciden en todos ellos. Así, en Austria y Alemania, cuando un cliente compra un producto en una tienda, se entiende que es él el que realiza la oferta de contrato, que el tendero o empresario acepta al cobrar el precio. Además, se produce una indeseable situación de inseguridad jurídica en el período intermedio, hasta la culminación final de todo el proceso contractual, suscitando numerosas dudas sobre las situaciones intermedias no consumadas (por ejemplo, sobre la existencia o no de culpa *in contrahendo*).

Por ello, se modificó el planteamiento radicalmente, y el artículo 11 dejó de referirse al momento de la celebración del contrato, que será una cuestión que se deja al arbitrio de los Estados miembros, para limitarse a establecer unos criterios generales en materia de «realización del pedido», que es el

nuevo concepto que se utiliza, más económico que jurídico. Estos principios son dos:

- a) el prestador debe acusar recibo del pedido sin demora indebida y por vía electrónica, y
- b) se considera que se ha recibido el pedido y el acuse de recibo cuando las partes a las que se dirigen puedan tener acceso a los mismos. El Anteproyecto de Ley español añade a esta regla la presunción de que se entiende que «el destinatario puede tener acceso al mensaje respectivo desde que haya sido recibido en una dirección de correo electrónico vinculada personal o institucionalmente al mismo», con lo que trata de resolver un problema que se evidenció durante las reuniones en Bruselas en los casos en que el pedido se realiza desde un «ciber-café» o desde un buzón electrónico público.

Por tanto, la cuestión sobre la determinación del momento en que se haya de entender perfeccionado el contrato electrónico en el Ordenamiento jurídico español, y en ausencia de norma comunitaria, habría de resolverse mediante la subsunción del supuesto en alguno de los dos modelos contemplados al respecto en nuestro Derecho, cuyas soluciones no son plenamente coincidentes. Así, se puede entender producido el perfeccionamiento en el momento del conocimiento de la aceptación de la oferta —art. 1.262 del Código Civil— o en el momento de la emisión de aquélla —art. 54 del Código de Comercio—, lo que dependerá de la calificación del contrato como civil o mercantil.

4. PROFESIONES REGULADAS

A) *El principio de país de origen*

En el tema de las profesiones reguladas, la Directiva se limita a establecer exhortaciones al fomento para la elaboración de códigos de conducta o deontológicos de ámbito europeo. Fuera de ello, lo único que añade es una regla según la cual, «los Estados miembros garantizarán que esté permitido el uso de comunicaciones comerciales (publicidad) que en todo o en parte constituyan un servicio de la sociedad de la información facilitado por un miembro de una profesión regulada, condicionado al cumplimiento de normas profesionales relativas, en particular a la independencia, dignidad y honor de la profesión, el secreto profesional y la lealtad hacia clientes y colegas» (art. 8, núm. 1). Ahora bien, sobre la interpretación de este precepto existen dos posiciones muy distintas.

La Delegación española, al igual que otras (como la francesa, austríaca, etc.) considera que el artículo 8, número 1 de la Directiva de comercio

electrónico se limita a garantizar la publicidad de los servicios profesionales en Internet, pero no altera las reglas generales a que está sometida la práctica profesional en el mundo «off line» y, en particular, no modifica las exigencias de Directiva 89/48/CE, de 21 de diciembre de 1988, sobre reconocimiento de títulos profesionales de enseñanza superior. Esta posición se apoya en dos argumentos: la idea de que la Directiva de comercio electrónico «complementa» el Ordenamiento jurídico comunitario sin derogarlo, salvo en aquellos puntos en que así se establece, por un lado, y, por otro lado, en lo previsto en el artículo 4, número 2 de la misma Directiva en la que no se excluyen las autorizaciones, en sentido amplio, que vengan impuestas por las normas nacionales o comunitarias que no se dirijan específicamente a las actividades en línea. Por tanto, se entiende que la prestación de servicios profesionales «on line» queda sujeta a los requisitos comunes de que el prestador tenga reconocido su título en el país destinatario de dichos servicios.

Por el contrario, la Comisión afirma lo contrario, e invocando el principio de «país de origen» sostiene que basta con que el profesional tenga titulación y habilitación exigida en su país de origen para poder prestar sus servicios «on line» en cualquier país miembro distinto del suyo propio, sin perjuicio de atenerse igualmente a los códigos de conducta que a nivel europeo puedan haberse adoptado. Se trata de un planteamiento muy revolucionario dentro del Derecho comunitario, pues la Directiva de reconocimiento de títulos (reconocimiento se concede al «produit fini», es decir, al profesional plenamente formado tras concluir las prácticas eventualmente exigidas por un Estado, además, del título o diploma académico) se condiciona, en caso de diferencias importantes entre la materia y el nivel de la formación previa, o bien en la estructura de la profesión, a la aplicación de ciertos «mecanismos de compensación», consistentes en unos períodos de prácticas o en una prueba de aptitud, quedando la elección entre ambas posibilidades al albedrío del migrante, salvo precisamente en el caso de profesiones jurídicas, respecto de las cuales es el Estado de acogida el que puede optar por uno u otro mecanismo, mecanismos de compensación que no serían, por tanto, exigibles en el caso de prestación del servicio profesional «on line».

La singularidad de las profesiones jurídicas han sido desarrolladas en la reciente Directiva 98/5/CE, de 16 de febrero de 1998, destinada a facilitar el ejercicio permanente de la profesión de abogado en un Estado miembro distinto de aquél en que se obtuvo el título, que impone los siguientes requisitos a los abogados que pretendan ejercer en un Estado miembro distinto de aquél en que obtuvo el título:

1.º deberán inscribirse ante la autoridad competente de dicho Estado —que podrá, en su caso, denegar la inscripción— (art. 3.1 y 9);

2.º deberán advertir que ejercen con el título profesional de su Estado de origen, expresándolo en lengua oficial de tal Estado (cfr. art. 4.1);

3.º además, se podrá establecer la obligación de que mencionen la organización profesional de que dependen y los órganos jurisdiccionales ante los que pueda ejercer —con frecuencia existen limitaciones para ejercer en el respectivo Tribunal Supremo— (vid. art. 4.2). La intervención ante estos últimos se puede limitar, aún cuando no existan restricciones para los nacionales;

4.º quedan sujetos a las reglas profesionales y deontológicas que rijan en el país de acogida, y no, por lo tanto, a las respectivas de su país de origen. Es decir, no se aplica el principio del país de origen, a diferencia del criterio de partida de la Directiva sobre comercio electrónico;

5.º el Estado de acogida puede exigir, con carácter previo al ejercicio profesional, la suscripción de un seguro de responsabilidad profesional, o bien la afiliación a un fondo de garantía.

Ninguna de estas exigencias es respetada por la Directiva sobre comercio electrónico. A mi juicio, resulta claramente inapropiada la traslación a este ámbito de la prestación de servicios propios de profesiones liberales o reguladas del principio del «país de origen», pues este principio entra en contradicción con la regulación exhaustiva de la Directiva 89/48/CEE, antes analizada, sin que ello esté justificado en fundamento jurídico alguno, ya que uno y otro criterio no deben estar mediatizados por el hecho de que se preste el servicio con presencia física del profesional y del cliente, o bien «on line», aspecto éste que resulta irrelevante desde este punto de vista.

B) *La singularidad de las profesiones jurídicas que ejercen, por delegación de los Estados, potestades públicas*

La regulación precitada, respecto de la libre prestación de servicios profesionales, están sujetas a las siguientes excepciones:

- Artículo 48, número 4 del Tratado CEE: «las disposiciones del presente artículo no serán aplicables a los empleos en la administración pública» (actividades dependientes).
- Artículo 55 del Tratado CEE: «las disposiciones del presente capítulo no se aplicarán, en lo que respecta al Estado miembro interesado, a las actividades que, en dicho Estado, estén relacionadas, aunque sólo sea de manera ocasional, con el ejercicio del poder público» (actividades independientes). Esta disposición es igualmente aplicable a la libre prestación de servicios en virtud del artículo 66 del mismo Tratado.

¿Qué se entiende, a estos efectos, por administración pública y por poder o autoridad pública? No lo dice ni el Tratado ni el Tribunal de Justicia (sentencias Reyners de 1974 y Frontistiria de 1986), en las que se entiende que la definición del término «autoridad pública» corresponde a la competencia de los Estados, si bien considera que la discrecionalidad de los Estados en el ejercicio de tal competencia está limitada por la necesidad de interpretar restrictivamente el ámbito de lo que es una excepción a una de las libertades fundamentales de la Comunidad.

En esta línea de interpretación restrictiva de la mencionada excepción, la Comisión elaboró en el año 1988 una Comunicación (88/c72/02) en la que partiendo de la interpretación restrictiva que de dicha excepción realiza el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, concluye que la misma sólo es aplicable a las «actividades específicas de la Administración Pública», es decir, a los casos en que esta última aparece investida del poder público o de «imperium» y de la responsabilidad de salvaguardar los intereses generales del Estado. Perfilando estas definiciones, la Comisión, en la citada Comunicación, entiende que quedan amparadas por la excepción a la regla general de libertad de circulación las funciones específicas del Estado y de las colectividades que puedan serle asimilables, como son las fuerzas armadas, la policía, la magistratura, la administración fiscal y la diplomacia, así como los empleos de los Ministerios del Estado y los funcionarios y otros agentes que realicen actividades organizadas en torno a un poder jurídico público del Estado, como la elaboración de actos jurídicos, la ejecución de los mismos y el control de su aplicación.

Es evidente que esta limitación afecta a las profesiones jurídicas de Notarios, Corredores de Comercio y Registradores de la Propiedad y Mercantiles, tanto en el aspecto de elaboración de actos jurídicos que gozan de especiales efectos derivados de la delegación de potestades realizada por los poderes públicos, como en lo relativo al control de la aplicación de tales actos (así especialmente en el caso de los Registradores que tienen encomendado el control de legalidad de los actos jurídicos que pretenden su acceso al Registro de la Propiedad y a los Registros Mercantiles). Razones por las que las actividades de estos profesionales públicos se excluyen de la Directiva.

5. RESPONSABILIDAD DE LOS PRESTADORES DE SERVICIOS DE INTERMEDIACIÓN, SOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL DE CONFLICTOS Y RECURSOS JUDICIALES

1. La idea de la Directiva es regular tan sólo la responsabilidad de los prestadores de servicios de intermediación, es decir, los proveedores de acceso a la red y los prestadores de actividades de mero transporte («mere con-

duit»), «caching» (ejecución de copias transitorias para hacer más rápido el acceso a páginas con múltiples visitantes), y «hosting» (o servicios de almacenamiento de datos).

En este terreno hay un conflicto entre estos intermediarios y las empresas que suministran contenidos, que temen el pirateo de copias ilegales y su circulación impune por la red. Frente a ellos y la pretensión de hacer responsables subsidiarios de dichas actividades ilícitas y cualesquiera otras que puedan circular por la red (casinos virtuales no autorizados, mensajes racistas o xenófobos, pornografía infantil, difusión de secretos oficiales, etc.), los prestadores de servicios de intermediación pretenden contar con un régimen jurídico que los exima de dos cosas:

- a) de responsabilidad por los contenidos o actividades ilícitas que puedan circular por la red, con tal que ellos no hayan modificado ni influido en el contenido de dicha información y de que, en caso de tener conocimiento de su existencia, lo denuncien ante las autoridades competentes, y
- b) de la obligación general de supervisar los contenidos que almacenan o transportan, sin perjuicio de la obligación de realizar controles selectivos por orden de las autoridades judiciales (los programas actuales de filtrado no permiten todavía un control general de la información, por lo que en la actualidad este control se percibe como técnicamente inviable).

En grandes líneas, este es el régimen que ha pasado a la Directiva, sin perjuicio de añadirse el deber de colaboración en la evitación de la infracción perseguida por medio de una diligente para cortar el acceso a la información del deber de identificar ante las autoridades al proveedor de tales informaciones.

2. En cuanto a las vías de solución extrajudicial de recursos, se impone a los Estados miembros la obligación de hacer posible la utilización de vías electrónicas en el ámbito del arbitraje de consumo, tratándose de contratos electrónicos. Y finalmente, en materia de recursos judiciales se exige a los Estados miembros que garanticen procedimientos ágiles y eficaces en la resolución de los litigios que puedan surgir en el ámbito de los servicios de la sociedad de la información. En particular, en el comercio electrónico presenta gran importancia la rápida adopción de medidas cautelares, dada la rapidez con que el daño puede ser realizado, y con objeto de impedir su continuación.

En particular el artículo 18.1 de la Directiva establece la obligatoriedad a cargo de los Estados miembros del establecimiento de procedimientos judiciales que permitan el control jurisdiccional de las actividades de prestación de servicios de la denominada «sociedad de la información». Estos procedimien-

tos judiciales deberán responder a la finalidad u objetivo de permitir la adopción de «medidas dirigidas a poner término a cualquier presunta infracción y a evitar que se produzcan nuevos perjuicios contra los intereses afectados» y, según la versión inicial del proyecto, estarán presididos por los principios de eficacia y sumariedad, notas que, finalmente, fueron suprimidas del texto en su versión definitiva.

Según la Comisión, en el documento de sus comentarios al articulado de la Directiva, este primer apartado del artículo 18 trata de garantizar el buen funcionamiento del mercado interior y está vinculado al objetivo comunitario de asegurar la libre circulación de servicios con arreglo a lo previsto en el artículo 3 de la Directiva.

Sin embargo, es lo cierto que en este punto el criterio de armonización de mínimos que asume la Directiva genera una situación que carece de la claridad necesaria y puede conducir a la confusión de ámbitos distintos, ya que no relaciona convenientemente el tema de los procedimientos judiciales con el tema de la responsabilidad al que debería ir directamente vinculado.

Así, entendemos que se debiera diferenciar claramente entre los siguientes supuestos de responsabilidad que puede contraerse por parte de los intervinientes en un proceso contractual o de prestación de servicios de carácter electrónico (sea el prestador de servicios, sea la parte con la que éste contrata):

- a) Supuestos de responsabilidad civil:
 - contractual;
 - extra-contractual.
- b) Supuestos de responsabilidad penal, en cuyo apartado se han de diferenciar los siguientes aspectos:
 - problema de determinación de la jurisdicción competente;
 - necesidad de determinación de los tipos penales de las diversas actividades delictivas;
 - relación de este tema con el principio del artículo 3.1 (aplicación del principio de «país de origen»), principio que resulta inadecuado en este ámbito.
- c) Supuestos de responsabilidad por parte de un Estado miembro por introducir restricciones a la libre prestación de servicios de la sociedad de la información.

Estas tres categorías de responsabilidad presentan problemáticas diferenciadas, por lo que procede examinarlas separadamente.

A) *Responsabilidad civil contraída en el marco de una contratación electrónica*

La responsabilidad del suministrador de contenidos o proveedor de servicios puede estar previamente determinada en el contrato que regula la relación con los usuarios de su web en Internet.

Esta responsabilidad puede venir determinada a través de un conjunto de cláusulas que fijen respectivamente las garantías y las cláusulas de exoneración de responsabilidad por los daños causados en la prestación del servicio o incluso por el grado de cumplimiento defectuoso o incumplimiento de las obligaciones contractuales.

Entendemos que esta responsabilidad debe quedar sujeta a los criterios de validez jurídica de las mismas de carácter general, y así, por ejemplo, entender que una cláusula de exoneración de responsabilidad por daños será nula en aplicación de la legislación general sobre protección al consumidor, siendo por el contrario válida en caso de que el usuario sea a su vez un profesional.

En la redacción inicial del artículo 18 no quedaba claro si los procedimientos judiciales eficaces y sumarios, a que se refiere, deben ser establecidos de nuevo cuño por los Estados miembros o si por el contrario las acciones de cesación y retractación previstas en nuestra Ley de Condiciones Generales de la Contratación de abril de 1998, pueden cumplir la función exigida a los Estados miembros por este artículo 18.1. La Directiva, en su versión final, parece inclinarse por una posición favorable a esta última opción, toda vez que considera aplicables en este ámbito de los servicios de la sociedad de la información las acciones de cesación previstas en la Directiva 98/27/CE en garantía de los intereses de los consumidores.

B) *Responsabilidad extracontractual*

En relación con los supuestos de comunicaciones comerciales electrónicas se parte de un supuesto de hecho diferente al común de la contratación electrónica por cuanto que no existe todavía relación contractual alguna en el momento de emitirse y recibirse dicha comunicación.

En estos casos también cabe que el usuario de Internet se considere perjudicado por un contenido determinado (por ejemplo, incitación compulsiva al consumo de determinados servicios que no respondan a las cualidades o a la calidad anunciada, o que dé lugar a la asunción de decisiones por parte del usuario equivocadas en su propio entorno empresarial en atención al carácter engañoso de la publicidad recibida). En estos supuestos existe un cauce específico para formular la reclamación en nuestro Derecho interno, cual es la

acción de exigencia de responsabilidad civil extracontractual establecida por el artículo 1.902 del Código Civil.

El problema del artículo 18.1, en relación a este tema, es que no establece pautas por las que pueda concluirse sobre si la regulación del citado artículo del Código Civil es suficiente para entender cumplida la exigencia de procedimientos eficaces y sumarios.

C) Supuestos de responsabilidad penal

1. Determinación de los tipos o actividades delictivas en Internet

Desde 1995 existe un intenso debate respecto de la necesidad de sancionar los malos usos y actividades lícitas en la red de Internet.

Los partidarios de legislar y regular sobre esta materia alegan la dificultad de perseguir las actividades ilícitas cometidas a través de las redes de telecomunicaciones, no sólo por la naturaleza de los medios empleados, sino también por la falta de tipificación o definición en los Códigos penales de las modalidades de comisión de los delitos. Frente a ellos, los detractores de nuevas regulaciones invocan la conveniencia de permitir la expansión de las telecomunicaciones y el comercio electrónico, libres del intervencionismo estatal, basándose en el derecho a la intimidad y a la libertad de expresión.

Este debate debe entenderse superado en la actualidad, dado el claro asentamiento producido en los foros internacionales, y en particular europeos, de la conveniencia de la solución de favorecer la intervención regulatoria y ejecutiva de los respectivos poderes públicos en este ámbito. Así resulta de lo previsto en el Plan de acción para luchar contra la delincuencia organizada adoptado por el Consejo Europeo el 28 de abril de 1997, y en los diez principios del G8 sobre la delincuencia de alta tecnología, de los que el Consejo tomó nota en su reunión del 19 de marzo de 1998, así como del llamamiento que hizo el Consejo Europeo de Viena, los días 11 y 12 de diciembre de 1998, para que se desarrollen a escala europea internacional las iniciativas de protección de los niños, especialmente en el campo de la pornografía infantil en Internet. A ello hay que añadir lo dispuesto en las Decisiones del Consejo número 276/1999/CE, por la que se aprueba un Plan plurianual de acción comunitaria para propiciar una mayor seguridad en la utilización de Internet, la número 375/2000/CE, relativa a la lucha contra la pornografía infantil en Internet y, finalmente, la Posición Común del Consejo 1999/364, de 27 de mayo, relativa a las negociaciones del proyecto de Convenio sobre delincuencia en el ciberespacio, celebradas en el Consejo de Europa.

En el Derecho español, por su parte, la aparición del Código Penal de 1995 ha permitido la inclusión en el mismo de diversos «delitos electrónicos», como son fundamentalmente los siguientes:

- Artículo 197: Interceptación de correo electrónico.
- Artículo 197.2: Cesión de datos reservados de carácter personal.
- Artículo 248: Estafas electrónicas.
- Artículo 264.2: Daños informáticos.
- Artículo 270: Delitos contra la propiedad intelectual.
- Artículo 186: Difusión y exhibición de material pornográfico a menores.
- Artículo 189: Pornografía infantil.
- Artículo 211: Difusión de mensajes injuriosos o calumniosos.
- Artículo 282: Publicidad engañosa.
- Artículo 390: Falsedad documental.
- Artículo 256: Uso de terminales sin autorización.

Ahora bien, el carácter global de la red de Internet crea una dificultad enorme al tiempo de perseguir y reprimir los delitos que se cometen a través de la misma. Así podemos imaginarnos un supuesto como el siguiente: un usuario de Internet brasileño que introduce una copia no autorizada de un programa americano en un servidor situado en cualquier país que tenga la consideración de paraíso fiscal con el fin de que lo copie un español.

En este supuesto, además de determinar el lugar de comisión del delito, a los efectos de fijar la legislación aplicable y la jurisdicción competente para conocer del mismo, se ha de considerar la dificultad añadida que representa el hecho de que el servidor se halla en un país que presenta el carácter de paraíso fiscal (ahora reconvertido en paraíso informático), que no forman parte de los Convenios internacionales sobre auxilio judicial (como el de La Haya en materia de *exequatur*). Estos países y territorios son buscados como refugios de empresas titulares de servidores cuyos propósitos son ilícitos, desarrollando actividades como la de casino virtuales, bancos de datos personales, remailers anónimos (empresas dedicadas a proporcionar anonimato a distribuidores de información ilícita, etc.), distribución de copias no autorizadas de software (o pirateo informático), etc.

2. Determinación de la jurisdicción competente

Dado el carácter transfronterizo de muchas de las actividades ilícitas realizadas a través de Internet se plantea el problema de determinar cuál es la jurisdicción competente para enjuiciar los delitos que tienen su origen en un país y producen sus efectos en otro.

En principio, las Leyes penales tienen carácter territorial, sin perjuicio de que se establecen en las legislaciones determinados supuestos de extraterritorialidad. Así el artículo 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial española reconoce competencia a los Tribunales españoles respecto de delitos cometidos en el extranjero, siempre que su autoría corresponda a un nacional español y que el hecho de que se trate sea punible en el lugar de su ejecución. También se establece la misma extraterritorialidad aunque el autor del delito sea extranjero cuando los hechos sean calificados por la Ley española como delitos de traición, genocidio, terrorismo, etc.

En cuanto a los delitos cometidos por procedimientos informáticos o electrónicos, hay que partir de su consideración de delitos a distancia, es decir, se trata de delitos en que la actividad se realiza en un lugar y el resultado se consigue en otro lugar distinto. En estos casos, ¿cuál se entiende que es el lugar de comisión del delito?

Se enfrentan sobre este punto las teorías de la manifestación de la voluntad y del resultado, sin que prevalezca en la jurisprudencia claramente una de ellas sobre la otra. En unos casos la jurisprudencia declara competente al Juez del lugar donde se produjo el resultado perjudicial, en tanto que en otras ocasiones, especialmente cuando se trata de delitos continuados, se declara competente al Juez del lugar donde radique el centro de las actividades delictivas, es decir, desde donde se cursan las órdenes y datos necesarios para la comisión del delito.

Sólo según la primera de las corrientes jurisprudenciales apuntadas resultaría competente un Juez español para enjuiciar los delitos preparados u organizados en España por ciudadanos españoles, dirigidos a ciudadanos españoles como víctimas pasivas y cuyos resultados se produzcan también en España, y ello a pesar de que los medios técnicos y el prestador de servicios utilizado se encuentren situados en otro país distinto. Esta determinación cierta de la jurisdicción competente es fundamental, ya que se puede dar el caso de que la actividad desarrollada esté tipificada como delito en un Estado y no en otro. Así, por ejemplo, hasta el año 1995 el delito de daños en España debía tener por objeto un bien de carácter material, de forma que la destrucción de bases de datos enteras y de gran valor no estaba tipificada como delito de daños y, por tanto, no podía ser perseguida penalmente.

Este planteamiento hace que el criterio seguido por la Directiva de atribuir competencia al Estado en que está establecido el prestador de servicios (cfr. art. 3.1) puede representar un retroceso desde el punto de vista de la persecución de actividades criminales, en contra del propio postulado de la Directiva de establecer procedimientos eficaces. Por tanto, se debía introducir algún tipo de salvaguardia en el citado artículo 3.1 en relación con el artículo 18, de forma que la competencia jurisdiccional del Estado miembro en que se recibe el resultado de la actividad ilícita no se vea comprometida

por la aplicación del principio del «país de origen» (6). Esta salvaguardia se incorporó a la Directiva a través del artículo 3, número 5, en el que se prevé la posibilidad de los Estados miembros de excepcionar la prohibición de adoptar medidas de restricción a la libre circulación de los servicios que viajen por la red por razones de orden público y de protección de la salud pública, de la seguridad pública o de los intereses de los consumidores, siempre que estas medidas vayan encaminadas a evitar un peligro o daño serio y grave contra tales objetivos y que se atenga el Estado afectado a las normas de procedimiento que establece la propia Directiva para la adopción de la medida de restricción, con objeto de prevenir un uso abusivo de esta posibilidad de excepción.

A) *Supuestos de responsabilidad por parte de un Estado miembro por introducir restricciones a la libre prestación de servicios de la sociedad de la información*

Un supuesto de responsabilidad totalmente distinto del hasta ahora contemplado es el de aquellos casos en que un Estado miembro, incumpliendo las disposiciones dictadas por el mismo en transposición de la Directiva, introduzca medidas que comporten un efecto real y efectivo de restringir la libre circulación de servicios de la sociedad de la información, que es a lo que parece querer referirse la Comisión en sus comentarios al artículo 18.1 de la Directiva, al que vincula con la garantía de dicha libertad de circulación.

Ahora bien, en este caso las normas internas de transposición, como Derecho interno que son, obligan a todos sus destinatarios y, por supuesto, al Estado miembro infractor, por lo que los Tribunales del mismo podrán actuar conforme a las normas generales de la jurisdicción contencioso-administrativa, que es a la que corresponde velar por la legalidad de la actuación de las Administraciones Públicas. Pero, los procedimientos de supervisión en este caso serán los generales previstos en la Ley reguladora de tal jurisdicción, sin que parezca posible establecer normas de procedimiento distintas para los supuestos de desviación de legalidad de la Administración Pública en materia de servicios de la sociedad de la información.

(6) Así se puede citar el antecedente del caso MECKLERMEDIA, en el que mientras que la empresa alemana demandada alegaba que el procedimiento debía entablarse en Alemania porque era el país en que estaba establecido el servidor, el Tribunal inglés ante el que se había planteado la demanda entendió que la jurisdicción británica era la competente para conocer aquellos casos en que la actividad va dirigida a ciudadanos británicos y en su idioma oficial, diferente al de su lugar de origen, que era Alemania.

B) *¿Qué se debe entender por «recursos judiciales eficaces» y por «procedimientos sumarios»?*

1. El concepto de «recurso judicial eficaz» es un concepto jurídico indeterminado que difícilmente puede servir de guía a un Tribunal —el de Luxemburgo— que deba decidir en un determinado momento si un recurso judicial es o no eficaz. Además, no se precisa si lo que tiene que ser eficaz es la regulación del procedimiento o su ejecución práctica. En el primer caso, lo que queda sujeto al juicio de eficacia es la actividad del Estado al regular el procedimiento o recurso, en tanto que en el segundo caso lo que queda sujeto a tal juicio es la propia actuación judicial de tramitación del procedimiento. Todo ello determinó que, finalmente, se suprimiera de la versión definitiva de la Directiva la referencia a la eficacia de los recursos judiciales que hacía su artículo 18.

2. Por otra parte, el concepto de «procedimiento sumario» tiene en el Derecho español una significación muy precisa, aludiéndose con tal expresión a aquellos procedimientos especiales en que no se produce una actuación judicial de las llamadas de «jurisdicción plena», es decir, en que la contradicción entre las partes está limitada tanto respecto de las pruebas que pueden hacer valer en defensa de sus posiciones, como en cuanto a las causas de oposición al procedimiento, que están tasadas. Se trata de procedimientos en que normalmente no se produce efecto de cosa juzgada, por ser posible la interposición posterior sobre la misma materia de un procedimiento declarativo posterior de carácter plenario, es decir, sin las limitaciones antes apuntadas. Es el caso, por ejemplo, del procedimiento especial de ejecución hipotecaria previsto en el artículo 131 de la Ley Hipotecaria. Sin embargo, esta materia escapa a las competencias de la Unión Europea que carece de facultad legislativa en materia de procedimientos, razón que forzó igualmente la supresión de esta referencia en el texto definitivo.

3. La Comisión, en el documento de comentarios a la Directiva, hablaba tanto de «recursos judiciales urgentes» como de «medidas provisionales», siendo así que ambos son conceptos jurídicos bien diferentes. El término de «medidas provisionales» en Derecho español debe entenderse referido a «medidas cautelares» (7). La previsión por la Directiva de la adaptación de las legislaciones internas en materia procesal para que éstas adopten previsiones sobre medidas cautelares de carácter urgente, sí debe ser considerada como una medida acertada, ya que respecto de los ilícitos electrónicos es fundamental no tanto la regulación de fondo del procedimiento cuanto la

(7) Aspecto sobre el que España mantuvo una reserva lingüística para evitar equívocos.

regulación de las medidas cautelares, que se adoptan con la rapidez que el medio empleado para la comisión del ilícito (Internet) requiere.

Finalmente, en esta materia de procedimientos y medidas judiciales eficaces, ha de subrayarse la idea de que las redes abiertas del tipo Internet han convertido el mercado mundial en un mercado virtual planetario en el que las decisiones sobre regulación territorial por los Estados, incluso las regulaciones previstas en la presente Directiva de ámbito europeo, resultan insuficientes. De ahí la importancia de la declaración que el 5 de diciembre de 1997 hicieron representantes de la Unión Europea y de los Estados Unidos de América en materia de comercio electrónico, en la que exhortaban a las autoridades respectivas a continuar las discusiones con el fin de alcanzar un acuerdo general en foros multilaterales (OCDE, OIC, UNCTRAL, etc.).

Finalmente, y desde una perspectiva estrictamente pragmática, se han propuesto diversas medidas técnicas para luchar contra las actividades ilícitas en Internet, como el bloqueo en origen que se produce al retirar a un determinado «servidor» utilizado por un proveedor de servicios su «Internet Protocol» (IP) por parte de la IANA (Internet Authority Number Assignment), entidad con sede en Estados Unidos, encargada de conceder el IP. Este es un número que identifica al servidor y lo hace visible en la red, de manera que su retirada impide el acceso a la información contenida en el citado servidor. La retirada del IP puede preverse como el resultado de la ejecución de una sentencia judicial o de un mandamiento judicial de adopción de medidas cautelares por parte de un Tribunal. Dada la localización de la IANA en Estados Unidos, no habría procedimiento más práctico en la represión de los ilícitos electrónicos que alcanzar un acuerdo en los foros multilaterales antes citados. Pero ésta es ya una cuestión que escapa al propósito y ámbito de aplicación de la Directiva, que tiene por objeto regular el comercio electrónico y la prestación de los restantes servicios de la llamada sociedad de la información (más recientemente llamada «Nueva Economía»), exclusivamente en el ámbito intracomunitario, dejando las relaciones extracomunitarias bajo la competencia de los Estados miembros en el marco de sus relaciones internacionales bilaterales o multilaterales.

V. BIBLIOGRAFIA

ALCOBER GARAU, GUILLERMO, «La firma electrónica como medio de prueba: valoración jurídica de los criptosistemas de claves asimétricas», en *Cuadernos de Derecho y Comercio del Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio*, núm. 13, abril de 1994.

- ALVAREZ-CIENFUEGOS SUÁREZ, JOSÉ MARÍA, «Las obligaciones concertadas por medios informáticos y la documentación electrónica de los actos jurídicos», en revista *La Ley*, vol. 4, 1992.
- ANDREU MARTÍ, MARÍA DEL MAR, «Consideraciones en torno al pago con tarjetas electrónicas», en *Revista del Instituto Nacional del Consumo*, núm. 33, junio de 1995.
- BARRIUSO RUIZ, CARLOS, *La contratación electrónica*, Dykinson, 1998.
- CABANILLAS MÚGICA, SANTIAGO, «La protección del consumidor y la sociedad de la información: una revisión estratégica», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1999, 4.
- CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, «Resolución de conflictos en el intercambio electrónico de documentos», en *Ambito jurídico de las tecnologías de la información, Cuadernos de Derecho Judicial*, XI, Madrid, 1996.
- DÍAZ FRAILE, JUAN MARÍA, «Estudio de la proposición de Directiva europea sobre firmas electrónicas, de 13 de mayo de 1998», en la revista *La Notaría*, del Colegio de Notarios de Cataluña, septiembre de 1998.
- «Estudio de la Directiva sobre firma electrónica, de 13 de mayo de 1998» (Parte I), en la revista jurídica *La Ley*, 23 de noviembre de 1998.
- «Estudio de la Directiva sobre firma electrónica, de 13 de mayo de 1998» (Parte II), en la revista jurídica *La Ley*, 24 de noviembre de 1998.
- «El documento electrónico y la firma digital. Su regulación en la Unión Europea», en *Noticias de la Unión Europea*, octubre de 1999, págs. 9 a 30.
- «La inclusión de los préstamos hipotecarios en el Proyecto de Directiva sobre contratación de servicios financieros a distancia (la “hipoteca electrónica”)», en *Actualidad Civil*, núm. 32 de 1999.
- «La documentación electrónica. Sus implicaciones jurídicas en el Registro de la Propiedad», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, número extraordinario conmemorativo del 75 aniversario de la fundación de la Revista, enero-febrero de 2000.
- «Documentación y firma electrónica. Sus implicaciones en los Registros de la Propiedad y Mercantiles», en *Anales III del CIDDRIM (Centro para la Investigación y Desarrollo del Derecho Registral Inmobiliario y Mercantil)*, Barcelona, 2000.
- FERNÁNDEZ DOMINGO, JESÚS IGNACIO, «La contratación electrónica y el Real Decreto-ley 14/1999, sobre firma electrónica», en *Actualidad Civil*, abril de 2000.
- GARCÍA MÁS, FRANCISCO JAVIER, «La contratación electrónica: la firma y el documento electrónico», en *Boletín de Información del Colegio Notarial de Granada*, núm. 210, octubre de 1998.
- «La firma electrónica: Directiva y Real Decreto-ley 14/1999, de 17 de septiembre», en *Actualidad Civil*, núm. 18, mayo de 2000.
- GALINDO FERNÁNDEZ, «Los proveedores de servicios de certificación», en revista *La Ley*, núm. 4566, de 19 de junio de 1998.
- MARTÍNEZ NADAL, APOLONIA, «Comentario de urgencia al urgentemente aprobado Real Decreto-ley 14/1999, de 17 de septiembre», en revista *La Ley*, núms. 4939 y 4940, de 1 y 2 de diciembre de 1999.
- «Comercio electrónico, firma digital y autoridades de certificación», en *Estudios de Derecho Mercantil*, Civitas, Madrid, 1998.

- *La Ley de firma electrónica*, Cívitas, 2000.
- MINISTERIO DE JUSTICIA, *Guía sobre el uso y eficacia de la firma electrónica*, en <http://www.mju.es/guia-f-elect.htm>, redactada por el autor de este estudio.
- RIVAS ALEJANDRO, JAVIER, *Aspectos jurídicos del comercio electrónico en Internet*, Aranzadi, 1999.
- ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, GUILLERMO, «El valor probatorio del documento signado en forma digital», en revista *La Llei de Catalunya*, núm. 216, julio de 1998.
- VATTIER FUENSALIDA, CARLOS, «En torno a los contratos electrónicos», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1999, 1.
- «El régimen legal de la firma electrónica», en *Actualidad Civil*, núm. 11, marzo de 2000.

JUAN MARÍA DÍAZ FRAILE (8)

(8) Registrador de la Propiedad y Mercantil. Letrado de la Dirección General de los Registros y del Notariado. Doctor en Derecho. Diplomado en Derecho y Economía de la Unión Europea. Miembro de la Delegación Española en el Grupo de Trabajo del Consejo de la Unión Europea para la elaboración de la Directiva de Comercio Electrónico y Miembro de la Comisión Redactora del Anteproyecto de Ley Española de Comercio Electrónico.

La oposición a la ejecución hipotecaria en la nueva LEC 2000 (*)

SUMARIO: INTRODUCCION.—LA NUEVA REGULACION QUE INTRODUCE LA LEC 2000.—I. OPOSICION A LA EJECUCION POR MOTIVOS DE FONDO.—II. LA OPOSICION A LA EJECUCION DE LAS HIPOTECAS EN GARANTIA DEL SALDO DE UNA CUENTA ENTRE EJECUTANTE Y EJECUTADO.—III. EN ESPECIAL, EL PAGO DE LA OBLIGACION GARANTIZADA.—IV. TERCERIAS DE DOMINIO.—V. SUSPENSION DE LA EJECUCION POR PREJUDICIALIDAD PENAL.—VI. OPOSICION POR DEFECTOS PROCESALES Y POR IRREGULARIDADES DEL PROCEDIMIENTO.—VII. RECLAMACIONES RELEGADAS AL JUICIO DECLARATIVO POSTERIOR: LOS EFECTOS DE ESTE JUICIO SOBRE LA EJECUCION CONSUMADA.—VIII. LA NULIDAD DE ACTUACIONES Y SUS EFECTOS SOBRE LA EJECUCION CONSUMADA.—CONSIDERACIONES FINALES.

INTRODUCCION

I. IMPORTANCIA DEL PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA

Contaba DALÍ que un día, visitando el Museo del Prado en compañía de JEAN COCTEAU, les preguntaron, ¿qué salvaría usted de aquí en caso de incendio? COCTEAU, como buen *enfant terrible*, respondió: «Yo, el fuego». Esta anécdota la aprovecha LÓPEZ LIZ, un apasionado defensor de la hipoteca —que, como toda pasión, atesora un punto de locura— para hacerse la pregunta al revés: Si a mí me preguntasen, dice, en caso de desaparición del procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria, ¿qué incendiaría

(*) El presente trabajo es la versión escrita de la ponencia expuesta en las Jornadas sobre «La ejecución inmobiliaria y el Registro de la Propiedad», celebradas en la sede del Colegio de Registradores de España los días 28, 29 y 30 de marzo de 2000. Este origen coloquial se aprecia en el tono de la exposición, y debe disculpar ciertas afirmaciones que aparecen insuficientemente argumentadas.

usted? Contestaría rápido: «Yo, la hipoteca, porque ya no serviría para nada» (1).

Pues bien, el artículo 131 va a desaparecer, pero afortunadamente, como veremos, no hay nada que incendiar, porque el procedimiento que regulaba se reencarna, con su mismo espíritu, en otra parte del Ordenamiento. Sin embargo, esta anécdota pone de relieve la íntima relación que existe entre la hipoteca y su ejecución. La hipoteca cobra sentido como contrato que atribuye al acreedor, en caso de impago de la obligación garantizada, la facultad de vender la finca gravada y obtener de forma inmediata la satisfacción de su derecho en la forma pactada. Y es la confianza de las entidades financieras en un sistema de ejecución rápido y seguro el que ha permitido que tantas familias hayan podido adquirir sus viviendas, y tantos empresarios hayan podido obtener financiación para sus proyectos, de forma casi instantánea y en unas condiciones de plazo y tipo de interés más favorables que los que rigen para los préstamos sin garantía.

Hay que tener en cuenta además que, en el caso de la hipoteca, nos encontramos ante una «ejecución» entre comillas, puesto que *la así llamada ejecución no es más que el ejercicio mismo del propio derecho de hipoteca*. O, si se prefiere, el desenvolvimiento normal de un contrato, precisamente en la forma prevista por las partes contratantes y, en principio, salvo casos patológicos, sin que exista entre ellas ningún tipo de contención o controversia, que sería lo único que justificaría una actuación judicial. La ejecución hipotecaria supone, sin duda, una crisis económica, pero no ordinariamente una contienda jurídica entre acreedor y deudor. Por estas y otras razones, de orden jurídico y económico, desde antiguo ha parecido excesivo exigir que el mero ejercicio de un derecho perfectamente convenido, y respecto al que no existe ninguna controversia, *deba implicar necesariamentela tramitación de un verdadero proceso judicial* (sobre todo en un sistema en el que no se cumplen los plazos en la administración de justicia), con el costo que ello supone para la sociedad en general, para el acreedor hipotecario en particular, y, de acuerdo con la lógica económica de la repercusión de costes, para todos aquellos que disponen o aspiran a disponer de un crédito hipotecario.

No obstante, la nueva LEC, de fuerte inspiración procesalista, como no podía ser de otra manera, pretende instaurar un verdadero proceso, frente a la discutida naturaleza del procedimiento del 131 LH. Pero, en el fondo, en la redacción definitiva de la LEC se conserva el mismo espíritu y se introducen muy pocas modificaciones con relación al sistema anterior; se reconoce la validez de la ejecución extrajudicial —superando de esta forma una reciente, infundada y justamente criticada doctrina del Tribunal Supremo que, bordean-

(1) LÓPEZ LIZ, *Procedimiento judicial sumario del artículo 131 LH*, pag. 879, libremente transcrito.

do sus competencias y los límites de la temeridad, había considerado este tipo de ejecución nada menos que contraria a la Constitución—; y, en fin, según dice su EM, se aspira a agilizar los procesos de ejecución y a equilibrar la balanza hasta ahora injustamente inclinada a favor del ejecutado y de sus maniobras de dilación. En palabras llanas: la intención declarada de la nueva regulación es que los procesos hipotecarios que hasta hoy podían durar, pongamos ocho meses, a partir de ahora duren solamente cuatro.

II. EL CAMBIO DE SEDE DE LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA: LA INCARDINACIÓN EN LA LEY PROCESAL

El Derecho Procesal o la práctica forense no es, o al menos hasta la reforma del 2000 no ha sido, un marco jurídico atractivo para incluir la regulación de una ejecución hipotecaria, que se supone que debe ser rápida y segura. El ámbito procesal se encuentra afectado por una serie de problemas crónicos, tanto estructurales como de regulación normativa, que no deben contaminar a la ejecución hipotecaria.

Entiendo que, huyendo de una definición más precisa, puede decirse que el Derecho procesal es un conjunto de procedimientos y técnicas *al servicio de la efectividad del Derecho sustantivo*. El Derecho procesal carece de sentido en sí mismo, y siempre debe estar en función de la realización del derecho material. Pero, en la práctica, funciona más bien como un filtro tras cuyo paso el Derecho sustantivo resulta muchas veces irreconocible. Un conglomerado de trámites, escritos, comunicaciones, recursos, recursos contra la admisión de otros recursos, oportunidades para la acumulación de reales o hipotéticos defectos formales, disfunciones orgánicas y, en fin, el sistema perfecto para que el Derecho sustantivo se realice con tanta lentitud que ya no sea justicia, o se desvirtúe hasta el punto de que cualquier parecido con la previsión original del legislador material sea pura coincidencia. El Derecho procesal, como Derecho necesario que es, se convierte en «un mal necesario».

Cuando se habla de los males que aquejan a la justicia en España, o de sus corrupciones, o de su lentitud, no se está haciendo referencia normalmente a la regulación sustantiva, sino al proceso, a la efectución procesal de los derechos y también, sin duda, a la necesidad de reformas orgánicas, asimismo muy ligadas al Derecho procesal. Para comprobar esta afirmación, basta ojear los distintos Libros Blancos y Verdes sobre la justicia que, siguiendo esta metodología comunitaria, se han elaborado en los últimos años. Esto, innecesario, es decirlo, no es de ningún modo achacable a los especialistas en esta imprescindible rama jurídica, ni a la dignidad con la que realizan su trabajo, sino que es debido a que el mundo procesal es mucho más complejo y menos jurídicamente puro (que no justo) que el

mundo de los Derechos sustantivos, desde el momento en que intervienen una serie de factores extralegales, que no extrajurídicos —como son los hechos y la necesidad de su prueba, muchas veces indiciaria e insegura—, o como son los intereses más o menos legítimos de todos los profesionales que intervienen en la administración de la justicia.

Algunos de estos problemas nacen de la orientación con que se aborde la elaboración del Derecho procesal, casi nunca de su plasmación técnica que cada vez está más perfeccionada. A grandes rasgos y simplificando mucho la cuestión, cabe decir que la regulación procesal puede abordarse desde dos mentalidades diferentes y generalmente contrapuestas: O bien desde una posición radicalmente garantista, que pone el acento en que no quede ningún resquicio para que nadie resulte condenado injustamente, y que lleva a la multiplicación de trámites y recursos, a la exigencia de pruebas inconcusas, a veces conocidas como diabólicas, y a la configuración de juicios interminables. Frente a esta posición, cabe otro enfoque que parta de la base de que es preferible una «mala» justicia, o mejor una justicia probable e inmediata, que una justicia segura pero lenta, porque *la justicia rápida y probable puede generar alguna injusticia, pero la justicia lenta, aparte de que tampoco puede ser absolutamente segura, es sabido que nunca es justicia* (2).

Quizá por todo ello, el Derecho procesal es un Derecho antipático que es mejor evitar. ¿Quién no experimenta un alto reparo ante la sola idea de tener que «meterse» en un declarativo o, en general, en un Juzgado? Nadie quiere una «solución» judicial, y esto es algo que se experimenta frecuentemente en el Registro de la Propiedad cuando tenemos que comunicar al interesado que no es posible cancelar un asiento sin mandato del Juez, o que para inmatricular la finca o reanudar el tracto interrumpido es necesario acudir a un expediente de dominio. ¿No hay otro remedio, cualquier otro? —preguntan con desazón. En su extenso y espléndido tratado sobre el procedimiento judicial sumario del artículo 131 LH, cita el profesor JUAN MONTERO un texto de NICOLÁS PÉREZ SERRANO, según el cual: «La experiencia nos enseña que hay ciertas disciplinas cuyo cultivo propende a agriar el carácter de los especialistas que a ellas se consagran... [como] sucede en la esfera forense con el Derecho procesal o el hipotecario, que acaban produciendo en los juristas de esas ramas una especie de hiperclorhidria jurídica» (3). Quizá el recuerdo que hago de esta cita hubiera sido de mal gusto por mi parte si yo no estuviera también directamente involucrado por ella, aunque quiero pensar que el Derecho Hipotecario también es en gran parte procedimiento y que es sólo esa

(2) Decía ANDRÉ MAURAIS que «una solución mediocre, pero inmediata, vale muchas veces más que una acción perfecta después de ocho días».

(3) Tomo la cita del principio del Prólogo del espléndido libro de MONTERO AROCA. Valencia, 1998.

parte burocrática y fastidiosa la que produce exasperación. También quiero aclarar que yo no he notado, desde mi profesión de Registrador, ningún cambio desagradable en mi carácter, y advertir que, lo mismo que el profesor MONTERO, vamos a ocuparnos de un tema en el que confluyen las dos únicas ramas jurídicas que, al parecer, provocan un temperamento sulfuroso.

En el Derecho procesal, en fin, ocurre como con la elegancia, lo ideal sería que pasase desapercibido en el curso de realización del Derecho sustantivo. Que no llamase la atención. La función del proceso es aplicar el Derecho sustantivo, conservando su espíritu y sin adulterarlo. El derecho sustantivo debe pasar limpiamente a través del proceso, como la luz atraviesa un fino cristal: *sin desviarse y sin detenerse*. La realidad, sin embargo, nos presenta un proceso lento, que obstaculiza y detiene la efectución del derecho, y un proceso falaz, incapaz de preservar la fidelidad del derecho sustantivo al que sirve.

Por todo ello, yo tengo la impresión, no contrastada de forma científica, de que *la hipertrofia del Derecho procesal supone la adulteración del Derecho sustantivo y, en cierto grado, la muerte de la justicia*. Y ello es tanto más grave en cuanto también tengo la sensación de que el Derecho procesal de los últimos tiempos, y creo que así lo evidencia la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, acapara para sí cada vez más la regulación de materias que pertenecen al Derecho sustantivo y que deben ser estudiadas y resueltas por los especialistas en la materia de que se trate, y no por los expertos en los cauces y las técnicas de efectución judicial de los Derechos sustantivos. Un especialista en las técnicas procesales no puede ser, a la vez, especialista en hipotecas, para intervenir con preferencia en la regulación y el estudio del procedimiento hipotecario; en letra de cambio, para reclamar para sí el proceso cambiario; en propiedad horizontal, para controlar la regulación de su procedimiento especial de reclamación de deudas a la comunidad; en Derecho penal, en Administrativo, en Laboral, etc., etc. Por ello resulta de gran importancia deslindar las cuestiones procesales de las que no lo son, tanto para suprimir las primeras de los textos sustantivos, que ha sido uno de los objetivos de la nueva LEC, como para no incluir las segundas en textos procesales, ideal con el que la nueva LEC ha sido mucho menos respetuosa.

III. EL DERECHO PROCESAL Y EL SUSTANTIVO EN LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA: NATURALEZA DE LAS CAUSAS DE OPOSICIÓN

La ejecución es una materia que nunca ha encajado del todo en el Derecho procesal o, si se prefiere, en el ámbito judicial, hasta el punto de que muchos jueces consideran más o menos conscientemente que su labor termina con la declaración del derecho. De hecho, en la práctica, la ejecución se realiza

normalmente por los secretarios judiciales, aunque la nueva LEC no ha reconocido esta realidad ni ha otorgado a los secretarios la correspondiente competencia que, formalmente, siguen ostentando los jueces. Pero además, la ejecución hipotecaria en concreto —aparte de que puede, y pienso que ello sería lo más natural, alcanzarse extrajudicialmente—, y quizá en parte por el hecho de que no se trata más que del desenvolvimiento de un contrato específicamente dirigido bajo ciertas circunstancias a la realización del bien hipotecado, se halla regulada por un *conjunto de normas heterogéneas*, muchas de ellas puramente procesales, otras, creo, que más bien pertenecen al Derecho sustantivo, y sin duda otras que, cuando menos, se sitúan en zonas fronterizas y son propiedad mancomunada de ambas disciplinas, la civil y la procesal (4). Por eso soy de la opinión de que en la reforma y cambio de sede (de una ley civil a una procesal) del procedimiento de ejecución hipotecaria, los especialistas en el Derecho sustantivo (civilistas e hipotecaristas) deberían haber tenido una mayor intervención.

Por ello es necesario tomar conciencia del peligro de que después de la reforma, y a resultas de su influencia, la ejecución hipotecaria pueda quedar en gran medida relegada a un capítulo dentro de un manual de Derecho Procesal. Frente a este posible riesgo —derivado de la extraordinaria fuerza que tiene la distribución de materias que se realiza en el *BOE* para conformar los estudios universitarios y la práctica profesional—, es conveniente indicar, sin acritud, que la realización del derecho de hipoteca atañe primordialmente al Derecho sustantivo y debe seguir siendo estudiada como una parte esencial del Derecho Civil-Hipotecario, sin perjuicio de que, además, y como hasta ahora, reciba un tratamiento específico dentro del Derecho Procesal, concretado a los aspectos que conciernen a esta rama del Derecho. *Civilistas e hipotecaristas deben, pues, seguir asumiendo el más alto grado de protagonismo en la interpretación de las nuevas normas*, que, no por estar dentro de

(4) Así, por ejemplo, el derecho a la tutela judicial efectiva (o interdicción de la indefensión) entiendo que es, ante todo, un derecho *sustantivo* que, como todo derecho sustantivo, debe disponer de unos *cauces procedimentales* de realización y protección. ¿Y quién debe determinar cuáles son esos cauces y si son o no suficientes para garantizar el derecho y proscribir la indefensión? Sin duda, no sólo el Derecho procesal y los especialistas en las técnicas procesales. En este sentido, la decisión, tomada en su día por el TC, de si el procedimiento del artículo 131 LH era o no constitucional, según produjera o no indefensión en el ejecutado ¿era una decisión simplemente procesal o más bien sustantiva?

Existen otros muchos temas a caballo entre el Derecho Procesal y el Sustantivo o incluso cuestiones claramente materiales reguladas en leyes procesales: la acción reivindicatoria, los privilegios crediticios, la valoración de la prueba documental, la determinación de los bienes inembargables (muy ligada al principio de la responsabilidad patrimonial universal), etc. Es cierto que algunas de estas materias no pertenecen a una rama sustantiva en concreto, sino a todas, y quizá por ello tradicionalmente ha parecido conveniente regularlas en leyes procesales.

una ley formalmente procesal, dejan de ser normas hipotecarias. Y su aportación, como especialistas en el derecho de hipoteca, debe ser de gran utilidad en la definición de esas cuestiones, al menos fronterizas entre el derecho procesal y el sustantivo, y, también, debe constituir un beneficioso contrapunto frente al predominio de una visión excesivamente procesalista de la ejecución hipotecaria.

En este sentido, resulta curioso constatar que de los cuatro grandes estudios que se han publicado en los últimos años sobre el procedimiento del artículo 131 LH, sólo uno ha sido escrito por un procesalista (*El procedimiento judicial sumario del art. 131 LH*, de JUAN MONTERO AROCA). De los otros tres han sido autores un registrador de la propiedad (*El procedimiento judicial sumario de ejecución de hipoteca*, de JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA), un profesor titular de Derecho civil de la Universidad de Barcelona (*El procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria*, de ANTONIO MONSERRAT VALERO), y un abogado que fue de La Caixa, recientemente fallecido, y muy conocido por su defensa apasionada (y a veces ciega, como corresponde a toda pasión) de la hipoteca y de sus especiales procedimientos de ejecución, lo que le llevó hasta el último momento a oponerse a la supresión del artículo 131 LH y al anteproyecto de LEC (que de hecho en este punto fue sensiblemente corregido), sin perjuicio de propugnar, a la vez, ciertas mejoras en la ejecución hipotecaria (*Procedimiento judicial sumario del art. 131 LH*, de JOSÉ LÓPEZ LIZ) (5).

En concreto, y centrándome ya en el tema que nos ocupa, creo que es conveniente reconocer que *la determinación de las causas de oposición a la ejecución de un crédito hipotecario corresponde primordialmente al Derecho sustantivo encargado de regular la materia hipotecaria, y a los especialistas en esta disciplina*. Así lo entiende además la propia LEC en relación con un proceso, a estos efectos similar, como es el juicio cambiario, donde el artículo 824.2 se limita a decir que «el deudor cambiario podrá oponer al tenedor de la letra, el cheque o el pagaré todas las causas o motivos de oposición previstos en el artículo 67 de la ley cambiaria y del cheque». En consecuencia, en la determinación de estas causas han tenido y tendrán los mercantilistas el papel más destacado.

Del mismo modo, en la ejecución hipotecaria, *corresponde al Derecho Hipotecario la determinación de las causas de oposición por motivos de fondo*, que pueden ser alegadas frente a la petición del acreedor de que se pongan en marcha las previsiones naturales propias del contrato de hipoteca

(5) Terminado este trabajo encuentro en el mercado el primer libro que posiblemente sea fruto del cambio de sede de regulación de la ejecución hipotecaria: *La ejecución de la garantía hipotecaria sobre bienes inmuebles. Su tratamiento legal en la nueva LEC*, del profesor de Derecho Procesal FERNANDO MARTÍN DÍZ. Granada, 2000.

para el caso de impago de la obligación garantizada, y que serán parcialmente diferentes según cuál sea la naturaleza de esa obligación y, en consecuencia, el tipo hipotecario de cuya realización se trate. Y *asimismo, en relación con la oposición por motivos procesales, corresponde al Derecho Hipotecario la determinación de los requisitos mínimos que deben ser cumplidos y de las personas que han de ser tenidas en cuenta para que no se produzca indefensión*. La cuestión, por ejemplo, de si ha de ser o no demandado o requerido de pago un titular extrarregistral, más o menos aparente, cuando existe otro titular registral, y de las consecuencias que se derivan de seguir una u otra opción, parece que debe ser objeto de una decisión material más que de una disposición rituarial.

LA NUEVA REGULACION QUE INTRODUCE LA LEC 2000

A) REGULACIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA: DISTINTOS PROCEDIMIENTOS Y REGULACIÓN DEL PROCEDIMIENTO ESPECIAL SUMARIO

En la nueva LEC, el procedimiento especial sumario de ejecución hipotecaria se encuentra regulado en los artículos 681 y siguientes (reglas particulares), y, en cuanto sean aplicables —por constituir disposiciones generales no sustituidas o incompatibles con las reglas particulares, y no ser incompatibles con la ejecución hipotecaria—, por los artículos 517 a 522, 538 y siguientes (Disposiciones generales a toda ejecución), 571 y siguientes (De la ejecución ordinaria, sobre todo Cap. I y IV), otros artículos relacionados, como los 225 y siguientes (sobre actuaciones), y, en fin, cualquier otra norma relativa a la ejecución que la doctrina o la práctica vaya considerando aplicable. Hay que tener en cuenta, además, los artículos de la LH aplicables a la ejecución como son los 129 a 135, completamente modificados por la nueva LEC, y 153 y siguientes, entre otros, que no han sido expresamente afectados por la reforma procesal.

Por tanto, al menos a primera vista, parece que estamos ante una regulación *compleja y difícil de desentrañar, de descubrir o de averiguar* en una materia que, en mi opinión, por sus especiales características y por su importancia práctica y su especificidad económica y jurídica habría requerido una regulación específica completa, o casi completa, con claras remisiones puntuales en temas concretos (como podría ser el desarrollo de la subasta). En este sentido, y de acuerdo con una filosofía tan bienintencionada como discutible, la ley ha tratado de reducir drásticamente el número de procesos especiales y de unificar, también de modo tajante, los diversos procesos de ejecución hasta ahora existentes. Pero, por impulso de la realidad o del pragmatismo, muchos de los procesos especiales que la ley echa por la puerta, la

propia ley los reintroduce por la ventana, para regularlos, con frecuencia, de forma más desordenada y oscura (6).

También, por respeto a la tradición, y sobre todo, al modo en como se imbrican en la hipoteca las cuestiones sustantivas con las procesales, y al hecho de que ni siquiera es preciso acudir a un procedimiento judicial para su ejecución (puesto que cabe la ejecución ante Notario), *creo que hubiera sido conveniente que esta regulación completa y específica, todo lo removida que se quiera, se hubiera conservado en la LH*, porque el Registro de la Propiedad es el punto de unión entre el derecho de hipoteca y su realización y los derechos de todos los restantes interesados en una ejecución hipotecaria.

A la vista de la nueva regulación, cabe preguntarse si todavía puede decirse que, aparte de la posibilidad de acudir al procedimiento declarativo o al extrajudicial, la hipoteca puede ejecutarse a través de dos procedimientos ejecutivos distintos: uno ordinario y otro sumario (en el sentido de más rápido y simple, ya que ambos carecen de los plenos efectos de la cosa juzgada). En principio parece que es así, pero, en mi opinión, aunque no se den los presupuestos que establece el artículo 682.2 LEC para acudir al procedimiento especial —y a salvo la necesidad de suplir la ausencia de las previsiones a que se refiere el art. 682.2—, no veo porqué no se han de aplicar las reglas particulares del Capítulo V a toda ejecución hipotecaria, y en concreto, *por qué no han de ser las mismas las causas de oposición* a la ejecución. Opinión que, además, puede fundarse en el artículo 579 LEC, que dice que cuando la ejecución se dirija exclusivamente contra bienes hipotecados en garantía de una deuda dineraria se estará a lo dispuesto en los artículos 681 y siguientes; y que añade que «si, subastados los bienes hipotecados o pignorados, su producto fuera insuficiente para cubrir el crédito, el ejecutante podrá pedir el embargo por la cantidad que falte y la ejecución proseguirá con arreglo a las normas ordinarias aplicables a toda ejecución», de donde se deduce que hasta

(6) Con relación a los llamados procesos sumarios, dice VICENTE GIMENO SENDRA que en su bien intencionado propósito de simplificar la ordenación procesal civil y reducir al mínimo el número de procesos «especiales», la LEC ha eliminado la regulación específica de muchos de estos procesos reconduciéndolos a un juicio verbal común en el que, sin embargo, reaparecen aquí y allá como especialidades cuando la singularidad de su objeto hace necesario un tratamiento legal específico, como en un Guadiana incontenible. El resultado de la unificación es una fusión —o confusión— de materia litigiosa singular con la menor cuantía del valor del objeto litigioso, en un juicio verbal único en su tramitación pero distinto en sus presupuestos procesales y efectos. De este *totus revolutus* hay que volver a separar los once tipos procesales incluidos en el artículo 250.1 LEC y examinarlos separadamente. GIMENO SENDRA y otros, *Derecho Procesal Civil*, parte especial, pág. 26, Madrid, 2000.

Es justo añadir que en otros casos, como en la regulación de las medidas cautelares, la LEC ha hecho una labor de sistematización y unificación prácticamente impecable.

entonces la ejecución hipotecaria no se sigue con arreglo a las normas de la ejecución ordinaria (7).

Ahora bien, teniendo en cuenta que los requisitos del artículo 682.2 son cláusula de estilo en el 100 por 100 de las hipotecas, lo que hay que preguntarse más bien, desde un punto de vista práctico, es si puede tener alguna utilidad para el acreedor acudir a la ejecución ordinaria en vez de a la hipotecaria sumaria de los artículos 681 y siguientes. ¿Cabe en la ejecución ordinaria acumular pretensiones, o reclamar mayor cantidad de la garantizada por la hipoteca? ¿Sería, en este caso, lógico admitir todas las causas de oposición admitidas en la ejecución ordinaria? Son preguntas que quedan para otra ocasión.

B) ¿EN QUÉ HA CAMBIADO LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA EN LA NUEVA LEC
CON RESPECTO AL JUDICIAL SUMARIO DE LOS ARTÍCULOS 131 Y 132 LH?

En pocas palabras creo que puede afirmarse que la nueva regulación *supera técnicamente a la anterior* —como cabe esperar de una ley mucho más moderna—, *concreta y amplía* —en general, en una justa medida—, *las posibilidades de defensa del ejecutado* (aunque es posible que una correcta interpretación de la LH derogada nos condujera a resultados bastante parecidos a los de la nueva LEC), y constituye, en el fondo, una mejor regulación de la ejecución hipotecaria. Pero, desde el punto de vista sistemático y formal, *complica o propicia la complicación extraordinaria de la regulación del procedimiento al tener que jugar con normas específicas de la ejecución hipotecaria y con normas comunes a la ejecución ordinaria*, que podrían ser todas aquellas que no hayan sido tácitamente sustituidas o sean incompatibles con las específicas: la determinación de esta sustitución o incompatibilidad dista mucho de ser una tarea sencilla (ocurre algo similar como con la derogación tácita de las normas jurídicas). Nos encontramos, pues, ante un régimen jurídico perfeccionado y más técnico, pero a la vez más complejo y confuso, frente al régimen de artículo casi único del sistema de la LH. Es, pues, una tarea prioritaria, a través de una prudente y serena labor de interpretación y depuración, impedir que esta maraña normativa neutralice las indudables ventajas de la nueva regulación, e incluso nos retrotraiga a un proceso más lento y tedioso, en contra de la letra y el espíritu de la reforma procesal.

(7) En contra de esta postura parece MONTERO AROCA, *El nuevo Proceso civil*, Valencia, 2000, pág. 879, que dice que, a pesar de lo dispuesto en el artículo 579, el proceso especial de ejecución sólo es posible si concurren los presupuestos del artículo 682. No concurriendo éstos, la ejecución de la hipoteca se realizará por el proceso ejecutivo común.

En esta labor de interpretación y aclaración del flamante régimen de ejecución hipotecaria hay que tomar como punto de inspiración el hecho de que la nueva LEC no ha pretendido cambiar sensiblemente el procedimiento sumario de ejecución hipotecaria del anterior artículo 131 LH, ni el régimen de oposición a la ejecución del artículo 132 LH, sino sólo, y no es poco, colmar sus deficiencias. Y así lo expresa claramente su EM diciendo que en punto a las particularidades de la ejecución sobre bienes hipotecados *«se mantiene, en lo sustancial, el régimen precedente de la ejecución hipotecaria, caracterizado por la drástica limitación de las causas de oposición del deudor a la ejecución y de los supuestos de suspensión de ésta. El Tribunal Constitucional ha declarado reiteradamente que este régimen no vulnera la Constitución e introducir cambios sustanciales en el mismo podría alterar gravemente el mercado del crédito hipotecario, lo que no parece en absoluto aconsejable»*.

De aquí se deduce, además, que las causas de oposición a la ejecución constituyen, sin duda, una de las claves del sentido de la nueva regulación.

C) IMPORTANCIA EN LA EJECUCIÓN DE LAS CAUSAS DE OPOSICIÓN
Y DE LAS POSIBILIDADES DE SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO

La eficacia de un procedimiento ejecutivo depende, en gran medida, de la amplitud con que el ejecutado pueda oponerse a la ejecución. La vida judicial nos enseña que, al igual que la tostada siempre cae del lado de la mantequilla, la sustanciación de los procesos siempre se atasca en las fases de recursos y alegaciones de oposición, sobre todo de naturaleza formal o procesal. Y la experiencia nos demuestra que en muchos casos quien interpone los recursos, o se opone a una demanda o a una ejecución, no lo hace con otro fin que el de impedir la efectividad de los derechos sustantivos, o incluso que recurre por sistema (8). No se trata por tanto de ejercitar el derecho a oponerse justamente, sino de actuar la injusta posibilidad de obstaculizar la ejecución: La eficacia de un procedimiento ejecutivo depende, pues, en gran medida, de la amplitud con que el ejecutado pueda obstaculizar injustamente la ejecución.

Desde otro punto de vista, la extensión y el contenido de las causas de oposición nos indican *hasta dónde llega la contradicción y qué es lo que puede ser discutido* en el procedimiento. De este modo, las causas en las que el ejecutado puede fundar su oposición a la ejecución *constituyen una de las claves del procedimiento ejecutivo y determinan su naturaleza*, más o menos sumaria, y en consecuencia su rapidez y su eficacia.

(8) Viciosa práctica que, en el ámbito administrativo, ha llegado a estar institucionalizada.

— Voy a concretarme a continuación a examinar la posible oposición del ejecutado dentro del procedimiento especial o sumario de ejecución hipotecaria a que se refieren los artículos 681 y siguientes LEC, que será, sin duda, el más utilizado en la práctica. Las causas de oposición en este proceso son en principio las establecidas en los artículos 695 y siguientes LEC, pero enseguida veremos que estas causas de oposición no son, probablemente, las únicas que puede alegar el ejecutado.

Así pues, a continuación examinaré brevemente los siguientes temas:

1. La oposición a la ejecución por motivos de fondo (art. 695 LEC).
2. En especial, la oposición a la ejecución de las hipotecas en garantía del saldo de una cuenta entre ejecutante y ejecutado.
3. En especial, el pago de la obligación garantizada como motivo de terminación de la ejecución.
4. Suspensión y terminación de la ejecución por la interposición de tercerías de dominio (art. 696 LEC).
5. Suspensión de la ejecución por prejudicialidad penal (art. 697 LEC).
6. La oposición por defectos procesales y por irregularidades del procedimiento (arts. 559 y 562 LEC).
7. La remisión al juicio declarativo que corresponda y los efectos de este juicio sobre el procedimiento sumario de ejecución (art. 698 LEC).
8. La nulidad de actuaciones y sus efectos sobre la ejecución consumada.

I. OPOSICION A LA EJECUCION POR MOTIVOS DE FONDO

La nueva LEC distingue claramente entre la oposición a la ejecución por motivos materiales o de fondo, la tercería de dominio y la suspensión de la ejecución por prejudicialidad penal, así que todas ellas las veremos separadamente.

En cuanto a las causas de oposición a la ejecución por motivos materiales o de fondo, la norma fundamental es el artículo 695, que voy a examinar distinguiendo según que la hipoteca esté constituida en garantía de un préstamo ordinario o en garantía del saldo de una cuenta (9).

(9) Aunque creo que lo que se ejecuta es el crédito hipotecario, hablaré indistintamente, como se hace en la práctica, de ejecución del crédito o de ejecución de la hipoteca, salvo que exista relevancia en la distinción.

I.1. CAUSAS DE OPOSICIÓN: EL SISTEMA DE TASACIÓN ESTRUCTA

Comienza diciendo el artículo 695.1 que: «En los procedimientos a que se refiere este capítulo (De las particulares de la ejecución sobre bienes hipotecados) *sólo se admitirá la oposición del ejecutado* cuando se funde en las siguientes causas:

1.^a *Extinción de la garantía o de la obligación garantizada*, siempre que se presente certificación del Registro expresiva de la cancelación de la hipoteca o, en su caso, de la prenda sin desplazamiento, o escritura pública de carta de pago o de cancelación de la garantía.

2.^a *Error en la determinación de la cantidad exigible, cuando la deuda garantizada sea el saldo que arroje el cierre de una cuenta entre ejecutante y ejecutado*. El ejecutado deberá acompañar su ejemplar de la libreta en la que consten los asientos de la cuenta y sólo se admitirá la oposición cuando el saldo que arroje dicha libreta sea distinto del que resulte de la presentada por el ejecutante. No será necesario acompañar libreta cuando el procedimiento se refiera al saldo resultante del cierre de cuentas corrientes u operaciones similares derivadas de contratos mercantiles otorgados por entidades de crédito, ahorro o financiación en los que se hubiere convenido que la cantidad exigible en caso de ejecución será la especificada en *certificación expedida por la entidad acreedora*, pero el ejecutado *deberá expresar con la debida precisión los puntos en que discrepe de la liquidación efectuada por la entidad*.

Limitación de las posibilidades de oposición a la ejecución. La frase, «*sólo se admitirá la oposición del ejecutado* cuando se funde en las siguientes causas», está indicando claramente que no son aplicables al procedimiento especial de ejecución hipotecaria las causas de oposición previstas para la ejecución ordinaria en los artículos 556 y siguientes de la propia LEC. Es decir, que no caben en este procedimiento más causas de oposición que las establecidas en el artículo 695 y, lógicamente, siempre que la oposición se articule en las condiciones previstas en el propio artículo.

No obstante, no está claro que en la ejecución hipotecaria sumaria sólo se admitan las causas de oposición que recoge este artículo (como veremos al tratar de las causas de oposición por defectos procesales), y tampoco está claro el alcance de esta drástica limitación de la oposición (como veremos al tratar el efecto que pueden tener sobre el proceso de ejecución las reclamaciones a que se refiere el art. 698 LEC).

I.2. LA EXTINCIÓN DE LA GARANTÍA O DE LA OBLIGACIÓN GARANTIZADA

La primera causa de oposición es la *extinción de la garantía o de la obligación garantizada*. Y en esta disposición se observan, a primera vista,

dos importantes diferencias con relación a la regulación anterior del artículo 132 LH: La primera es que no habla de cancelación de la hipoteca, sino de *extinción de la garantía*. Y la segunda es que la nueva LEC habla, como causa de oposición a la ejecución, de la *extinción de la obligación garantizada*, y no de la cancelación de la hipoteca misma.

A) *La extinción de la garantía*

Respecto al uso de la expresión *extinción de la garantía*, en lugar de cancelación de la hipoteca, parece que no significa más que una precisión técnica, porque a continuación exige, para que esta causa de oposición pueda ser tenida en cuenta, que se presente *certificación del Registro expresiva de la cancelación de la hipoteca..., o escritura pública... de cancelación de la garantía*. Es decir, lo mismo que hasta ahora viene exigiendo el artículo 132 LH, con la única salvedad, absolutamente irrelevante en lo fundamental, de que la LEC 2000 no exige que la escritura pública de cancelación de la hipoteca lleve la nota de presentación en alguno de los Registros en donde se haya de tomar razón de ella. En este punto, quizá fuera preferible la redacción anterior de la LH, que responde mejor al principio de que, aunque la inscripción es voluntaria, nadie debe poder reclamar en base a un derecho no inscrito sin instar a su vez la concordancia del Registro con la realidad extrarregistral: el conato de ejecución y otras posibilidades indeseables no deben poder volver a repetirse.

Esta causa de oposición responderá normalmente a un error de la entidad ejecutante y debe ser muy rara en la práctica. En los casos excepcionales en que se produzca este supuesto además, ni siquiera hará falta, por lo general, que el deudor acuda al Juez a formular la oposición, porque bastará que ponga el hecho en conocimiento de la entidad prestamista para que ella misma se encargue inmediatamente de paralizar y dar por terminado el procedimiento.

B) *La certificación del Registro expresiva de la cancelación de la hipoteca*

La referencia a que se presente *certificación del Registro expresiva de la cancelación de la hipoteca* como fundamento de la oposición a la ejecución merece alguna aclaración.

a) Los artículos 688.2 LEC y 131 LH

Al igual que sucede en el régimen actual, si en el momento de expedirse la certificación registral de cargas a que se refiere el nuevo artículo 688 LEC,

la hipoteca ya está cancelada, la ejecución no continuará (art. 688.3). Pero si no lo está, tiene establecido la DGRN, para el régimen de la LH anterior a la reforma, que después de haberse expedido la certificación y hecha constar por nota marginal la existencia del procedimiento ejecutivo, la hipoteca ya no podrá ser cancelada en el Registro si no es dentro del procedimiento, por mandato del Juez que solicitó la certificación (RR DGR 24/1/91 y 16/9/92) (10). De modo que, de acuerdo con esta doctrina de la DGR, en principio y a reserva de lo que enseguida veremos, *la presentación de certificación del Registro, expresiva de la cancelación de la hipoteca, es un supuesto imposible* (11).

La nueva LEC 2000 convierte en norma esta doctrina de la DGR, disponiendo en el artículo 688.2 que en tanto no se cancele por mandamiento judicial la nota marginal por la que se haga constar la existencia del procedimiento ejecutivo, el Registrador no podrá cancelar la hipoteca por causas distintas de la propia ejecución. Y en parecido sentido dispone el nuevo artículo 131 *in fine* LH, en su redacción dada por la LEC, que no se podrá inscribir la escritura de carta de pago de la hipoteca mientras no se haya cancelado previamente la nota marginal de expedición de certificación de cargas, mediante mandamiento judicial al efecto. Dada esta rotunda regulación, cabe pensar que no se comprende que el artículo 695 LEC siga previendo la posibilidad de que se presente certificación del Registro expresiva de la cancelación de la hipoteca.

Pero si nos fijamos un poco nos damos cuenta que los artículos 688.2 LEC y 131 *in fine* LH, en su redacción dada por la LEC 2000, no dicen lo mismo, sino que incomprensiblemente establecen cosas diferentes y, en cierta medida, contradictorias. El artículo 688.2 LEC dispone imperativamente que en tanto no se cancele por mandamiento judicial la nota marginal por la que se haga constar la existencia del procedimiento ejecutivo, el Registrador no podrá cancelar la hipoteca *por causas distintas de la propia ejecución*. Mientras que el artículo 131 LH se limita a decir que *no se podrá inscribir la escritura de carta de pago de la hipoteca* mientras no se haya cancelado previamente la nota marginal de expedición de certificación de cargas, me-

(10) Es de observar que la primera de estas resoluciones se refería a un supuesto complejo de embargo del crédito hipotecario, y que la segunda contempla el caso más típico de cancelación de la hipoteca mediante escritura de carta de pago otorgada por el acreedor. Un comentario al problema que plantean estas resoluciones, en relación con el tema que nos ocupa, puede verse en mi trabajo «Embargo y adjudicación del crédito hipotecario: la RDGR de 24 de abril de 1991», publicado en el libro homenaje a Juan Manuel Rey Portolés por el CER del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1998.

(11) La ejecución hipotecaria extrajudicial tiene una regulación diferente y específica en los artículos 236-b.3 y 236-ñ.1 RH.

diente mandamiento judicial al efecto (12). De modo que la norma hipotecaria se concreta a impedir la inscripción de la escritura de carta de pago otorgada precisamente por el acreedor ejecutante, cuya primera obligación, una vez su derecho ha sido satisfecho, es dar por finalizado el procedimiento de ejecución, y hacerlo constar así en el Registro mediante la cancelación de la nota marginal que advierte de su existencia. *Pero no impide que la hipoteca pueda ser cancelada por virtud de otras causas*, y singularmente por la purga de gravámenes derivada de una ejecución preferente, aunque se trate de causas distintas de la propia ejecución a que se refiere el artículo 688.2 LEC (13).

En este sentido el artículo 131 LH es mucho más acertado y debe condicionar la interpretación de la expresión demasiado genérica que utiliza el artículo 688.2 LEC, porque no cabe duda de que la existencia de la nota registral que indica la existencia de una ejecución hipotecaria *no puede afectar al derecho de terceros, preferentes y completamente ajenos al procedimiento publicado, a obtener la inmediata cancelación de las cargas extinguidas que gravan registralmente su titularidad*. Y porque la LEC ha previsto que, por virtud de una ejecución anterior sean canceladas las cargas posteriores (arts. 674.2 y 692.3), pero no ha previsto el sobreseimiento automático de los procedimientos de ejecución a que esas cargas hayan podido dar lugar.

b) El sobreseimiento automático de la ejecución hipotecaria

Un modo de obtener el archivo de un procedimiento que ha quedado sin objeto sería precisamente la presentación de certificación registral expresiva de la cancelación de la carga a que el procedimiento se refiere, con lo que el artículo 695.1.1.^a dejaría de ser una norma sin sentido, aunque, eso sí, a costa entonces de contradecir lo dispuesto en el artículo 688.2. Pero realmente no creo que los terceros preferentes deban preocuparse de que se archive o no un procedimiento que no les afecta, de modo que es preferible entender que, aunque la LEC no lo diga expresamente, la purga de cargas y gravámenes posteriores (14) es una causa automática de extinción de los correspondientes procedimientos de ejecución de las cargas afectadas, y que es necesario arbi-

(12) Obviamente, hay aquí un pequeño defecto técnico y la norma se refiere a la escritura de carta de pago *de la obligación garantizada* con la hipoteca.

(13) Parece ser de la misma opinión FERNANDO CURIEL LORENTE, en «Ley de Enjuiciamiento Civil: Referencia y breve comentario de las modificaciones de la legislación hipotecaria», en *BCNR*, núm. 56, pág. 19.

(14) O, en general, el ejercicio de un derecho preferente de acuerdo con los pronunciamientos registrales (como puede ser un derecho de opción de compra anterior a la hipoteca que se ejecuta).

trar un sistema para que los órganos ejecutantes tengan conocimiento del cambio registral operado y no continúen con la tramitación del procedimiento extinguido. Este sistema puede deducirse del nuevo artículo 135 LH, que dice que «el Registrador deberá comunicar al Juez ante quien se sustancie un procedimiento ejecutivo, incluso cuando recaiga directamente sobre bienes hipotecados, la extensión de ulteriores asientos que puedan afectar a la ejecución».

Lo que ocurre es que esta norma es una isla dentro del mar que supone la regulación del procedimiento de ejecución, porque no se apoya en una norma que previamente establezca expresamente la extinción automática de los procedimientos de ejecución cuya constancia registral sea cancelada, ni tiene continuación en otra que determine qué es lo que tiene que hacer el Juez que reciba la referida comunicación. Pero, en mi opinión, estas dos normas están implícitas en el sistema. Así, en primer lugar, *la cancelación registral de las cargas y gravámenes posteriores, al menos tratándose de hipotecas, supone que han quedado extinguidas en la realidad extrarregistral*, y que, por consiguiente, ni podrán ser ejecutadas en el futuro, ni puede continuar la ejecución que actualmente pueda estar en marcha.

En este sentido, llama la atención que el artículo 135 LH advierta que el Registrador deberá hacer la comunicación, «incluso cuando recaiga directamente sobre bienes hipotecados», porque creo que el problema se plantea precisamente, por el contrario, cuando se trata de procedimientos de ejecución ordinarios basados en un embargo anotado preventivamente en el Registro (ya que no suele haber hipotecas segundas o posteriores a un anotación de embargo) (15). En estos casos existe una errada doctrina sobre la innecesariedad de practicar la anotación registral del embargo, que ahora intentará verse consagrada y afianzada con base en la engañosa redacción del artículo 629.1 LEC, cuya crítica he de dejar para otra ocasión. Basta decir que, en mi opinión, la anotación registral del embargo es un trámite obligatorio y necesario del procedimiento de ejecución inmobiliaria, y que la cancelación de la anotación, incluso por caducidad, debe determinar la paralización automática del procedimiento. Ello sin perjuicio de comprender que, a toro pasado, consumada irregularmente una ejecución sin que haya surgido ningún tercero que pueda echar al traste todo lo actuado, el TS no tenga más remedio que declarar, por razones prácticas y económicas perfectamente atendibles, pero que formalmente no pueden servir de único fundamento para el fallo, que la ejecución es válida (lo que es razonable) y que la anotación registral no tiene carácter constitutivo (lo que parece indiscutible, pero sin mayor trascendencia).

(15) Sin duda la frase sólo tiene una explicación histórica, en cuanto este artículo amplía en este punto lo que antes disponía el artículo 1435 de la LEC anterior.

En segundo lugar, y de acuerdo con lo anterior, lo que tiene que hacer el Juez que reciba una comunicación registral fehaciente de que la constancia registral en que se basa el procedimiento ejecutivo de que se trate ha sido cancelada es, lógicamente, *archivar las actuaciones* (16). ¿Qué otro sentido puede tener una comunicación que acredita que la hipoteca *ejecutada*, valga la expresión, ha sido cancelada? De esta forma el Registro de la Propiedad trasciende su carácter de institución limitada a la seguridad de los derechos reales, y alcanza su pleno significado *como instrumento general de ordenación de los créditos en ejecución*. Pero para ello es necesario que la comunicación a que se refiere el artículo 135 LH no sea una simple carta, sino una comunicación fehaciente que podría ser realizada, una vez se establezca la coordinación entre el Registro de la Propiedad y los Juzgados, por correo electrónico con firma electrónica avanzada.

En todo caso, resta insistir en que, tratándose de una ejecución hipotecaria, lo cierto es que es muy raro que pueda ser afectada por una ejecución anterior o por el ejercicio de un derecho preferente, porque las entidades bancarias no suelen constituir hipotecas sobre inmuebles —o mejor, sobre derechos— embargados o gravados con hipotecas anteriores o con derechos preferentes.

B) *La extinción de la obligación garantizada*

La segunda diferencia entre la regulación anterior y la de la LEC tiene mucha más enjundia, en cuanto la nueva LEC habla, como causa de oposición a la ejecución, de la extinción *de la obligación garantizada*, mientras que en la regulación de la LH parece que a la ejecución hipotecaria sólo puede oponerse la cancelación de la hipoteca misma, y no circunstancias relativas al crédito que se ejecuta, ni siquiera su extinción, que implica a su vez la extinción de la hipoteca que lo garantiza. Consecuente con esta innovación, la LEC permite que se presente, alternativamente, o bien la escritura de cancelación de la hipoteca, o bien simplemente la *escritura de carta de pago del crédito*.

En mi opinión, aparte del hecho de que es raro encontrar escrituras de carta de pago de préstamos hipotecarios que olviden especificar que cancelan la garantía, de modo que las que pueda haber serán seguramente producto de un error u omisión involuntaria, la nueva norma debe ser bienvenida y en nada altera el espíritu y eficacia del procedimiento de ejecución hipotecaria. Creo que la innovación, a la que es posible que alguien le quiera dar mayor resonancia, es simplemente formal y de mejora técnica. Yo siempre he pensado que las for-

(16) Bien sin más, o bien mediante resolución recurrible en reposición por los interesados, lo que podría prevenir algún error.

mas y las formalidades deben ser respetadas y rigurosamente exigidas en lo que valen, pero que no deben ser llevadas ni un milímetro más allá de su utilidad real, so pena de caer en la burocracia, el hastío, e incluso en la corrupción. Por eso he venido defendiendo, desde antes de la aprobación de la nueva LEC, apoyándome en el artículo 82, párrafo 2.º LH y en la doctrina de la RDGR de 30 de octubre de 1989, que la escritura de carta de pago de un préstamo hipotecario debería ser perfectamente aceptada por el Registrador como título hábil para cancelar la hipoteca que lo garantiza, aunque no exprese las palabras sacramentales de que el acreedor consiente la cancelación de la hipoteca, y a pesar de lo dispuesto en el desafortunado artículo 179 RH (que estimo superado) (17). Por el mismo motivo, pienso que un título así es equiparable a la escritura de cancelación de hipoteca a que se refiere el artículo 132 LH, y que, por consiguiente, la nueva LEC supone sin duda una mejora técnica, pero no implica ninguna modificación a lo que hasta ahora ha venido disponiendo el artículo 132 LH, debidamente interpretado.

Pero aunque esta interpretación que propongo no fuera compartida, tampoco puede afirmarse que la nueva regulación constituya un cambio sensible con respecto a la de la LH actual, o que introduzca la peligrosa posibilidad de que el ejecutado se oponga a la ejecución alegando circunstancias relativas a la obligación garantizada, que suspendan el procedimiento y deban ser discutidas en un incidente declarativo intercalado. Por el contrario, la nueva ley sigue diciendo en el artículo 698.1 esencialmente lo mismo que dice el artículo 132 LH, que «Cualquier reclamación que el deudor, el tercer poseedor y cualquier interesado puedan formular y *que no se halle comprendida en los artículos anteriores, incluso las que versen sobre nulidad del título o sobre el vencimiento, certeza, extinción o cuantía de la deuda*, se ventilarán en el juicio que corresponda, sin producir nunca el efecto de suspender ni entorpecer el procedimiento que se establece en el presente capítulo». De modo que *la única causa de oposición fundada en las vicisitudes de la obligación garantizada es la presentación de la escritura de carta de pago que acredite su extinción (por tanto, carta de pago total y sin reserva alguna)* (18),

(17) Así lo he mantenido en mi trabajo sobre la «Cesión y embargo de créditos hipotecarios», presentado y leído como tesina hace un par de años dentro del curso de Doctorado que realicé en la Facultad de Derecho de Valencia, pero aún no publicado. Naturalmente, estoy presuponiendo que el poder para otorgar carta de pago de la obligación garantizada implica necesariamente el poder para cancelar la garantía accesorio. Y naturalmente también, esta tesis no es aplicable a los supuestos más o menos discutibles en los que el pago de la obligación garantizada no permite la cancelación de la hipoteca, porque no hay una concreta obligación garantizada, como sucede en las llamadas hipotecas en garantía de crédito abierto o, en general, en las hipotecas globales o flotantes, proscritas por la DGRN.

(18) De los casos de ejecución de hipotecas pagaderas en varios plazos por falta de pago de alguno de ellos me ocupo después, al tratar el artículo 693 LEC.

y, quizá, la presentación de una escritura equiparable a la carta de pago, a la que enseguida me referiré.

Lo fundamental, según creo, es que se respete el principio de que el ejecutado *no puede obstaculizar la ejecución por causas que no acredita cumplidamente*. Y a su vez, por evidentes razones de justicia, que se reconozca al ejecutado el derecho a oponerse a la ejecución alegando cualquier circunstancia relativa a la obligación garantizada —que tenga virtualidad suficiente para paralizar la ejecución, requisito que se da en los supuestos de extinción de dicha obligación—, *que pueda probar de forma inconcusa*, y sin necesidad de interrumpir o dilatar el proceso, ni de originar un declarativo incidental. La admisión de la escritura de carta de pago como causa de oposición a la ejecución reúne y realiza ambos principios.

Por lo demás, también esta causa de oposición será muy rara en la práctica, ya que sólo puede obedecer, si no se trata de un título falso, a un error de la entidad ejecutante. Por tanto, tampoco aquí será normalmente necesario que el ejecutado tenga que molestarse en reclamar formalmente ante el tribunal competente, sino que, como antes dije, bastará que ponga el hecho en conocimiento de la entidad prestamista para que ella misma se encargue de paralizar y dar por terminado el procedimiento.

C) *Supuestos dudosos o especiales*

Finalmente existen algunos supuestos concretos a los que conviene hacer una breve referencia:

1. Presentación de *escritura de carta de pago que no tiene por objeto la cancelación de la hipoteca, sino la subrogación del pagador en los derechos del acreedor ejecutante*. Se trata del supuesto previsto en el artículo 659.3 LEC, que dice 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. Obviamente esta escritura no es título hábil para oponerse a la ejecución, sino para continuarla.

2. Presentación de *escrituras de extinción de la obligación garantizada distintas de la carta de pago, pero equiparables a ella* (renuncia al crédito garantizado, convenio específico de compensación, etc.). Probablemente, entrarían aquí «los pactos y transacciones que se hubieren convenido para evitar la ejecución, siempre que dichos pactos y transacciones consten en documento público», a que se refiere el artículo 556.1 como causa de oposición a la ejecución de un título judicial. Entiendo que estas escrituras podrían ser perfectamente consideradas como título apto para oponerse a la ejecución hipo-

tecara, y con ellas, en general, cualquier documento fehaciente *que determine directamente la extinción de la obligación garantizada y sea título hábil para cancelar la hipoteca inmediatamente*. No bastaría, sin embargo, la alegación de compensación de crédito líquido que resulte de documento que tenga fuerza ejecutiva (19), ni de las otras causas, no recogidas en el artículo 695, a que se refiere el artículo 557 LEC, aplicable a la ejecución ordinaria, pero no a la ejecución hipotecaria sumaria.

3. Presentación de los *recibos que entregan las entidades financieras* cada vez que se paga uno de los plazos de la hipoteca. Estos recibos son normalmente el único documento que recibe el deudor acreditativo de las cantidades que va amortizando, pero lo cierto es que se trata de un simple papel, que no suele ir firmado ni sellado por la entidad y que carece de fehaciencia (cualquiera los puede falsificar). Por consiguiente, y así resulta claramente de la LEC, el Juez no debe aceptarlos como causa de oposición. No obstante, en la práctica, no cabe duda de que cualquier Entidad de Crédito paralizará la ejecución inmediatamente en cuanto tenga conocimiento de la existencia de estos recibos y descubra su error (y si no lo hace incurrirá en responsabilidad) (20).

4. Presentación de *carta de pago en documento privado*. Parece evidente, y así resulta claramente del propio artículo 695.1.1.^a LEC, que el documento privado, como título no fehaciente, no tiene virtualidad para fundar una oposición a la ejecución hipotecaria. No obstante, y como ya he dicho, es muy raro que se pretenda la ejecución de una obligación hipotecaria extinguida y, en caso de error, lo normal es que el acreedor ejecutante desista del procedimiento sin necesidad de plantear oposición alguna dentro del proceso.

D) *La oposición por pluspetición*

Dispone el artículo 558.1 LEC, situado dentro del Título relativo a las disposiciones generales de la ejecución, que «la oposición, fundada exclusivamente en pluspetición o exceso, no suspenderá el curso de la ejecución, a no ser que el ejecutado ponga a disposición del tribunal, para su inmediata entrega al ejecutante, la cantidad que considere debida. Fuera de este caso, la ejecución con-

(19) No cabría pues alegar dentro de la ejecución una compensación legal, pero sí una compensación convencional. O, al menos, una compensación expresamente convenida para evitar la ejecución. De aquí se deduce que, aunque el Código Civil no las exceptúa, las obligaciones garantizadas con hipoteca no son compensables por la mera concurrencia de los requisitos legales que determinan la compensación.

(20) Obviamente, este régimen deja abierta la posibilidad, más o menos remota, de que un bien sea ejecutado injustamente, pero fácilmente se comprende que la seguridad jurídica absoluta no es posible, ni es deseable reconocer el derecho a exigirla.

tinuará su curso, pero el producto de la venta de bienes embargados, en lo que exceda de la cantidad reconocida como debida por el ejecutado, no se entregará al ejecutante mientras la oposición no haya sido resuelta».

¿Cabe oponerse a la ejecución hipotecaria, conforme a este artículo, alegando pluspetición? Creo que en la nueva LEC esta cuestión no está nada clara, del mismo modo en que no está clara la diferencia entre una ejecución hipotecaria especial o sumaria y otra ordinaria (también sumaria), pero parece que el artículo 558.1 LEC, a pesar de no implicar la suspensión de la ejecución, no es aplicable a la ejecución hipotecaria sumaria, ya que se trata de una causa de oposición no recogida en el artículo 695 LEC. Tradicionalmente, el crédito hipotecario se ejecuta de acuerdo con la cantidad que el acreedor, bajo su responsabilidad, afirma debida, dentro de los límites de lo establecido en el título ejecutivo y de lo consignado en el Registro —y sin perjuicio de lo especialmente dispuesto en el caso en que se reclamen intereses variables o el saldo de una cuenta—, sin que el deudor pueda oponerse a esta determinación si no es mediante la presentación de un título igualmente fehaciente. Por tanto, los únicos límites a la ejecución son que el acreedor no puede ejecutar por más cantidad que la que consta en la inscripción de la hipoteca, y que el deudor puede oponerse parcialmente a la ejecución presentando alguno de los documentos a que se refiere el artículo 695.1 LEC, como una escritura de carta de pago de parte de la deuda.

No obstante, y en cuanto no se trata propiamente de una causa de suspensión a la ejecución, sino de oposición al pago al ejecutante de la cantidad obtenida con la venta del bien ejecutado —lo que garantiza la utilización juiciosa del recurso—, lo cierto es que no creo que exista un inconveniente especial para aplicar este mismo sistema a la ejecución hipotecaria.

En el caso de que se trate de la ejecución de una hipoteca en garantía del saldo de una cuenta, hay que estar a lo dispuesto en el artículo 695.1.2.^a al que más adelante me refiero.

E) *La ejecución por intereses variables*

Por fin, en el caso más frecuente de que el crédito hipotecario devengue intereses variables, parece que serán de aplicación las normas generales sin excepción. Es decir, será de aplicación lo dispuesto en el artículo 574 LEC —al que se remite el art. 685.2—, lo dispuesto en la casi totalidad del 573 —por remisión del art. 574 (no del 685.2, cuya remisión se refiere a la ejecución por saldo de cuentas)—, y lo prescrito en el artículo 558.2 LEC. No obstante, algunas de las previsiones de estos artículos parecen inoportunas dentro de un procedimiento sumario de ejecución hipotecaria y quizá hubiera

sido preferible aplicar en este caso el sistema del artículo 153 LH y 695.1.2.^a, 2.3 y 4 (alegación de error y comparecencia ante el Juez).

I.3. SUSTANCIACIÓN DE LA OPOSICIÓN

Según el artículo 695.2: «Formulada la oposición a que se refiere el apartado anterior, *se suspenderá* la ejecución. El tribunal, mediante providencia, *convocará a las partes* a una comparecencia, debiendo mediar cuatro días desde la citación; oír a las partes, admitirá los documentos que se presenten y acordará en forma de auto lo que estime procedente dentro del segundo día». Este artículo, con relación a la causa 1.^a del artículo 695.1 —única a la que ahora me refiero—, no hace más que repetir lo dispuesto en el artículo 132 LH anterior a la reforma.

I.4. CONSECUENCIAS DE LA ESTIMACIÓN DE LA OPOSICIÓN

Dice el artículo 695.3: «El auto que estime la oposición basada en las causas 1.^a (y 3.^a) del apartado 1 de este artículo mandará sobreseer la ejecución; ...». De modo que si la oposición es estimada, la ejecución sumaria no continúa, sin perjuicio de que el ejecutante pueda intentar hacer valer el mismo título en un proceso declarativo.

I.5. RECURSO CONTRA EL SOBRESEIMIENTO DE LA EJECUCIÓN

Finalmente, dispone el artículo 695.4: «Contra el auto que ordene el sobreseimiento de la ejecución podrá interponerse recurso de apelación. Fuera de este caso, los autos que decidan la oposición a que se refiere este artículo no serán susceptibles de recurso alguno». Así pues, el recurso de apelación sólo podrá interponerse por el ejecutante y, al parecer, sólo contra el auto que ordene el sobreseimiento de la ejecución (21).

Existe aquí una importante diferencia entre la ejecución ordinaria y la ejecución hipotecaria especial o sumaria, puesto que, respecto del proceso de ejecución ordinario, dispone el artículo 561.3 que «contra el auto que resuelva la oposición podrá interponerse recurso de apelación, que no suspenderá el curso de la ejecución si la resolución recurrida fuera desestimatoria de la

(21) Esto último parece un poco extraño, aunque es justa contrapartida de la imposibilidad que tiene el ejecutado de plantear recurso alguno. Y esta imposibilidad puede obedecer a la intención de no multiplicar innecesariamente las actuaciones judiciales y de no inmiscuir a otro Juez en un proceso que desconoce.

oposición». De donde claramente se deduce que el recurso de apelación no sólo podrá interponerse por el ejecutante, sino también por el ejecutado, aunque sin efectos suspensivos de la ejecución.

II. LA OPOSICION A LA EJECUCION DE LAS HIPOTECAS EN GARANTIA DEL SALDO DE UNA CUENTA ENTRE EJECUTANTE Y EJECUTADO

La segunda causa de oposición a la ejecución por motivos de fondo, y última en el proceso de ejecución inmobiliaria (porque la tercera se refiere a la ejecución mobiliaria), es la alegación de *error en la determinación de la cantidad exigible, cuando la deuda garantizada sea el saldo que arroje el cierre de una cuenta entre ejecutante y ejecutado*.

Esta segunda causa de oposición se refiere a la ejecución de las llamadas hipotecas en garantía de una cuenta corriente de crédito y similares, reguladas hasta ahora únicamente —y de forma insuficiente—, por el artículo 153 LH, y concordantes del RH. A partir de ahora, la nueva LEC nos va a ofrecer además varios artículos candidatos a regular la ejecución de estas figuras.

II.1. RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE A LA EJECUCIÓN DE LAS HIPOTECAS EN GARANTÍA DEL SALDO DE UNA CUENTA: EL TÍTULO EJECUTIVO

De entrada, hay que advertir que la admisión de esta segunda causa de oposición del artículo 695 LEC confirma que es posible ejecutar los saldos de una cuenta por el procedimiento especial sumario de ejecución hipotecaria. Pero inmediatamente después hay que poner este artículo en relación con lo dispuesto en los artículos 572.2 y 573 LEC, que se refieren a la ejecución por saldo de operaciones y que están situados dentro de las disposiciones generales de la ejecución dineraria (22). El artículo 573, además, es aplicable al procedimiento sumario de ejecución hipotecaria por remisión expresa del artículo 685.2 (aunque, como después diré, yo creo que en la ejecución hipotecaria por entidades de crédito no es aplicable en su integridad). *El régimen jurídico resultante es bastante confuso*, como es la tónica de todo el sistema de ejecución especial instaurado por la nueva LEC, donde continuamente hay que jugar con dos clases de normas, las especiales y las generales que sean aplicables, y donde, por tanto, continuamente hay que preguntarse

(22) Se observa en estos y otros artículos que la LEC o da por hecha la fusión entre Corredores y Notarios, y distingue siempre entre las pólizas intervenidas y las escrituras públicas.

cuáles de estas normas generales de la ejecución ordinaria son aplicables a la ejecución especial y en qué medida.

En este caso además, la cuestión se complica aún más por el hecho de que el artículo 153 LH, que es el que regula la hipoteca en garantía de la apertura de una cuenta corriente de crédito (y, según entiendo, es aplicable por analogía a un gran número de supuestos similares) (23) continúa vigente y no ha sido expresamente derogado ni modificado por la nueva regulación procesal. En mi opinión, en una primera aproximación, creo que el artículo 153 LH debe estimarse vigente —puesto que no ha sido derogado—, en cuanto reconoce a las entidades financieras la posibilidad de ejecutar los saldos de cuentas *por certificación de la propia entidad, y de acuerdo con los requisitos ahora establecidos en la LEC*. Además, este privilegio establecido a favor de las entidades financieras por el artículo 153 LH se halla prácticamente reconocido en la nueva Ley procesal, al hablar de las causas de oposición, en el artículo 695.1.2.^a LEC, que se refiere a la ejecución del saldo resultante del cierre de cuentas corrientes u operaciones similares derivadas de contratos mercantiles otorgados por entidades de crédito, ahorro o financiación en los que se hubiere convenido que la cantidad exigible en caso de ejecución será la especificada en *certificación expedida por la entidad acreedora*. Es decir, se refiere muy directamente a la ejecución del tipo hipotecario regulado en el artículo 153 LH.

En este sentido, en las ejecuciones hipotecarias por entidades de crédito, en lo que se refiere al pacto de liquidación unilateral de la cantidad exigible, el artículo 153 LH va más allá de lo dispuesto en el artículo 572.2 LEC. El artículo 572.2 LEC sólo se refiere a la certificación del acreedor ejecutante, sea o no una entidad financiera, como medio de *acreditar la liquidez de la deuda*, y en este sentido coincide con el artículo 1.435 LEC anterior (declarado constitucional por las STC 10/2/92 y de 5/3/92); mientras que el artículo 153 LH atribuye, sólo a las entidades financieras, el privilegio —justificado por la garantía y seriedad de estas entidades— de *acreditar el saldo de la cuenta* (y no sólo la liquidez de la deuda) por certificación de la propia entidad, y sin perjuicio de que el ejecutado pueda alegar error o falsedad de la certificación. Por tanto, el artículo 572.2 LEC no es en realidad aplicable en este punto a las hipotecas constituidas a favor de entidades financieras (que son la gran mayoría), ya que su contenido resulta contradictorio, por superado, con lo dispuesto en el artículo 153 LH. Coincide, en cambio, con la

(23) El sistema de alegación de error, que se resuelve en una rápida convocatoria y audición de las partes (ahora regulado en la LEC), creo que es aplicable a una serie de hipotecas de seguridad o de cuantía indeterminada, permitiendo así la ejecución de estas hipotecas por el procedimiento especial (o incluso por el ejecutivo ordinario), así como la ejecución de hipotecas corrientes con obligaciones accesorias de seguridad (como la garantía por intereses de demora). Asimismo, de *lege ferenda*, me parece un sistema interesante para potenciar la ejecución hipotecaria extrajudicial.

norma del artículo 153 LH el artículo 695.1.2.^a, segundo párrafo LEC, que habla de que la cantidad exigible será *la expresada en la certificación* (mientras que el 572.2 habla de que la cantidad exigible será *la resultante de la liquidación* efectuada por el acreedor en la forma convenida). En el caso de los artículos 153 LH y 695 LEC hay acreditación del saldo y no simple operación de liquidación (24), y esto es importante a la hora de determinar hasta qué punto es aplicable el artículo 573 LEC a la ejecución hipotecaria.

Este artículo 573 LEC, por su parte, establece los documentos que han de acompañarse a la demanda ejecutiva por saldo de cuenta. Y entre ellos, el punto 1.2.^o exige el documento, además fehaciente (o sea, realizado por Notario o Corredor), que acredite haberse practicado la liquidación en la forma pactada por las partes en el título ejecutivo. Este requisito, que sin duda es un engorro, ya venía recogido por el artículo 1.435 de la LEC que se deroga, siempre que no se tratara de ejecuciones hipotecarias por entidades de crédito, respecto de las cuales se remitía a la LH, y fundamentalmente a su artículo 153. Pues bien, en el sistema de la nueva LEC creo que hay que entender que en este punto el sistema es el mismo que el anterior, y que la exigencia del artículo 573.1.2.^o no es aplicable a las ejecuciones hipotecarias por entidades de crédito, en la medida en que se opone a ese privilegio establecido en el artículo 153 LH y reconocido, al hablar de las causas de oposición, en el artículo 695.1.2.^a LEC. Y es que en el sistema del artículo 153 LH existe una certificación bancaria que *acredita el saldo de la cuenta* (y no sólo la liquidez de la deuda) —sin perjuicio de que el ejecutado se pueda oponer a la ejecución alegando error o falsedad de la certificación—, y no hay ningún pacto en que se convenga una forma determinada de practicar la liquidación, cuyo cumplimiento deba ser acreditado por medio del documento a que se refiere el artículo 573.1.2.^o LEC. Si de lo único que se trata es de certificar que la liquidación se ha practicado de acuerdo con la contabilidad del acreedor, y de que no existe ningún error de cuenta, esto es algo que puede y debe hacer la propia entidad, bajo su responsabilidad —y comprobar en su caso el órgano ejecutante—, sin perjuicio de que el deudor pueda oponerse a estas determinaciones alegando error.

Esta interpretación choca frontalmente con lo dispuesto en el artículo 685.2 que, con relación al procedimiento especial sumario de ejecución hipotecaria, exige acompañar a la demanda, y en su respectivo caso —demanda por saldo de cuenta—, los documentos a que se refiere el artículo 573, sin

(24) A pesar de que el 695 continúa diciendo que el ejecutado deberá expresar con precisión los puntos en que discrepe de la *liquidación* efectuada por la entidad: entiendo que la palabra liquidación no significa simplemente hacer que la deuda sea líquida. Por lo demás, parece que ésta debe ser una exigencia general, y no sólo para las hipotecas del 153 LH.

hacer excepción o distinción alguna. Pero lo que ocurre es que hay una contradicción entre el punto 1.2.º de este precepto y lo establecido en el citado artículo 695.1.2.ª LEC, en relación con el artículo 153 LH. Contradicción que, entiendo, puede resolverse sin mayor problema en la forma apuntada (que es, por lo demás, el sistema vigente hasta ahora) (25).

Por el contrario, el artículo 153 LH es más exigente que el artículo 573.1.3.º en cuanto a la forma que debe revestir el documento por el que se notifica al deudor la cantidad exigible, ya que según la LH esta notificación tiene que ser notarial o judicial, como enseguida veremos.

Los artículos 572.2 y 573 LEC, en cambio, parece que serán íntegramente aplicables al procedimiento especial de ejecución hipotecaria en el caso de que el acreedor ejecutante no sea una entidad de crédito, ahorro o financiación, es decir, en los casos en que no sean aplicables los artículos 153 LH y 695.1.2.ª LEC.

Por lo demás, en lo que se refiere a las materias reguladas por la LEC (sobre todo en su art. 695), y fundamentalmente en lo que se refiere a la sustanciación de la oposición, el artículo 153 LH ha quedado prácticamente derogado y sustituido, salvo quizá en algún punto relativo a la prejudicialidad penal, al que luego me referiré (querella por falsedad de la certificación).

II.2. LA NOTIFICACIÓN DE LA CANTIDAD EXIGIBLE Y LA PRECISIÓN DE LA OPOSICIÓN

¿Qué es lo que ha de notificarse? A pesar de lo dispuesto en el artículo 572.2, que sólo exige la notificación de la cantidad exigible resultante de la liquidación, parece que lo que ha de notificarse al deudor es el extracto de las partidas de cargo y abono a que se refiere el artículo 573.1 como documento que ha de acompañarse a la demanda. Y esta interpretación viene confirmada por el artículo 695.1.2.ª que introduce en su frase final la novedad de exigir que, para que el ejecutado se oponga a la ejecución por causa de error en la determinación de la cantidad exigible, no basta que haga un alegación genérica, sino que deberá *expresar, con la debida precisión, los puntos en que discrepe de la liquidación efectuada por la entidad*. Evidentemente el deudor sólo podrá realizar estas precisiones si le ha sido notificado el extracto de todas las partidas de la cuenta y no sólo el saldo final.

(25) Caben, por supuesto, otras interpretaciones, pero no deben ser admitidas aquellas que se funden exclusivamente en la literalidad del artículo 685.2, olvidando los artículos 153 LH y 695.1.2.ª LEC, que reconoce el pacto de que la cantidad exigible sea la especificada en certificación expedida por la entidad acreedora: ésta es precisamente la forma de liquidación pactada por las partes en el título ejecutivo y no hay ningún otro pacto cuyo cumplimiento deba ser acreditado por el documento fehaciente a que se refiere el artículo 573.1.2.º LEC.

La nueva redacción del artículo 695.1.2.^a *in fine* de la LEC es, sin duda, un acierto, porque no era lógico que el deudor pudiera oponerse a la ejecución alegando un genérico error, pero sin indicar dónde se encontraba ese error en concreto o a qué cantidad ascendía del total reclamado. Además, con esta exigencia siempre cabrá, en último término, y sin perjuicio de sobre quién recaiga la carga de la prueba en la comparecencia regulada en el artículo 695.2, continuar la ejecución por la cantidad expresamente aceptada como debida por el deudor (aplicando por analogía lo dispuesto en el art. 573.3 LEC, aunque yo pienso que el recurso a este artículo es innecesario). Pero también es justo reconocer que la nueva regulación, aparte de claridad, no introduce prácticamente ninguna novedad en el sistema, porque ya en el régimen del artículo 153 LH la DGR (res. 27/4/45 y 4/7/84) confirmó la *necesidad de notificar el extracto de la cuenta*, no bastando sólo con la notificación escueta del saldo (pues sólo el extracto permite al deudor comprobar todas las operaciones asentadas en la cuenta y, caso de error, llevar a efecto la oposición prevista en el art. 153 LH). Y es que, realmente, la mera notificación del saldo, no añadiría prácticamente nada al requisito del requerimiento de pago exigido en toda ejecución sumaria hipotecaria (art. 131.3.^a LH). Por su parte, un sector doctrinal, entre los que me encuentro (26), había defendido la necesidad de que el deudor no planteara una oposición genérica, sino que debía precisar los puntos de discrepancia con la liquidación practicada por el acreedor.

II.3. FORMA DE LA NOTIFICACIÓN Y REQUERIMIENTO DE PAGO

Ya hemos visto que el artículo 572.2 LEC sólo dice que el acreedor debe acreditar, sin precisar cómo, haber notificado previamente al deudor la cantidad exigible resultante de la liquidación. En el mismo sentido, el artículo 573.1.3.^o dispone que deberá acompañarse a la demanda ejecutiva por saldo de cuenta «el documento que acredite haberse notificado al deudor ... la cantidad exigible». Consecuentemente el profesor MONTERO, al hablar de la ejecución ordinaria (y no específicamente de la ejecución del tipo hipotecario previsto en el art. 153 LH), dice que este documento al que se refiere el artículo 573.1.3.^o no tiene que ser fehaciente, es decir, no tiene que ser público (27). Y desde luego, llama la atención que el propio artículo 573.1.2.^o exija documento fehaciente, y no lo haga en el número 3.^o

Pero esto precisa alguna aclaración. Ya en el régimen anterior, aún vigente, se advertía que en la ejecución de las hipotecas sujetas al artículo 153 LH

(26) En los cursos sobre Derecho de Hipotecas organizados en los últimos años por la Facultad de Derecho y el Decanato Autonómico de los Registradores de Valencia.

(27) MONTERO AROCA y otros, *El nuevo proceso civil*, Valencia, 2000, pág. 653.

por el procedimiento judicial sumario, la notificación al deudor del extracto de la cuenta exigida por este artículo se suma al requerimiento de pago exigido por el artículo 131 LH, y, en ambos casos, el trámite puede ser cumplido judicial o notarialmente. El sistema resultante es el siguiente (28):

a') Hay que entender que el requisito de la notificación del saldo no hace las veces de requerimiento de pago, sino que son requisitos acumulativos.

b') Ello no plantea ningún problema, porque se entiende habitualmente que ambos requisitos pueden ser cumplidos simultáneamente en el mismo acto. Así, lo normal en la práctica es que notificación del saldo y requerimiento de pago se efectúen conjuntamente por acta notarial. Notificación más requerimiento y forma notarial es probablemente el único método empleado en la práctica.

c') La notificación judicial del saldo de la cuenta queda como un supuesto residual que puede parecer absurdo si previamente se ha practicado el requerimiento notarial de pago a que se refiere la regla 3.^a del artículo 131 LH: De una parte, porque se puede aprovechar la misma acta para hacer la notificación del saldo; y de otra, porque no parece lógico hacer primero el requerimiento de pago del saldo de la cuenta, y notificar después el extracto de la cuenta al deudor para que pueda oponerse al saldo reclamado.

Creo que, por aplicación del artículo 153 LH —que continúa exigiendo que la notificación de la cantidad exigible sea judicial o notarial—, y por el hecho de que esta notificación debe ponerse en relación con el requerimiento de pago a que se refiere el artículo 686.1 LEC —y que, en todo caso, debe ser hecho notarial o judicialmente (arts. 686 y 581 LEC)—, no hay problema para interpretar que este sistema de notificación y requerimiento simultáneos, hechos por acta notarial, sigue siendo el más adecuado tras la entrada en vigor de la LEC 2000, que, como estamos viendo, en realidad no pretende introducir innovaciones en esta materia.

II.4. PERSONAS QUE HAN DE SER NOTIFICADAS Y PERSONAS QUE PUEDEN Oponerse A LA EJECUCIÓN: LA NOTIFICACIÓN AL FIADOR

A) *El régimen anterior a la LEC*

En el régimen actual del artículo 153 LH, antes de la entrada en vigor de la reforma procesal, se discute quiénes son las personas que deben ser noti-

(28) Vid. GARCÍA GARCÍA, *El procedimiento judicial sumario*, cit., pág. 145. Y RAFAEL AZPITARTE, *La escritura título ejecutivo*, Ponencia presentada en los Encuentros con la Judicatura del año 96.

ficadas en la ejecución hipotecaria (29). Se trata de una cuestión, entiendo, de derecho sustantivo, en cuanto sólo deberán ser notificadas aquellas personas que, según el derecho sustantivo, tienen derecho a tener algún tipo de intervención en la ejecución. Señala J. M. GARCÍA GARCÍA que la notificación prevista en el artículo 153.5 LH debe realizarse no sólo al deudor, sino *también al tercer poseedor y al hipotecante no deudor* (30). Para comprender el problema hay que tener en cuenta que la regla 3.^a del artículo 131 LH establece que con el escrito de demanda el actor debe presentar, entre otros documentos, el «acta notarial justificativa de haberse requerido de pago, con diez días de anticipación, cuando menos, al *deudor*, y también al *tercer poseedor* de las fincas en el caso de que éste hubiese acreditado al acreedor la adquisición del inmueble» (31). A lo que hay que añadir que el requerimiento deberá también hacerse, en todo caso, al *hipotecante no deudor*, ya que, al igual que el tercer poseedor, es el dueño de la finca, y además, su propiedad le consta al acreedor desde el momento constitutivo de la hipoteca (32).

Por consiguiente, si tanto el tercer poseedor como el hipotecante no deudor han de ser requeridos de pago, ello implica que van a tener conocimiento del saldo de la cuenta. Y puesto que de lo que no cabe duda, al menos en el régimen del artículo 153 LH, es de que *el único que puede oponerse a la ejecución alegando error o falsedad es el deudor* (33), el problema se reduce a determinar si al dueño de la finca hipotecada debe serle notificado no sólo el saldo, sino todos los asientos contables que lo determinan, es decir, el extracto de la cuenta. En este sentido, me parece más acertada la opinión de RAFAEL AZPITARTE, que señala que sólo al deudor interesa el extracto de la cuenta, y que a las demás personas sólo les importa el total de la cantidad reclamada. Añade este autor que el deudor puede tener legítimo interés, y quizá derecho, a que el acreedor no comunique el extracto de la cuenta a terceros, so pena de incurrir en responsabilidad por rompimiento del secreto bancario (34).

(29) De los requerimientos y notificaciones en la ejecución hipotecaria, me ocuparé brevemente, con carácter general, más adelante al hablar de la oposición por defectos procesales e irregularidades del procedimiento. Aquí sólo me refiero al problema concreto de la ejecución de la hipoteca en garantía del saldo de una cuenta.

(30) *El procedimiento judicial sumario*, cit., pág. 146.

(31) Para el caso de tercer poseedor adquirente en documento privado, ver GARCÍA GARCÍA, *ob. cit.*, pág. 194.

(32) Como dice GARCÍA GARCÍA, esta omisión imperdonable de la regla 3.^a ha venido a ser paliada por la reforma de la regla 7.^a por Ley 14/5/86, que presupone que el requerimiento ha de hacerse también al hipotecante no deudor. *Ob. cit.*, pág. 194.

(33) Este sería un ejemplo claro de que no todos los interesados, ni siquiera todos los que, de acuerdo con la nueva LEC, son parte pasiva de la ejecución, pueden alegar todas las causas de oposición que son admitidas en el procedimiento.

(34) R. AZPITARTE, *ob. cit.*

B) *El régimen tras la entrada en vigor de la LEC 2000*

Estando así las cosas, la nueva LEC establece en el artículo 572.2 que «También podrá despacharse ejecución por el importe del saldo resultante de operaciones derivadas de contratos formalizados en escritura pública o en póliza intervenida por corredor de comercio colegiado... En este caso, sólo se despachará la ejecución si el acreedor acredita haber notificado previamente al ejecutado y al fiador, si lo hubiere, la cantidad exigible resultante de la liquidación». Este precepto debe ponerse en relación con lo dispuesto en los artículos 685.1 y 686.1 que dicen que «La demanda ejecutiva deberá dirigirse frente al deudor y, en su caso, frente al hipotecante no deudor o frente al tercer poseedor de los bienes hipotecados, siempre que este último hubiese acreditado al acreedor la adquisición de dichos bienes»; y que «en el mismo auto en que se despache ejecución, se mandará que se requiera de pago al deudor y, en su caso, al hipotecante no deudor o al tercer poseedor contra quienes se hubiere dirigido la demanda, en el domicilio que resulte en el Registro».

De todos estos artículos se desprende, con poco esfuerzo, que el ejecutado a que se refiere el artículo 572.2 no es sólo el deudor, sino todas las personas mencionadas en el artículo 685.1. Y que todas estas personas afectadas por la ejecución, al ser requeridas de pago conforme al artículo 686.1, habrán tenido conocimiento de la cantidad reclamada. El único problema es el de concretar si las personas distintas del deudor tienen derecho a conocer el extracto de la cuenta o sólo el saldo resultante. Esta cuestión parece que debe ser resuelta en el sentido antes señalado, de modo que sólo el deudor tiene derecho a ser expresamente notificado de todos los asientos de la cuenta, sin perjuicio de que, además, un extracto de las partidas de cargo y de abono deba ser acompañado a la demanda, conforme al artículo 573.1.1.º LEC. Si esto es así, para las personas diferentes del deudor la notificación de la cantidad exigible se confunde con el requerimiento de pago y resulta prácticamente innecesaria.

En cuanto a las personas que pueden oponerse a la ejecución alegando error en la determinación de la cantidad exigible, es una cuestión que no está nada clara en la nueva regulación, desde el momento en que el artículo 695.1.2.^a habla en todo caso de ejecutado y no sólo de deudor, y los ejecutados son todas las personas que cita el artículo 685.1 LEC. Sin embargo, parece lógico entender que cada uno de los posibles ejecutados ocupa en la ejecución una posición acorde con la titularidad que legitima su carácter de parte procesal, de modo que sólo el sujeto pasivo de la obligación puede hacer las alegaciones referentes al crédito garantizado, cuya situación sólo él puede cabalmente conocer, mientras que los legitimados por razón de su derecho dominical (o real) sobre la finca tienen la posibilidad de defender su dere-

cho alegando aquellas causas de oposición que se refieran a la garantía real o interviniendo en el proceso de avalúo y venta del inmueble. Esta conclusión puede además fundarse en que sólo el deudor tiene derecho a ser notificado de todos los movimientos de la cuenta, y en el párrafo 1.º del artículo 695.1.2.^a, que se refiere a la presentación del ejemplar de la libreta que sólo puede estar en posesión del deudor.

C) *La notificación al fiador*

El artículo 572.2 va más allá e introduce la novedad de exigir que, cuando se trate de ejecutar el saldo de una cuenta, la cantidad exigible sea notificada también al fiador (que, sin embargo, hay que destacar que en ningún caso ha de ser requerido de pago). Esta novedad es discutible que sea aplicable a la ejecución hipotecaria, entre otras cosas porque es discutible la oportunidad de la propia norma. Como ahora me limito a estudiar la oposición a la ejecución, y no los derechos de los distintos afectados por el procedimiento, el tema de la notificación al fiador sólo interesa en la medida en que pueda fundar una oposición por defecto procesal o infracción de las normas del procedimiento.

La LEC parece que entiende que al tratarse de un supuesto en que la cantidad exigible no está previamente determinada, el fiador debe tener derecho a saberla. Pero esto es desconocer que, en realidad, la cantidad que se reclama en una ejecución hipotecaria nunca está determinada en el documento de constitución de la hipoteca, porque, entre otras cosas, depende de la mayor o menor cantidad que haya amortizado el deudor antes de incurrir en los impagos. ¿Por qué precisamente en el caso de que se ejecute el saldo de una cuenta se exige notificar al fiador la cantidad reclamada y en los demás casos no? Y, sobre todo, ¿a qué efectos se notifica al fiador la cantidad reclamada?

En mi opinión, sólo el deudor puede oponerse a la ejecución alegando el error, y no el fiador. Asimismo, el fiador sólo debería ser notificado del saldo exigido, pero no de los detalles de la cuenta, que forman parte de las relaciones confidenciales entre el banco y sus clientes. Finalmente, y dejando aparte lo que puede pensarse con carácter general, en el procedimiento especial de ejecución hipotecaria parece que no encaja la notificación a persona cuyo derecho y domicilio no constan en el Registro, sobre todo si ello puede implicar un injustificado retraso de las actuaciones.

II.5. LA OPOSICIÓN POR PLUSPETICIÓN EN LA HIPOTECA EN GARANTÍA DE UN SALDO

Dispone el artículo 558.2 LEC, relativo a la oposición por pluspetición, y situado dentro de las disposiciones generales de la ejecución, que: «En los

casos a que se refieren los artículos 572 y 574, sobre saldos de cuentas e intereses variables, podrá el tribunal, a solicitud del ejecutado, designar mediante providencia perito que emita dictamen sobre el importe de la deuda. En tal caso, se dará traslado del dictamen a ambas partes y la vista no se celebrará hasta pasados diez días a contar desde el siguiente a dicho traslado».

Esta norma parece que no es aplicable a la ejecución hipotecaria sumaria, ya que se trata de una causa de oposición no recogida en el artículo 695 LEC. Y aunque esta cuestión no está nada clara, no cabe duda de que el artículo 558.2 hay que ponerlo en relación con los artículos 560 y 561 LEC —que prevén un juicio verbal, con dictamen de peritos—, y parece que este procedimiento no es aplicable al supuesto del artículo 153 LH donde estos trámites son sustituidos por la más sencilla comparecencia a que se refiere el artículo 695.2 LEC. Y así se deduce del propio artículo 695.3 cuando dice que el auto que estime la oposición que se plantee en dicha comparecencia *fijará la cantidad* por la que haya de seguirse la ejecución, lo que apunta a que es en esta comparecencia donde se resuelven los problemas de pluspetición.

II.6. RECAPITULACIÓN

De todo lo anterior se desprende que el régimen jurídico aplicable a la ejecución de las hipotecas en garantía del saldo de una cuenta de crédito es el que resulta de la coordinación entre los artículos 153 LH, de aplicación específica a este tipo de hipotecas, y 572.2 y 573 LEC, de aplicación general a la ejecución dineraria, y, en el caso del 573, también aplicable específicamente a la ejecución hipotecaria por remisión del artículo 685.2 LEC. El producto de esta coordinación, y de la correspondiente labor de interpretación de las normas, sería el siguiente:

Las ejecuciones hipotecarias *por entidades de crédito* continúan rigiéndose por el artículo 153 LH, tal como queda reconocido y aclarado por el artículo 695 LEC y con aplicación parcial de lo dispuesto en el artículo 573 LEC. Este último precepto no es aplicable a estas ejecuciones en lo que respecta a la exigencia de acompañar a la demanda el documento fehaciente que acredite haberse practicado la liquidación en la forma pactada por las partes en el título ejecutivo (573.1.2.º), porque es una exigencia contradictoria con el privilegio reconocido a dichas entidades de crédito en el artículo 153 LH; ni en lo que respecta a la no exigencia de documento fehaciente que acredite la notificación de la cantidad exigible (si es que así se interpreta lo dispuesto en el art. 573.1.3.º), porque el artículo 153 LH exige que esta notificación se haga judicial o notarialmente. Además, ésta parece ser la solución más razonable, porque en mi opinión es más importante para el deudor

ejecutado tener conocimiento fehaciente del extracto de las partidas de cargo y de abono cuyo saldo se le reclama (hasta el punto de que no concibo cómo puede valer en este caso una notificación por documento no fehaciente), que el hecho de que un tercero revise la liquidación efectuada por el banco, probablemente con peores medios y conocimientos técnicos, y sin más datos que los proporcionados por la propia entidad acreedora. Y todo ello sin perjuicio de que, como es lógico, el deudor realice sus propios cálculos, valiéndose en su caso de los técnicos que considere necesarios, y pueda oponerse a la ejecución alegando error en la determinación de la cantidad exigible. No obstante, advierto desde ahora que estoy dispuesto a forzar una interpretación diferente en el caso de que, en los procesos en que sea aplicable, esta revisión de las liquidaciones bancarias demuestre alguna utilidad y diera un porcentaje de errores estadísticamente significativa.

Por el contrario, en las ejecuciones hipotecarias *por acreedores que no sean entidades de crédito* los artículos 572.2 y 573 LEC serán íntegramente aplicables, por no resultar contradictorios con ninguna otra norma. En este caso sólo quiero insistir en que, a pesar de lo manifestado por otros autores, creo que es muy dudoso que el documento a que se refiere el artículo 573.1.3.º no deba ser en todo caso un documento fehaciente (notarial o judicial). Además, lo normal es que esta notificación se practique simultáneamente con el requerimiento de pago a que se refiere el artículo 686.1 LEC y que sólo puede ser hecho notarial o judicialmente (arts. 686 y 581 LEC).

En cuanto a las *personas que han de ser notificadas* y al *objeto de la notificación*, de la nueva regulación resulta claro que la notificación debe hacerse tanto al deudor como al hipotecante no deudor y al tercer poseedor, y que lo que ha de notificarse no es sólo la cantidad exigible, sino el extracto de las partidas de cargo y de abono. Ahora bien, sin perjuicio de que este extracto deba ser acompañado a la demanda (573.1.1.º LEC), hay que entender que sólo el deudor puede oponerse a la ejecución alegando error en la determinación del saldo y que sólo él, como titular de la cuenta, tiene derecho a ser notificado de todos los movimientos de la misma. A los demás bastará con la notificación de la cantidad exigible. Por lo demás, esta notificación del extracto es distinta del requerimiento de pago a que se refiere el artículo 686.1, aunque ambos requisitos pueden ser cumplidos simultáneamente. Finalmente, el artículo 572.2 LEC exige una notificación al fiador cuya ausencia no creo que pueda implicar en ningún caso nulidad de actuaciones ex artículo 227 LEC, desde el momento en que entiendo que el único que puede oponerse a la ejecución alegando error en la determinación de la cantidad exigible es el deudor, como titular de la cuenta y sujeto pasivo de la obligación que se reclama, y por tanto, como único sujeto que puede conocer la existencia del error, entre otras cosas, por ser el único que tiene derecho a conocer los movimientos de la cuenta.

II.7. SUSTANCIACIÓN DE LA OPOSICIÓN

Según el artículo 695.2: «Formulada la oposición a que se refiere el apartado anterior, *se suspenderá* la ejecución. El tribunal, mediante providencia, *convocará a las partes* a una comparecencia, debiendo mediar cuatro días desde la citación; oirá a las partes, admitirá los documentos que se presenten y acordará en forma de auto lo que estime procedente dentro del segundo día». Este artículo, con relación a la causa 2.^a del artículo 695.1 —error en la determinación del saldo de una cuenta—, a la que ahora me refiero, parece que en este punto sustituye a la regulación del artículo 153 LH, aunque entre ambos regímenes no parece haber más que una diferencia en los plazos.

Pero además, en relación con esta causa 2.^a —alegación de error en la determinación del saldo de una cuenta—, es importante constatar que el nuevo artículo 695 tampoco resuelve la muy espinosa cuestión fundamental de *quién debe soportar la carga de la prueba* en esta comparecencia, es decir, de a quién corresponde probar el error o demostrar la cifra a la que asciende la cantidad exigible. Y ésta es sin duda la gran pregunta, porque si la carga de la prueba recae sobre el acreedor, ¿dónde está el privilegio que le atribuyen los artículos 153 LH y 695.1.2.^a LEC? Y si la prueba del error corresponde al deudor, ¿con qué medios se espera que la realice? En mi opinión, al menos tratándose de ejecuciones por entidades de crédito responsables y debidamente fiscalizadas, quizá hay que entender que no existe aquí en sentido estricto carga de la prueba para ninguna de las dos partes, sino que el Juez oirá sus alegaciones, examinará los documentos que se le presenten, y decidirá después, con un amplio arbitrio, lo que considere más adecuado.

II.8. CONSECUENCIAS DE LA ESTIMACIÓN DE LA OPOSICIÓN

Dice el artículo 695.3: «El auto ... que estime la oposición basada en la causa 2.^a fijará la cantidad por la que haya de seguirse la ejecución». Es decir, la ejecución continuará por la cantidad acreditada en el incidente a que se refiere el artículo 695.2.

De la redacción legal se deduce además, como antes he dicho, que es en la comparecencia prevista en el artículo 695.2 —y no por el procedimiento previsto en el art. 558.2—, donde se resuelven los problemas de pluspetición.

II.9. RECURSO CONTRA EL SOBRESEIMIENTO DE LA EJECUCIÓN

Como hemos visto, dispone el artículo 695.4, que: «Contra el auto que ordene el sobreseimiento de la ejecución podrá interponerse recurso de ape-

lación. Fuera de este caso, los autos que decidan la oposición a que se refiere este artículo, no serán susceptibles de recurso alguno». De modo que el recurso de apelación sólo podrá interponerse por el ejecutante y, al parecer, sólo contra el auto que ordene el sobreseimiento de la ejecución.

Tratándose de hipotecas en garantía del saldo de una cuenta, en el caso de que el deudor oponga error en la determinación de la cantidad exigible, este artículo establece una sensible modificación con respecto a la regulación del artículo 153 LH —que hay que entender derogado en este punto—, que dice que el auto que se dicte como resultado de la comparecencia —que ahora regula el art. 695.2 LEC— «será apelable en un solo efecto, y el recurso se sustanciará por los trámites de apelación de los incidentes». En la nueva regulación, el auto que ordene la continuación de la ejecución no podrá ser apelado por el ejecutado, y parece que tampoco por el ejecutante que vea rebajada la cuantía de la cantidad exigida, en tanto no se produzca el sobreseimiento de la ejecución.

III. EN ESPECIAL, EL PAGO DE LA OBLIGACION GARANTIZADA

¿Cabe oponerse o conseguir la terminación de la ejecución pagando las cantidades reclamadas (con los intereses devengados y las costas causadas, en su caso)? En este punto no nos planteamos si el ejecutado puede oponerse a la ejecución alegando el pago o la extinción anterior a la ejecución de la obligación garantizada, sino si el ejecutado, o el dueño de la finca hipotecada, puede evitar la ejecución pagando la deuda, después de que el deudor haya incumplido su obligación.

En primer lugar, no cabe duda de que el ejecutado o ejecutados pueden evitar la ejecución pagando la deuda en el momento en que se produzca el requerimiento de pago a que se refiere el artículo 686 LEC. Pero además, creo que la regla general debe ser la de que el deudor o el propietario de la finca —o, ¿por qué no? incluso cualquier otro interesado— pueden detener la ejecución pagando la deuda reclamada (con intereses y costas, en su caso), en cualquier momento hasta el día señalado para la celebración de la subasta (35), y, en principio, sin necesidad del consentimiento del acreedor (cfr. art. 693, al que después me refiero). En el caso de que la ejecución se lleve a cabo a través de alguna de las formas de realización alternativas a la subasta, bastaría, para enervar la ejecución, que el pago fuera hecho en cualquier momento anterior a la enajenación de la finca (indemnizando, en su caso, los perjuicios causados por los compromisos que pudieran haber sido asumidos

(35) Ver artículo 583 que se refiere al pago por el ejecutado antes del despacho de la ejecución.

con un posible adquirente). Resulta obvio que la ejecución sólo persigue la satisfacción del derecho del acreedor y que, por consiguiente, una vez obtenida ésta, la ejecución fallece por sí sola de muerte natural. Esto es lo que dicta el sentido común, y lo que se deduce de los artículos 693 y 695.1.1.⁴ LEC, que no distingue si la extinción de la obligación garantizada es anterior a la ejecución o sobrevenida durante ella.

Sin embargo, esta posibilidad de finalizar la ejecución por pago de la deuda reclamada en cualquier momento anterior al día señalado para la celebración de la subasta (36) había sido discutida en la regulación anterior, a mi juicio sin fundamento, incluso en el caso de que quien hiciera el pago fuera el propietario del inmueble y principal interesado en abortar el proceso (37). Con la nueva LEC hay que dar por superadas estas vacilaciones y entender que el pago de la deuda, con intereses y costas, y siempre que no sea extemporáneo, debe ser admitido y pone fin a la ejecución.

Aunque es necesario hacer dos matizaciones, una para un caso más bien excepcional, como es el pago por un tercero interesado que se subroga en la hipoteca, y la otra para las situaciones más corrientes de hipotecas de amortización con pacto de vencimiento anticipado, expresamente contempladas en el artículo 693.3 LEC.

1. *Pago por un tercero interesado que se subroga en la hipoteca y desea continuar con la ejecución.* Es el supuesto previsto en el artículo 659.3 LEC. En este caso, por hipótesis, el pago al acreedor ejecutante no determina el archivo de la ejecución, sino su continuación por el *solvens*.

2. *Régimen de finalización de la ejecución por pago de la deuda en las hipotecas de amortización con pacto de vencimiento anticipado.* En este caso se aplicará lo dispuesto en el artículo 693, que prevé, de acuerdo con ciertas condiciones, la posibilidad excepcional de evitar la ejecución mediante el pago o consignación de la cantidad vencida en la fecha de la presentación de la demanda (y no del resto de la deuda vencida anticipadamente), con sus intereses y el resto de las cantidades que vayan venciendo durante el procedimiento (38). Las condiciones de ejercicio de esta facultad excepcional, en

(36) En la regulación anterior a la reforma se defiende la posibilidad de pagar incluso en cualquier momento anterior al remate.

(37) Así sucedió, por ejemplo, en el caso que dio lugar a la STCO 29/11/99: El Juzgado se negó a admitir como parte al propietario de la finca y ordenó la devolución de la cantidad que había consignado para hacer frente al pago de la deuda reclamada, por no ser su alegación una de las causas de oposición previstas en el artículo 132 LH. Es de destacar, no obstante, que, fuera del ámbito judicial, el titular dominical excluido del proceso abonó directamente el importe total de la deuda a la entidad acreedora, la cual, a continuación, desistió sin más del procedimiento.

(38) No entro ahora a valorar la validez, o las condiciones de validez, del pacto de vencimiento anticipado por falta de pago de alguno de los plazos en que debe ser restituido el préstamo garantizado; tema que ha generado una fuerte polémica (o mejor, un

cuanto supone suspender la eficacia del pacto de vencimiento anticipado, son fundamentalmente las siguientes (39):

- a) Como regla general, *la iniciativa* que abre al deudor (40) la posibilidad de eludir la ejecución corresponde exclusivamente al acreedor ejecutante.
- b) No obstante, si el bien hipotecado fuese la *vivienda familiar*, podrá el deudor liberar el inmueble mediante la consignación de las expresadas cantidades, por una sola vez, y sin necesidad de que concurra el consentimiento del acreedor. La limitación del uso de esta facultad excepcional —en cuanto inhabilita el pacto de vencimiento anticipado— a *una sola vez* está sin duda dirigida a evitar abusos similares a los que se producían en los antiguos juicios de desahucio, en los que el arrendatario siempre pagaba una y otra vez en el último momento para eludir el lanzamiento. En este sentido, la expresión «por una sola vez» no puede referirse al mismo juicio, ya que obviamente una vez usada esta facultad liberatoria el juicio termina, sino que hay que entender que el deudor sólo dispondrá de este derecho una sola vez a lo largo de toda la vida de la hipoteca. Por lo demás, aunque la Ley habla del deudor, parece que también podrá usar de esta facultad excepcional el dueño de la finca o, incluso, que sólo podrá usar de este derecho el deudor que sea a la vez el dueño de la vivienda.

De otra parte, aunque el artículo 693 está incluido dentro de lo que estoy denominando el proceso especial o sumario de ejecución hipotecaria, creo que la norma —o al menos los puntos 2 y 3— *es aplicable a toda ejecución hipotecaria, cualquiera que sea el procedimiento seguido (ejecu-*

«todos contra uno», porque no conozco ninguna opinión que haya defendido la doctrina del Supremo) a raíz de la extravagante STS de 27/3/99. Acabado este trabajo, veo que JOSÉ MENÉNDEZ HERNÁNDEZ, el ponente de dicho Fallo —que considero esencialmente erróneo, pero al que reconozco ciertas ideas refrescantes— ha defendido su postura y criticado el nuevo artículo 693 LEC en el Diario *La Ley*, núm. 5071 de 8/6/00.

(39) Este tipo de iniciativas se integran dentro de una tendencia a proteger al deudor con cargo a los derechos del acreedor hipotecario. La norma del artículo 693, no obstante, es bastante inocua para el acreedor y merece una crítica favorable (incluso es pensable su aplicación retroactiva a las ejecuciones pendientes en el momento de entrada en vigor de la LEC), pero otras propuestas no parecen de recibo cuando sólo pretenden cargarse sobre las espaldas de los acreedores hipotecarios y no sobre el resto de los acreedores (quizá proveedores de bienes o servicios más esenciales para un deudor en paro, como el alimento), y que también pueden ejecutar y privar al deudor de su vivienda por falta de pago de sus obligaciones.

(40) Seguramente, al acreedor le es indiferente si paga el deudor o un tercero. De hecho, el último inciso de este artículo 693.3 se refiere al pago por un tercero con consentimiento del acreedor.

ción ordinaria o incluso proceso declarativo) y, aún más, que debe ser aplicable a todo procedimiento en el que se pretenda ejecutar la totalidad de un crédito a plazos por falta de pago de alguno de ellos, ya que no hay ninguna razón que justifique la concreción de esta norma a los créditos hipotecarios. De hecho, probablemente la ubicación sistemática de este precepto obedece a una razón coyuntural: dar una respuesta a la reciente STS 27/3/99, que, con errada doctrina, cuestiona la validez del pacto de vencimiento anticipado por falta de pago de los plazos.

Como antes he defendido, estas estrictas condiciones no serán aplicables en el caso de que el pagador, sea el deudor, el dueño de la finca o un tercero, ofrezcan el pago de la totalidad de la deuda con sus intereses, *incluyendo las cantidades vencidas por virtud del pacto de vencimiento anticipado*. En este caso, no sólo se aborta la ejecución, sino que se extingue definitivamente la obligación garantizada.

— En conclusión, podemos decir que, fuera del privilegio excepcional que el artículo 693.3 concede al deudor en caso de hipoteca de la vivienda familiar, el pago de la obligación garantizada no es en realidad una causa de oposición a la ejecución, porque en el fondo no significa oponerse a la ejecución, sino hacer innecesaria la venta de la finca. Por el contrario, supone el éxito de la ejecución en su forma más plena y, por tanto, implica su culminación y su fin. La ejecución se extingue, sin oposición, por una crisis de éxito.

IV. TERCERIAS DE DOMINIO

Se trata de supuestos de terminación de la ejecución, y no de suspensión como antes se decía. La suspensión sólo se produce mientras se tramita la tercería.

«Artículo 696. Tercerías de dominio.

1. Para que pueda admitirse la tercería de dominio en los procedimientos a que se refiere este capítulo, deberá acompañarse a la demanda *título de propiedad de fecha fehaciente anterior a la de constitución de la garantía*. Si se tratare de bienes cuyo *dominio* fuere susceptible de inscripción en algún Registro, dicho título habrá de estar *inscrito a favor del tercerista o de su causante con fecha anterior a la de inscripción de la garantía*, lo que se acreditará mediante certificación registral expresiva de la inscripción del título del tercerista o de su causante y certificación de no aparecer extinguido ni cancelado en el Registro el asiento de dominio correspondiente.

2. La admisión de la demanda de tercería suspenderá la ejecución respecto de los bienes a los que se refiera y, si éstos fueren sólo parte de los

comprendidos en la garantía, podrá seguir el procedimiento respecto de los demás, si así lo solicitare el acreedor».

Los supuestos típicos de tercería de dominio, que exigen aportar título inscrito anterior a la inscripción de la garantía, son supuestos excepcionales, que supondrán un grave error registral (inscribir la hipoteca estando inscrita la finca a favor de persona distinta del hipotecante), un supuesto de doble inmatriculación (41), etc.

Pero la nueva norma contiene una importante novedad al regular una tercería a interponer por quien no tiene título de dominio inscrito, por tratarse de bienes no inscribibles. Se me ocurren dos posibilidades: 1) Que como la LEC 2000 ha procedido a suprimir una serie de procedimientos especiales y a unificar la ejecución de las hipotecas inmobiliaria, mobiliaria y naval, e incluso, con algunas especialidades, la de la prenda sin desplazamiento, cabe pensar que esta novedad no se aplica a la ejecución de la hipoteca inmobiliaria, ya que todas las fincas son inscribibles en el Registro de la Propiedad. 2) La segunda posibilidad, más rebuscada (aunque defendida por algunos con relación al sistema anterior a la LEC 2000), es que la ley esté pensando en un cauce por el que un tercero —en cuyo caso no veo motivo para que, con más razón, no fuera el propio ejecutado— puede excluir de la ejecución ciertos bienes muebles a los que no se extiende la garantía hipotecaria.

Esta última interpretación no parece convincente (42). Pero plantea un tema bastante olvidado y de gran interés: ¿Cuál es el cauce de que dispone el legítimo propietario para oponerse a la ejecución de aquellos bienes muebles que indebidamente se consideran incluidos en la garantía hipotecaria y van a ser enajenados junto con el inmueble?

Por lo demás, la tercería en la ejecución hipotecaria constituye una causa de oposición muy estricta, pero contundente en sus efectos. De modo que prácticamente no constituye un incidente similar a la tercería de dominio

(41) En caso de doble inmatriculación sólo podrá interponer la tercería el titular de fecha anterior a la inscripción de la garantía, aunque es claro que el triunfo de la tercería no resuelve la cuestión de la titularidad de la finca doblemente inmatriculada. El tema, en cualquier caso, es muy complejo.

(42) Aunque ahora ya no se exige que el título esté inscrito, no creo que este artículo, dedicado a las tercerías de dominio, esté tratando del arduo problema de qué bienes forman parte del inmueble hipotecado, cosa que afecta más al propietario de la finca que a los terceros. Por otra parte, tampoco cabe, como alguien defendió para el sistema anterior (MONTERO AROCA, GARCÍA GARCÍA) que un tercero con hipoteca mobiliaria inscrita con anterioridad a otra inmobiliaria pueda liberar los bienes mobiliariamente hipotecados, porque si hizo constar la constitución de la hipoteca al margen del inmueble (lo que no impide que una futura hipoteca inmobiliaria se extienda a ellos como segunda hipoteca), no necesita interponer ninguna tercería, puesto que su hipoteca es preferente y no será cancelada tras la ejecución. Y si dicha nota no se hizo constar en el Registro de la Propiedad, la hipoteca inmobiliaria habrá pasado a ser preferente.

regulada en los artículos 593 y siguientes, sino que se asemeja más bien a la tercería registral del artículo 38 LH (43).

V. SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN POR PREJUDICIALIDAD PENAL

«Artículo 697. Suspensión de la ejecución por prejudicialidad penal.

Fuera de los casos a que se refieren los dos artículos anteriores, los procedimientos a que se refiere este capítulo sólo se suspenderán por prejudicialidad penal, cuando se acredite, conforme a lo dispuesto en el artículo 569 de esta Ley, la existencia de *causa criminal* sobre cualquier hecho de apariencia delictiva que *determine la falsedad del título, la invalidez o ilicitud* (sic) (44) *del despacho de la ejecución*».

Se trata de un supuesto claro de suspensión de la ejecución por prejudicialidad penal, de modo que su continuación dependerá del resultado del proceso penal.

Antes, el artículo 132 LH sólo se refería a procedimiento criminal *por falsedad del título hipotecario* en cuya virtud se proceda. A lo que había que añadir el supuesto, aún vigente después de la entrada en vigor de la LEC, de que se incoe causa criminal por falsedad de la certificación a que se refiere el artículo 153 LH. En el Anteproyecto LEC publicado en diciembre de 1997 el artículo equivalente al 697 actual, después de «o ilicitud del despacho de la ejecución», añadía: «o, en su caso, la falsedad de la certificación de la entidad acreedora de la que resulte la cantidad que sea objeto de reclamación». La redacción definitiva de la LEC ha suprimido estas palabras, pero no ha modificado el artículo 153 LH, que sigue en vigor.

Respecto a la falsedad del título, parece que, como en el sistema anterior, debe tratarse de la escritura de hipoteca que se ejecuta. En lo demás, habrá que ir descifrando qué significa hecho que determine «la invalidez o ilicitud del despacho de la ejecución».

(43) Dejo para otra ocasión el difícil tema de lo que podría ser una tercería de mejor derecho en la ejecución hipotecaria, es decir, de cómo deben hacerse valer —si es que deben— dentro de una ejecución hipotecaria, los créditos preferentes a la propia hipoteca que se ejecuta.

(44) Expresión gramaticalmente incorrecta. Parece que debe decir «que determine la falsedad del título, o la invalidez o ilicitud del despacho de la ejecución» (con o sin coma después de «título»). Compárese con la redacción del artículo 569.1 II LEC.

VI. OPOSICION POR DEFECTOS PROCESALES Y POR IRREGULARIDADES DEL PROCEDIMIENTO

Además de las causas de oposición material del artículo 695 y de los supuestos excepcionales de los artículos 696 y 697, ¿cabe interrumpir el procedimiento ejecutivo hipotecario sumario con alegaciones referentes a defectos procesales o irregularidades del procedimiento?

VI.1. APLICACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 559 Y 562 A LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA SUMARIA

Sin duda, cabe defender, con total seguridad, que las disposiciones generales que la LEC dedica a este tema (arts. 559 y 562) (45) son aplicables a toda ejecución en general, y a toda ejecución hipotecaria en particular, incluso al proceso especial de que tratamos, lo cual constituye una importante novedad frente a la anterior regulación de la LH, aunque no de acuerdo con la interpretación de algunos autores como MONTERO AROCA, que, en diversos trabajos, y con sólidas razones que yo comparto en lo esencial, ya estimaban alegables los defectos de procedimiento dentro del judicial sumario. A favor de esta interpretación hay que decir que una cosa es que el acreedor hipotecario disponga de un proceso seguro y ágil (yo no diría que privilegiado, porque privilegiado no suena a adecuado, oportuno, o conveniente, sino a injustificado y discriminatorio) para la satisfacción de su derecho, y otra afirmar que *ni siquiera es preciso respetar las reglas de ese procedimiento, sobre todo las que aseguran la legítima defensa* de los derechos de todos los afectados (proscripción de la indefensión). También a favor de la aplicabilidad de estas causas de oposición a la ejecución hipotecaria cabe alegar que el nuevo artículo 698.1 LEC, a diferencia de lo que dispone el párrafo equivalente del artículo 132 LH, ya no dice que se ventilarán en el juicio que corresponda las reclamaciones que versen sobre nulidad *de las actuaciones*, de donde fácilmente se deduce que estas cuestiones se ventilan ahora en el propio juicio ejecutivo.

Pero esta interpretación no aparece en la LEC de forma absolutamente clara, y ello siempre deja un margen a la especulación. Además, en contra cabe alegar la propia redacción del comienzo del artículo 695 LEC, que no distingue entre motivos de oposición procesales o materiales: sólo se admitirán, dice, las causas que se expresan (46).

(45) Ver también artículos 547 (impugnación de la competencia —territorial— del tribunal) y 555.4 (acumulación a otros procesos de ejecución de otras hipotecas sobre los mismos bienes).

(46) También cabría sacar a relucir el contraste que se produce en la ejecución hipotecaria sumaria entre la fuerte limitación que se establece para alegar causas de

Pero en el fondo lo que importa es no perder de vista la realidad, que debe ser la fuente de inspiración de todo Derecho. Y la realidad es que la gran mayoría de los incidentes que se promueven dentro de un procedimiento judicial son por motivos procesales, casi nunca por cuestiones de fondo. La realidad es que *la práctica forense ha instaurado como costumbre la utilización torticera de la posibilidad de alegar defectos procesales*, con el único fin de entorpecer o alargar el procedimiento, o incluso con el fin de desesperar al demandante y obtener una solución extrajudicial más favorable. Ya no se trata de ganar el partido en el terreno de juego (es decir, con base en el derecho sustantivo), sino de ganarlo en los despachos (o sea, mediante la utilización —fraudulenta— del Derecho Procesal). El proceso deja de ser el cauce de realización del derecho sustantivo, para convertirse en el instrumento de su corrupción.

La realidad es también que *el gran problema del deudor hipotecario no es la falta de garantías en la ejecución de la hipoteca*, sino que no dispone de dinero para pagar su deuda —porque ha quedado en paro, o por los motivos que sean—, y ello, como a cualquier otro deudor insolvente, sea o no hipotecario, le va a acarrear la pérdida de sus bienes. El nuevo problema entonces es que el sistema judicial de ejecución obliga al ejecutado a malvender su propiedad. Pero tampoco esta disfunción es debida a un déficit de garantías procesales, sino a la dificultad de crear mecanismos que en un plazo razonable sean capaces de lograr una buena venta. Y estos problemas de insolvencia fortuita y de obligación de malbaratar su patrimonio, que son los verdaderos problemas del deudor hipotecario, se han de resolver con soluciones económicas y jurídicas, como la creación de fondos de solidaridad social que permitan al deudor disponer de un tiempo para salir de la situación de ahogo en la que se encuentra, o que incluso le procuren una quita de la deuda, o como la introducción de nuevos e ingeniosos instrumentos de realización de los bienes distintos de la ineficaz subasta, en la línea en que lo hace la LEC 2000. Estas soluciones no son fáciles de llevar a la práctica, presentan una gran complejidad, y deben ser abordadas con las precauciones necesarias para evitar los abusos y fraudes que suelen acompañar a este tipo de medidas sociales, y sin caer en la tentación de hacer recaer el coste de las mismas sobre las espaldas de los acreedores hipotecarios, imponiéndoles plazos de demora u otras limitaciones a su derecho que no existen ni se postulan para ningún otro acreedor.

oposición materiales o de fondo, y la absoluta libertad para alegar todas las causas de oposición procesales admitidas para el juicio ejecutivo común u ordinario. Pero este argumento no parece convincente, porque en la ejecución hipotecaria el procedimiento es más sencillo y los trámites son más netos y simples, de modo que la posibilidad de alegar defectos procesales es mucho más limitada. Aparte de que, como norma, los trámites procesales, cualesquiera que sean éstos, deben ser respetados en su contenido sustancial.

Por ello, la defensa de un excesivo garantismo de los derechos del ejecutado es probablemente un falso e inútil enfoque del problema, que sólo genera nuevos gastos para el deudor, contribuye a encarecer y entorpecer el funcionamiento de la justicia, y castiga al legítimo acreedor ejecutante que, a su vez, se ve obligado o inducido a repercutir este costo procesal a la totalidad de sus prestatarios hipotecarios.

No obstante, todas las anteriores consideraciones no pueden alterar la conclusión inicial de que *las causas de oposición por motivos procesales previstas con carácter general en los artículos 559 y 562 son también aplicables a la ejecución hipotecaria sumaria*, que, como todo proceso, judicial o extrajudicial, debe atenerse a unos trámites que hay que respetar en cuanto son el cauce para la realización de derechos sustantivos. Por tanto, de lo único que se trata es de advertir que el aplicador del Derecho ha de ser especialmente riguroso para evitar una utilización fraudulenta de la oposición por causas procesales, y de que estas normas nunca deben ser objeto de una interpretación demasiado laxa en aras de una indeseable exageración de las garantías procesales, y menos dentro de un procedimiento especial y sumario que se caracteriza por la simplificación de trámites y, en parcial contrapartida, por la no producción de los plenos efectos de la cosa juzgada. Así, en todo caso, habrá que rechazar de plano todas aquellas pretensiones que no tengan un contenido material: el que conoce o debió conocer la existencia del procedimiento no puede reclamar que no se le ha notificado, y el que no está dispuesto a pagar la deuda no puede denunciar que no ha sido requerido de pago.

Resta decir, en honor a la verdad, que *la nueva ley es perfectamente consciente de la experiencia forense y ha tratado de aquilatar al máximo las causas de oposición por motivos procesales*, sobre todo en lo que respecta a la regulación de los recursos por nulidad de los actos procesales dentro del proceso y a la admisión del incidente de nulidad de actuaciones posterior al proceso.

VI.2. OPOSICIÓN POR DEFECTOS EN LA CONSTITUCIÓN DE LA RELACIÓN PROCESAL O EN EL TÍTULO EJECUTIVO: EL ARTÍCULO 559 LEC

«Artículo 559 LEC. Sustanciación y resolución de la oposición por defectos procesales (47).

1. *Causas*.—El ejecutado podrá también oponerse a la ejecución alegando los defectos siguientes:

(47) Las palabras en cursiva son mías.

1.º Carecer el ejecutado del carácter o representación con que se le demanda.

2.º Falta de capacidad o de representación del ejecutante o no acreditar el carácter o representación con que demanda.

3.º Nulidad radical del despacho de la ejecución por no contener la sentencia o el laudo arbitral pronunciamientos de condena, no cumplir el documento presentado los requisitos legales exigidos para llevar aparejada ejecución, o por infracción, al despacharse ejecución, de lo dispuesto en el artículo 520 de esta Ley.

2. *Sustanciación.*—Cuando la oposición del ejecutado se fundare, exclusivamente o junto con otros motivos o causas, en defectos procesales, el ejecutante podrá formular alegaciones sobre éstos, en el plazo de cinco días. Si el tribunal entendiere que el defecto es subsanable, concederá mediante providencia al ejecutante un plazo de diez días para subsanarlo.

Quando el defecto o falta no sea subsanable o no se subsanare dentro de este plazo, se dictará auto dejando sin efecto la ejecución despachada, con imposición de las costas al ejecutante. Si el tribunal no apreciase la existencia de los defectos procesales a que se limite la oposición, dictará auto desestimándola y mandando seguir la ejecución adelante, e impondrá al ejecutado las costas de la oposición».

En este tema la ejecución hipotecaria puede presentar alguna especialidad, derivada del hecho de que la relación procesal se constituye de acuerdo a lo que consta en el Registro de la Propiedad (cfr. art. 685.1). Por lo demás, los puntos 1.º y 2.º del artículo 559.1 se refieren esencialmente, con una técnica deplorable, a la falta de legitimación pasiva y activa, respectivamente. Respecto al punto 3.º, plantea la cuestión de la relación entre la oposición a la ejecución y el título ejecutivo, a la que me refiero brevemente a continuación.

VI.3. OPOSICIÓN A LA EJECUCIÓN Y TÍTULO EJECUTIVO

El título ejecutivo y las causas de oposición a la ejecución son cuestiones íntimamente relacionadas. La existencia de un título ejecutivo especialmente fehaciente es el que *justifica la extraordinaria limitación de los medios de oposición a la ejecución con que cuenta el ejecutado*. En concreto, en la ejecución hipotecaria, el título ejecutivo es un contrato escriturado e inscrito en el Registro de la Propiedad que constituye la prueba fehaciente del derecho que se reclama y que justifica que, en un procedimiento de efectuación del derecho sustantivo a la vez justo y realista, sólo pueda ser desvirtuado por el ejecutado mediante otra prueba igualmente fehaciente o por causas de excepcional gravedad (como la posible existencia de un delito). La oposición se

limita precisamente porque el acreedor dispone de un título ejecutivo (fehaciente).

Por esta razón, *el título ejecutivo es siempre la medida de la ejecución* (aunque en esta materia el Juez ha gozado tradicionalmente de una amplia facultad de interpretación), de modo que el acreedor no puede reclamar en el procedimiento ejecutivo nada que no esté amparado por el título ejecutivo. En materia de ejecución hipotecaria, esta regla tiene una importancia fundamental, *sobre todo en los casos en que el crédito garantizado no está perfectamente determinado en la inscripción registral*, y más aún teniendo en cuenta que ésta es una situación completamente habitual, que se produce siempre que nos encontramos ante un supuesto típico o similar a lo que se conoce como hipoteca de seguridad. Así ocurre singularmente con ciertas hipotecas de seguridad (no con todas) y, dentro de una hipoteca normal, con ciertos conceptos (como los gastos extrajudiciales, a menos que se articule una cuenta), o con ciertos supuestos (¿cabe acudir al procedimiento ejecutivo por vencimiento anticipado de la obligación distinto de la falta de pago?). No obstante, lo cierto es que, a pesar de ciertas opiniones, *la mayoría de las hipotecas de seguridad pueden ser ejecutadas por el procedimiento sumario de ejecución hipotecaria, con unos u otros requisitos o condicionamientos* (entre los que destaca, como instrumento típico, la posibilidad de oposición —alegación de error— de que dispone el ejecutado en la ejecución del saldo de una cuenta corriente de crédito).

A) *La oposición a la ejecución por defectos del título ejecutivo*

Dejando para otra ocasión el problema de la ejecución de las hipotecas de seguridad, lo cierto es que en ocasiones el acreedor no puede ejecutar ciertos conceptos porque carece de título ejecutivo. Y la pregunta que ahora nos interesa sería: *¿Dispone el ejecutado de un cauce específico para oponerse a la ejecución por insuficiencia o defectos del título ejecutivo* o ésta es una cuestión cuyo control corresponde efectuar al Juez de oficio y en exclusiva?

En principio, según resulta del artículo 551 LEC, el Juez despacha la ejecución, sin oír al ejecutado, tras examinar de oficio que concurren los presupuestos y requisitos procesales, que el título ejecutivo no adolece de ninguna irregularidad formal y que los actos de ejecución que se solicitan son conformes con la naturaleza y contenido del título ejecutivo. Pero a pesar de esta criba o depuración judicial, la LEC, al regular la oposición por defectos procesales, dispone en el artículo 559.1.3.º que el ejecutado podrá oponerse a la ejecución alegando nulidad radical del despacho de la ejecución *por «no cumplir el documento presentado los requisitos legales exigidos para llevar*

aparejada ejecución» (48). Sin duda, esta nulidad podrá ser simplemente parcial, consistiendo, por ejemplo, en oponerse a la ejecución de algún concepto como la cantidad fijada para gastos extrajudiciales.

B) *La ejecución por el cesionario del crédito hipotecario no inscrito*

Un punto especialmente problemático ha sido siempre el de la ejecución de la hipoteca por parte de un cesionario del crédito hipotecario no inscrito, sobre todo por cuanto es un tema que se relaciona con la nunca aclarada cuestión del carácter constitutivo o declarativo de la inscripción de la cesión. De hecho, la perduración de esta discusión en torno al carácter de la inscripción de la cesión del crédito hipotecario causa una cierta sorpresa, porque la ley es bastante clara —según el art. 149 LH la inscripción es necesaria— y, sin embargo, una gran parte de los autores y cierta jurisprudencia, sin ninguna razón de suficiente peso, siempre se han negado a aceptar una decisión legal que, a mi juicio, está muy fundada. Pero no voy a entrar ahora a defender el carácter constitutivo de la inscripción de la cesión del crédito hipotecario, sino simplemente a afirmar que, *con independencia de la naturaleza de esta inscripción, hay que entender que el cesionario del crédito hipotecario no inscrito no puede ejecutar la hipoteca por el procedimiento especial, porque carece de legitimación activa y de título ejecutivo.*

En este sentido, JUAN MONTERO AROCA, al hablar de la legitimación para ejercitar la acción hipotecaria, dice que la legitimación activa la tiene el acreedor con escritura de hipoteca *a su favor*, debidamente inscrita en el Registro y que si, por cualquier causa, la hipoteca no figura inscrita, *y precisamente a favor de quien ha instado la ejecución, ésta debe ser sobreseída*. Añade que la causa de no inscripción de una hipoteca a favor de una persona determinada puede provenir de cesión no inscrita, y que, aunque el TS ha estimado lo contrario en alguna ocasión, debe insistirse en el carácter constitutivo de la inscripción en el Registro en caso de cesión del crédito hipotecario (49).

Esta última conclusión del profesor MONTERO es, en mi opinión, atinada, pero, como antes he dicho, no es necesaria a los efectos que ahora tratamos, porque la exigencia de que la hipoteca figure inscrita precisamente a nombre del ejecutante tiene sus propias razones y, en la nueva LEC, resulta de normas específicas, como el artículo 688.1 que dice que cuando la ejecución se siga sobre bienes hipotecados se reclamará del Registrador certificación en la que

(48) Ver también, en relación con los títulos judiciales, el artículo 563 LEC.

(49) MONTERO AROCA y otros, *El nuevo proceso civil*, Valencia, 2000, pág. 884. El subrayado es mío.

se exprese que la hipoteca *en favor del ejecutante* se halla subsistente y sin cancelar. La norma es todo lo clara que se puede pedir a una breve disposición legal, y no resulta contradicha por ningún otro precepto. Por el contrario, más bien resulta indirectamente confirmada, puesto que toda la regulación de la ejecución hipotecaria presupone que el ejecutante es titular registral y en ninguna parte se contemplan los trámites adicionales que habría que realizar, ante el Juez y ante el Registro, en caso de ejecución por un cesionario no inscrito.

Además, a la misma conclusión se llega por aplicación de otra norma específica de la ejecución hipotecaria, como es el artículo 130 LH, introducido por la nueva LEC, que dice que: «El procedimiento de ejecución directa contra los bienes hipotecados sólo podrá ejercitarse como realización de una hipoteca inscrita (50) y, dado su carácter constitutivo, sobre la base de los extremos contenidos en el asiento respectivo». De este modo, el carácter constitutivo de la inscripción no se refiere sólo genéricamente a «la hipoteca», sino concretamente a todos aquellos extremos esenciales que sirven de base a la ejecución, entre los que sin duda se encuentra *la persona del titular del derecho*: el cesionario no inscrito no puede ejecutar sobre la base del asiento registral.

Dadas las vacilaciones que tradicionalmente han existido sobre esta materia, no está de más advertir que la exigencia de que el ejecutante sea titular inscrito está perfectamente justificada. Existen en su favor muchas razones que no es el momento de desarrollar. A saber: la inscripción de la cesión es necesaria para cumplir con el tracto sucesivo, y sin ella no puede inscribirse el resultado de la ejecución; el acreedor titular registral, u otro cesionario, estarían legitimados para ejecutar la misma hipoteca; el Registrador no puede hacer constar la nota marginal ex artículo 688.2 LEC, porque la titularidad no inscrita no puede afectar a terceros; el cesionario no inscrito no puede cancelar la hipoteca que, sin embargo, pretende ejecutar; el acreedor registral podría cancelar la hipoteca; la inscripción de la cesión puede evitar que la ejecución resulte inútil; el principio de legitimación registral impide que pueda entablarse un procedimiento inmobiliario con preterición del titular registral; el acreedor registral podría promover un incidente de nulidad de actuaciones, conforme a los artículos 225 y siguientes LEC, y exigir responsabilidades a quien corresponda; el artículo 313 LH impide a los tribunales aceptar documentos no inscritos, sobre todo y sin duda en el caso de fincas inmatriculadas; el deudor no está obligado a pagar la deuda hipotecaria a quien no está

(50) En realidad, dado que hablamos de una ejecución hipotecaria, y que no hay hipoteca sin inscripción, el precepto podía haber sido más corto: «El procedimiento de ejecución hipotecaria sólo podrá ejercitarse sobre la base de los extremos contenidos en el asiento registral».

legitimado para cancelar la hipoteca, porque después de hacer el pago podría encontrarse con que la hipoteca pertenece a un tercero hipotecario; por tanto, ni el deudor ni menos el tercer poseedor propietario de la finca pueden ser requeridos de pago, puesto que es justo que se nieguen a pagar a quien no puede garantizarles la cancelación de la garantía que se ejecuta; en caso de pago por un titular posterior, no podría hacerse constar en el Registro la subrogación en la hipoteca a que se refiere el artículo 659.3 (al que se remite el 689.2); el precio del remate no puede entregarse a un actor no inscrito, como dice el artículo 692.1 LEC, entre otras cosas porque la ley presume que el titular del crédito hipotecario es el acreedor inscrito; en caso de dobles o múltiples cesiones no inscritas, o de cesión parcial del crédito hipotecario, los problemas se agudizan... Y, en fin, hay que recordar que en nuestro sistema la inscripción es declarativa entre las partes —que aquí serían cedente y cesionario: la cesión existe entre ellos antes de la inscripción—, pero prácticamente constitutiva respecto de terceros —y en la relación hipotecaria el primer tercero frente a la cesión del crédito es el deudor, y desde luego, el tercer poseedor o el hipotecante no deudor— (51).

(51) Como he dicho, no es este el lugar para estudiar este problema en profundidad, y me he limitado a citar la única opinión que conozco expresada a la vista de la nueva LEC. Pero sería injusto dejar de señalar que de los cuatro autores que con más profundidad se han ocupado del procedimiento sumario de ejecución hipotecaria, tres defienden sin fisuras la postura que expongo en el texto y critican duramente algún fallo judicial que la cuestiona (JUAN MONTERO AROCA, *El procedimiento judicial sumario del artículo 131 LH*, Valencia, 1998; JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA, *El procedimiento judicial sumario de ejecución de hipoteca*, Madrid, 1994, y JOSÉ LÓPEZ LIZ, *Procedimiento judicial sumario del artículo 131 LH*, Barcelona, 1998). El otro, MONSERRAT VALERO, parece mantener, aunque no sin dudas, la opinión contraria, fundándose en el, a este respecto, anodino artículo 1.526 del Código Civil y en alguna jurisprudencia, muy comprensible, que se enfrenta al problema a toro pasado (una vez finalizado el procedimiento cuya nulidad se reclama), pero olvidándose del artículo 149 LH y del resto de las normas que específicamente disponen otra cosa. Una muestra de la errónea perspectiva con que en ocasiones se aborda este problema se encuentra en el siguiente razonamiento que hace dicho autor, al que públicamente pido perdón por mi capricho injusto de destacar un punto que creo equivocado, en un libro de casi 600 páginas que considero un trabajo excelente y de una claridad excepcional. ANTONIO MONSERRAT reconoce que la inscripción a favor del cesionario es siempre inevitable para que el adjudicatario de la finca ejecutada pueda inscribir su adquisición, pero señala que, sobre todo en los casos en que exista una cesión en masa de créditos hipotecarios, «el cesionario aún podría estar interesado en poder seguir toda la ejecución sin necesidad de inscribir, pues, aunque al final la inscripción es inevitable, como el interesado en ésta es el adjudicatario, pudiera ser que éste se aviniera a correr con los gastos de la inscripción de la cesión». (ANTONIO MONSERRAT VALERO, *El procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria*, Pamplona, 1998, pág. 481). Como yo, por el contrario, pienso que nadie se aviene a correr con unos gastos que no le corresponden, salvo que sea engañado o injustamente obligado a ello, se me ocurre que la ejecución por el cesionario no inscrito también vulnera las leyes de defensa de los consumidores y usuarios.

Queda por determinar cuáles son los cauces por los que el ejecutado puede oponerse a la ejecución por un cesionario no inscrito. En opinión del profesor MONTERO, como hemos visto, nos encontramos ante un supuesto de *falta de legitimación activa*, de modo que el ejecutado podría oponerse a la ejecución con base en el artículo 559.1.2.º LEC. Nada que oponer a esta interpretación que me parece acertada, pero añadiría que *también existe un defecto del título ejecutivo* que permite fundar la oposición, además, en el artículo 559.1.3.º En ambos casos, y de acuerdo con la rúbrica del artículo 559, se trataría de una oposición por defectos procesales. Pero a mí me parece que el tipo de oposición de que estamos hablando, si no es de fondo, está fuertemente emparentada con la oposición por motivos de fondo.

No obstante, la oposición por falta de inscripción del derecho del ejecutante no debe, normalmente, llegar a producirse nunca, porque se trata de un defecto aparente que el Juez no debe dejar de advertir —de hecho, si la ejecución fuera posible, el Juez debería examinar la existencia y validez de la cesión— para permitir que se subsane, o para dejar sin efecto la ejecución (52), conforme a lo dispuesto en el artículo 559.2 LEC.

VI.4. OPOSICIÓN POR INFRACCIONES LEGALES DEL PROCEDIMIENTO EN EL CURSO DE LA EJECUCIÓN: EL ARTÍCULO 562 LEC

«Artículo 562 LEC. Impugnación de infracciones legales en el curso de la ejecución.

1. Con independencia de la oposición a la ejecución por el ejecutado, según lo dispuesto en los artículos anteriores, todas las personas a que se refiere el artículo 538 podrán denunciar la infracción de normas que regulen los actos concretos del proceso de ejecución:

1.º Por medio del recurso de reposición establecido en la presente Ley si la infracción constara o se cometiera en resolución del tribunal de la ejecución.

2.º Por medio del recurso de apelación en los casos en que expresamente se prevea en esta Ley (53).

3.º Mediante escrito dirigido al Juzgado si no existiera resolución expresa frente a la que recurrir. En el escrito se expresará con claridad la resolución o actuación que se pretende para remediar la infracción alegada.

(52) Si no se subsana, o si es insubsanable (por ejemplo, por haber existido una doble cesión por parte del mismo cedente).

(53) Creo que en el procedimiento ejecutivo, la LEC no concede nunca el recurso de apelación al ejecutado frente a las resoluciones que se van dictando durante el procedimiento (si, en algún caso, al ejecutante). Se aplica, pues, la regla general de que contra las resoluciones interlocutorias cabe recurso de reposición, pero no cabe apelación.

2. Si se alegase que la infracción entraña nulidad de actuaciones o el tribunal lo estimase así, se estará a lo dispuesto en los artículos 225 y siguientes».

En este artículo, a diferencia del anterior, la lista de causas de impugnación es abierta: podrá denunciarse la infracción de cualquier norma de procedimiento o cualquier irregularidad procesal que se advierta en las actuaciones judiciales, de modo que, como seguramente es lógico que así sea (54), parece que toda la regulación procedimental se convierte en rito sacramental. Si bien es cierto que en la nueva LEC normalmente la cuestión planteada la resuelve sin más el propio órgano ejecutante (55), ya que tanto el recurso de apelación ante un tribunal distinto del que conoce del procedimiento, como la posibilidad de plantear un incidente posterior de nulidad de actuaciones se reconocen con carácter absolutamente excepcional.

No obstante, sería conveniente fijar algunas pautas que permitan rechazar de plano las reclamaciones abusivas, o simplemente insignificantes. Así, se me ocurre, para concretar un poco esta posibilidad de oposición, que lo de «todas las personas a que se refiere el artículo 538», que en la ejecución hipotecaria pueden ser muchas, habrá de ser entendido como que cada una de ellas podrá realizar la impugnación sólo en relación con los actos que les afecten.

De las infracciones procesales que se pueden cometer durante el curso del procedimiento interesa detenerse en aquéllas que pueden entrañar una nulidad de actuaciones.

VI.5. NULIDAD DE ACTUACIONES POR FALTA DE REQUERIMIENTOS O NOTIFICACIONES

Si se alega o el tribunal estima que existe (no que pueda existir, sino que existe, lo cual quizá implica una interpretación restrictiva) nulidad de actuaciones, habrá que tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 225 LEC (56).

(54) Todos los trámites procesales están para ser respetados, o no son trámites. Lo importante es que el defecto procesal no debe tener más consecuencias que las necesarias para restablecer la finalidad de su existencia. En este sentido, la nueva LEC está muy bien encaminada: hace falta que su intención se cumpla en la práctica.

(55) Parece que el tribunal resuelve inmediatamente, sin que pueda hablarse de suspensión del procedimiento (a menos que, excepcionalmente, pueda recurrirse y se recurra en apelación).

(56) Observar que, de acuerdo con la DF 17.ª LEC 2000, los artículos 225 a 230 no se aplicarán en tanto no se apruebe la reforma de la LOPJ.

CAPITULO IX. De la nulidad de actuaciones. «Artículo 225 LEC. Nulidad de pleno derecho.

Los actos procesales serán nulos de pleno derecho en los casos siguientes:

- 1.º Cuando se produzcan por o ante tribunal con falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional.
- 2.º Cuando se realicen bajo violencia o intimidación.
- 3.º Cuando se prescinda de normas esenciales de procedimiento, siempre que, por esa causa, haya podido producirse indefensión.
- 4.º Cuando se realicen sin intervención de abogado, en los casos en que la ley la establezca como obligatoria.
- 5.º En los demás casos en que esta Ley así lo establezca.»

De esta relación nos interesa sobre todo el punto 3.º, que contempla una nulidad que se puede producir cuando no se realicen, o se realicen defectuosamente, alguno de los *requerimientos y notificaciones* previstos en los artículos 686 y 689 (en relación con los arts. 659 y 660), aunque sólo muy excepcionalmente, y con posterioridad la ejecución, se podrá promover el incidente declarativo de nulidad de actuaciones (57). De hecho, la realidad de la ejecución hipotecaria nos enseña dos cosas: Que no se ejecutan hipotecas, o el acreedor no continúa el procedimiento iniciado por error, por deudas pagadas o no nacidas (con lo que no hay razón para exagerar las garantías en este punto). Y, en lo que ahora nos interesa, que casi todos los problemas de indefensión que plantea una ejecución hipotecaria derivan de la falta o defecto del correspondiente requerimiento o notificación. Como en la vida, en la ejecución hipotecaria siempre es preferible que hablen de ti, aunque sea para mal, a que te ignoren.

Así, por su especial importancia, y por su estrecha relación con el Registro de la Propiedad, conviene hacer un examen somero de la parte demandada y de los requerimientos y notificaciones que deben hacerse durante la ejecución hipotecaria, sobre todo a efectos de una posible oposición —dentro del procedimiento— por nulidad de actuaciones. Del llamado incidente de nulidad de actuaciones, excepcional y posterior a la terminación del procedimiento de ejecución, me ocupo más adelante en otro lugar, aunque es inevitable hacer ahora alguna referencia al tratar de las personas que deben ser demandadas en la ejecución.

La ley distingue varias situaciones:

- La de las personas que deben ser demandadas y requeridas de pago (arts. 685.1 y 686 LEC).

(57) Cfr. artículo 228 LEC y lo que más adelante se dice sobre este tema.

- La del titular dominical sobrevenido que no ha sido requerido de pago, y que debe ser notificado a ciertos efectos (art. 689.1 LEC).
- Y la de los titulares de derechos inscritos con posterioridad a la hipoteca, a los que se les debe comunicar la existencia de la ejecución (arts. 659 y 689.2 LEC).
- Finalmente, la ley regula también una peculiar comunicación de la ejecución a arrendatarios y a ocupantes de hecho (art. 661).

A todas estas situaciones me refiero brevemente a continuación, prestando especial atención a las contradicciones que presenta la ley en orden a las personas que deben ser demandadas y requeridas de pago y al órgano que debe hacer la comunicación de la existencia de la ejecución a los titulares de derechos y cargas inscritos con posterioridad al derecho del ejecutante.

A) *La parte demandada y los requerimientos de pago en la ejecución hipotecaria: El tercer poseedor extrarregistral*

Dispone el artículo 685.1, que «La demanda ejecutiva deberá dirigirse frente al deudor y, en su caso, frente al hipotecante no deudor o frente al tercer poseedor de los bienes hipotecados, siempre que este último hubiese acreditado al acreedor la adquisición de dichos bienes». Y añade el artículo 686, que «En el mismo auto en que se despache ejecución se mandará que se requiera de pago al deudor y, en su caso, al hipotecante no deudor o al tercer poseedor contra quienes se hubiere dirigido la demanda». La norma continúa diciendo que no se practicará este requerimiento judicial si se acredita haberse efectuado extrajudicialmente conforme al artículo 681.2, y exige que todos estos requerimientos sean practicados en el domicilio que resulte vigente en el Registro.

Estos artículos resuelven las dudas que planteaba la regulación anterior sobre la base de exigir demandar y requerir de pago a todos los interesados, tanto como sujetos pasivos de la obligación garantizada, como por ser dueños del inmueble hipotecado (todo lo cual es conforme, como posibilidad, no como exigencia, con lo dispuesto en el art. 538.2.1.º y 3.º LEC). Resulta también de estos artículos que los interesados que deben ser requeridos de pago, son parte procesal pasiva de la ejecución, de modo que se da una coincidencia absoluta entre parte procesal y persona que tiene derecho a ser requerida de pago.

Pero el principal problema que plantean estas normas es que, con respecto a la situación del tercer poseedor, el artículo 685 *no dice expresamente que en todo caso debe de ser demandado el titular registral* (ausencia que no disculpa el hecho de que también se refiere a la ejecución de hipotecas mo-

biliarias y de prendas sin desplazamiento), y, correlativamente, *no resuelve de forma clara la situación y los derechos del tercer poseedor extrarregistral*.

En mi opinión, por una serie de razones cuya exposición dejo para otro momento, es evidente que en la ejecución hipotecaria inmobiliaria el titular registral debe ser demandado en todo caso (ya que si no lo es no podrá hacerse constar la imprescindible nota marginal a que se refiere el art. 688.2 LEC, ni podrá inscribirse el resultado de la ejecución), mientras que no parece nada claro que, a la vez, y en el mismo concepto de propietario del bien, deba ser demandado el tercer adquirente extrarregistral que hubiese «acreditado» al acreedor su adquisición, pero que por definición pretende ostentar una titularidad contradictoria con los pronunciamientos registrales. Quizá el problema deriva del error de la LEC de emplear, a efectos de determinar las personas que deben ser demandadas, la misma expresión que utilizaba la regla 3.^a, 3.^o del artículo 131 LH, para referirse a las personas que debían ser requeridas de pago. Y quizá la solución arripe de la recta interpretación de la expresión «acredite su adquisición» que, en materia inmobiliaria, impediría dar por acreditada cualquier titularidad que contradiga la titularidad registral. Apoya esta interpretación el artículo 686 al exigir que los requerimientos que deben hacerse a los demandados se realicen precisamente en el domicilio que resulte vigente en el Registro (58), y una serie de artículos que demuestran que en la ejecución hipotecaria sólo es tenido en cuenta el titular registral (arts. 640.3, 658, 659, 662, 683.3 ó 689 LEC y 132.1 LH).

Pero es cierto que esta solución, jurídicamente impecable, puede resultar injusta en aquellos casos —normalmente compradores en documento privado que adquieren directamente del constructor— (59) en que la falta de inscripción no sea imputable al interesado. Esta es una situación irregular que excede a la cuestión que ahora tratamos —y que en varios aspectos desafía los fundamentos del sistema de transmisión de los derechos y de protección de los terceros—, cuya cabal solución sólo es posible arbitrando un modo por el que estos titulares puedan acceder al Registro a ciertos efectos. Pero en tanto esto no se produzca, es necesario aclarar la situación del titular extrarregistral ante la ejecución hipotecaria, para lo que entiendo que podemos partir de las siguientes consideraciones.

El hecho de no dirigir la demanda de ejecución hipotecaria frente al propietario de la finca es un defecto que impide el despacho de la ejecución; y el hecho de no demandar al dueño registral impide su prosecución desde que

(58) Aunque esta misma exigencia aparece en la regla 3.^a, 3.^o del artículo 131 LH, sin que ello haya sido tenido en cuenta por ciertas resoluciones jurisprudenciales.

(59) No hay sin embargo que exagerar la protección de estos titulares extrarregistrales involuntarios, ya que no hay que olvidar que, salvo casos patológicos, sólo son titulares sobre el papel de una cosa futura o, en el mejor de los casos, de un piso que nunca han llegado a poseer ni a habitar.

el Juez tenga conocimiento de esta situación a través de la certificación registral. Pero el hecho de no demandar al propietario extrarregistral —siempre que exista un demandado en concepto de propietario del inmueble— *no afecta ni al despacho, ni a la continuación, ni a la finalización de la ejecución con la enajenación de la finca*, porque el titular extrarregistral que no es parte de la relación de crédito no es un legitimado pasivo necesario y su ausencia es indetectable. Por eso el artículo 685.1 *no dice que deba ser demandado el propietario extrarregistral de la finca, sino solo y exclusivamente el propietario no deudor «que hubiera acreditado al acreedor la adquisición»*. El que no lo haya hecho, pese a ser igualmente dueño de la finca, no tiene derecho a ser demandado, ni a plantear una nulidad de actuaciones dentro de procedimiento, ni a considerarse indefenso a los efectos de promover en su caso un incidente de nulidad de actuaciones posterior a la ejecución. Sin perjuicio de que pueda presentarse en el proceso e intervenir en los actos que se realicen a partir del momento de su aparición, o evitar la ejecución pagando la deuda reclamada.

Esto significa que *la necesidad de demandar al titular extrarregistral no es una exigencia legal —ni mucho menos una exigencia constitucional derivada del principio de tutela judicial efectiva—, sino sólo una carga del ejecutante que conoce su existencia y, consecuentemente, que los derechos de que dispone ese titular como parte procesal (no los derechos de intervención que corresponden a cualquier titular que se presente en el procedimiento), son sólo los que constituyen la sanción al incumplimiento de esa carga y determinan una responsabilidad en el ejecutante, pero sin que la existencia de un titular extrarregistral no demandado pueda afectar a personas distintas del ejecutante y, singularmente, al adquirente de la finca ejecutada.*

En este sentido, para determinar la situación jurídica de este titular, que no haya sido demandado, hay que distinguir según que se presente durante la ejecución o una vez consumada ésta:

- Si se presenta durante la ejecución, el propietario extrarregistral que hubiera acreditado al acreedor su adquisición antes del inicio del procedimiento parece que gozará de más posibilidades de actuación en el procedimiento que el mismo titular que no hubiera hecho aquella acreditación, porque no sólo podrá intervenir en los actos futuros, sino incluso en los actos ya realizados, aunque su repetición suponga un perjuicio para el ejecutante. Por lo demás, como cualquier otro propietario que se presente en la ejecución dispondrá, casi hasta el último momento, de amplias posibilidades de intervención que garantizan la proscripción de la indefensión.
- Una vez consumada la ejecución, *el conflicto ya no se plantea entre el titular extrarregistral (no demandado a pesar de haber acreditado*

al acreedor su adquisición) y el ejecutante (gravado con la carga de dirigir la demanda contra él), sino entre aquel titular y el nuevo propietario, que ha adquirido la finca como resultado de la ejecución, confiando en la seriedad de las ventas judiciales y sin haber tenido ningún medio de conocer la existencia de un titular clandestino.

Y en este conflicto, todas las razones están a favor de considerar que la titularidad del adquirente en la ejecución es inatacable, de modo que el titular extrarregistral no demandado no puede interponer el incidente de nulidad de actuaciones previsto en los artículos 228 LEC y concordantes (60). Porque para el adquirente en la ejecución es indiferente que el titular clandestino hubiera acreditado o no al ejecutante su adquisición (61). Porque no se puede hacer recaer sobre el adquirente en la ejecución las consecuencias de la «negligencia» del acreedor ejecutante. Y porque la seriedad y la dignidad que deben presidir las actuaciones judiciales, y cuyo respeto constituye uno de los objetivos de la nueva LEC, *hacen impensable que las subastas judiciales, y más aún las ventas por persona o entidad especializada, puedan estar inviablemente lastradas* por la coetilla de que la eficacia de la transmisión queda pendiente de que en los próximos cinco años no aparezca un titular clandestino que hubiera acreditado su adquisición al acreedor ejecutante (62).

El titular no demandado sólo podrá, en su caso, dirigirse contra el ejecutante sobre el que recaía la carga de hacerlo. Pero en punto a determinar en concreto cuál es la responsabilidad del acreedor ejecutante que no cumple con lo dispuesto en el artículo 685.1, la cuestión se vuelve mucho más vidriosa. Porque habrá que averiguar qué significa acreditar la adquisición de la finca, ya que hasta ahora al banco, como titular hipotecario, no le ha interesado saber quién es el dueño de la finca —ni puede pretender tener ninguna influencia en este punto porque implicaría una prohibición de disponer vedada por el art. 27 LH—, sino sólo tomar nota de a quién tiene que girar los recibos. De modo que el tercero puede limitarse a manifestar al empleado de ventanilla que, por haber adquirido la finca o por la razón que sea, va a hacerse cargo del pago de la deuda, a pesar de no ostentar la condición de deudor (puesto que, y entonces cambia el papel del banco, para asumir la deuda necesita el consentimiento del acreedor). Habrá también que tomar en consideración la diligencia observada por el tercero que reclama la indemni-

(60) De este incidente me ocupo específicamente más adelante.

(61) Y no creo que nadie defienda que cualquier titular clandestino no demandado, haya o no acreditado su adquisición al ejecutante, pueda promover el incidente de nulidad de actuaciones frente al adquirente en la ejecución.

(62) Cabe incluso considerar que el adquirente en la ejecución es tercero hipotecario frente al defecto de no haber sido demandado un titular clandestino, pero esta perspectiva prefiero dejarla para otra ocasión.

zación, y en concreto las razones que tuvo para, sabiendo que ha comprado una finca hipotecada y, como es su obligación, habiendo descontado o retenido del precio la cuantía pendiente de amortización, no haber inscrito su adquisición, ni haber atendido los pagos a los que ante el propio banco se comprometió, ni haber aparecido durante el transcurso de un procedimiento perfectamente previsible.

En cualquier caso, con la reforma procesal entiendo que deben tenerse por superadas anteriores decisiones jurisprudenciales como las conocidas sentencias del TCO 14/7/88 y del TS 18/5/93. Sentencias que hay que situar en un tiempo histórico en que la posibilidad de impugnar resoluciones judiciales firmes por indefensión era algo novedoso y poco estudiado y que, dicho sea de paso, fueron dictadas en una etapa de desmedido garantismo y de confusión de competencias entre la Justicia Ordinaria y la Constitucional, y tampoco fueron merecedoras en su momento de ser consideradas más que como fallos para casos concretos, y no como instauradoras de un principio general. Probablemente, la redacción del artículo 685.1 LEC responde a la idea de dar satisfacción a estas decisiones jurisprudenciales, pero los reflejos del legislador han sido muy lentos, porque la visión que ahora tenemos de la nulidad de actuaciones dista mucho de la que se tenía hace unos años, y además la realidad es terca y no admite soluciones que no se armonicen con los principios de seriedad de las actuaciones judiciales y de autorresponsabilidad y seguridad jurídica que inspiran el principio de legitimación registral y la institución procesal de la cosa juzgada material, y su variante la cosa ejecutada.

El consejo, no obstante, para todos aquellos que estén a cargo de las asesorías jurídicas de las entidades bancarias, es que tengan en cuenta lo dispuesto en la nueva ley procesal, lleven un estricto control de la información de que dispone la entidad y, en caso de duda, demanden a todo aquel que resulte sospechoso de estar incluido en la expresión del artículo 685.1 LEC.

B) *La notificación al titular de dominio sobrevenido que no ha sido requerido de pago*

El artículo 689.1 regula los derechos que corresponden en la ejecución —el primero de los cuales es el de ser notificado de la existencia del procedimiento—, al tercer poseedor que no es parte procesal, y que por tanto tampoco tiene derecho a ser requerido de pago, por no haber acreditado al acreedor la adquisición del inmueble antes de la interposición de la demanda (vid. arts. 685.1 y 686.1), pero que ha inscrito su derecho en el Registro antes de la expedición de la certificación registral a que se refiere el artículo 688 LEC. Dispone este artículo 689.1, que «Si de la certificación registral apareciere que la persona a cuyo favor resulte practicada la última inscripción de

dominio no ha sido requerido (sic) de pago en ninguna de las formas notarial o judicial, previstas en los artículos anteriores, se notificará la existencia del procedimiento a aquella persona, en el domicilio que conste en el Registro, para que pueda, si le conviene, intervenir en la ejecución, conforme a lo dispuesto en el artículo 662, o satisfacer antes del remate el importe del crédito y los intereses y costas en la parte que esté asegurada con la hipoteca de su finca».

En realidad, de la certificación registral nunca aparecerá si el titular dominical ha sido o no requerido de pago, de modo que lo que la norma quiere decir es que el Juez deberá comprobar si el dueño registral de la finca ha sido demandado y requerido de pago conforme a los artículos 685 y 686 LEC o si, por no darse los presupuestos que contemplan estos preceptos —y en concreto por no haber acreditado al acreedor la adquisición del inmueble antes de la interposición de la demanda—, no ha sido demandado ni requerido y procede hacer la notificación prevista en el artículo 689.1 (63).

En cualquier caso, lo que está claro es que el artículo 689.1 se refiere exclusivamente al titular dominical y no al titular de cualquier otro derecho real, ni siquiera al titular de aquellos derechos que atribuyen la consideración de tercer poseedor conforme al artículo 662.2 LEC (usufructo o dominio directo, ya que los titulares de la nuda propiedad o del dominio útil se pueden considerar titulares de dominio). Se produce así una falta de paralelismo difícil de entender entre el artículo 689.1 y los artículos 685.1 y 686.1, que hablan de tercer poseedor. No obstante, estos titulares no dominicales, siempre que consten inscritos con anterioridad a la expedición de la certificación registral, tendrán el derecho a recibir la comunicación a que se refiere el artículo 689.2.

(63) Pero el artículo 689.1 no dice exactamente esto, ya que su supuesto de hecho es la existencia de un titular registral de dominio que, por cualquier causa, no ha sido requerido de pago, y no la existencia de un titular registral de dominio no requerido y distinto de aquél contra el que debe haberse dirigido la demanda conforme al artículo 685.1. Esta ambigua redacción deja abierta la posibilidad de otras interpretaciones, sobre todo si tenemos en cuenta que, a menos que el ejecutante lo manifieste dirigiendo la demanda contra el tercer poseedor, el Juez no tiene medio de conocer, antes de iniciarse el procedimiento, si este último ha acreditado al acreedor la adquisición de los bienes hipotecados (vid. art. 685.1 *in fine*). Así cabe interpretar que entre los artículos 685.1 y 689.1 —referido uno al tercer adquirente que haya acreditado su condición al acreedor y el otro, con mucha más seguridad y precisión, al tercer adquirente que haya inscrito su adquisición en el Registro de la Propiedad—, existe una discordancia que debe ser resuelta entendiendo que *el único que tiene derecho a ser tenido en cuenta en la ejecución es el titular registral*, y que el hecho de ser inicialmente demandado y parte procesal en la ejecución carece de verdadera importancia, porque la notificación ex artículo 689.1 atribuye al notificado prácticamente los mismos derechos de que goza la parte procesal en la ejecución. De esta forma, además, la notificación ex artículo 689.1, basada en la certificación registral, purgaría cualquier defecto que hubiera podido producirse en la constitución de la relación procesal de acuerdo con el artículo 685.1.

C) *Las discordancias del artículo 132.1.º LH*

Dispone el nuevo artículo 132.1.º LH, en su redacción dada por la reforma procesal, que: «A los efectos de las inscripciones y cancelaciones a que den lugar los procedimientos de ejecución directa sobre los bienes hipotecados, la calificación del Registrador se extenderá a los extremos siguientes: 1.º Que se ha demandado y requerido de pago al deudor, hipotecante no deudor y terceros poseedores que tengan inscritos su derecho (*sic*) en el Registro en el momento de expedirse certificación de cargas en el procedimiento.

Este artículo, defectuosamente redactado, presenta algunas discrepancias con relación a los artículos 685, 686 y 689 en los que indudablemente se fundamenta. Así, exige que sean demandados y requeridos de pago los terceros poseedores que tengan inscrito su derecho al tiempo de expedirse la certificación de cargas, mientras que los preceptos de la LEC sólo establecen que sean demandados y requeridos aquellos que hubieran adquirido y hubieran acreditado al acreedor su adquisición con anterioridad a la interposición de la demanda. Los que no cumplan estos requisitos, si figuran en la certificación de dominio y cargas, sólo deberán ser notificados de la existencia del procedimiento en la forma y a los efectos establecidos en el artículo 689.1 LEC. El problema se concreta, por tanto, al tercer poseedor que no constaba inscrito —ni había acreditado al acreedor su adquisición, si es que esta acreditación se considera suficiente para ser legitimado pasivo necesario— al tiempo de interponerse la demanda, pero que inscribe después —incluso puede que haya adquirido después de interpuesta la demanda—, aunque antes de expedirse la certificación de cargas. Este tercer adquirente no debe ser ni demandado ni requerido ex artículos 685 y 686, sino sólo notificado ex 689.1, todos de la LEC.

D) *La comunicación a otros titulares de derechos y cargas inscritos con posterioridad al derecho del ejecutante*

En este punto me voy a referir principalmente a una cuestión menor que pienso que nunca tenía que haberse planteado, pero que, por la forma en que la LEC la regula, está destinada a crear una cierta, aunque espero que fugaz o efímera polémica, puesto que es un tema que tiene que estar definitivamente resuelto en el momento de la entrada en vigor de la reforma procesal. Se trata de la determinación del órgano encargado de hacer las notificaciones a los titulares de derechos o cargas posteriores a la hipoteca, y anteriores a la nota marginal de expedición de la certificación registral, distintos de los titulares de dominio.

Con respecto a la ejecución general u ordinaria (no hipotecaria), la nueva LEC mantiene el sistema hasta ahora vigente y prevé que el Registrador comunique la existencia de la ejecución a los titulares de derechos y cargas inscritos con posterioridad al derecho del ejecutante (y por tanto sujetos al sistema de pura), pero con anterioridad a la expedición de la certificación prevista en el artículo 656. Así resulta del artículo 659.1 que dice que: «El Registrador comunicará la existencia de la ejecución a los titulares de derechos que figuren en la certificación de cargas y que aparezcan en asientos posteriores al del derecho del ejecutante, siempre que su domicilio conste en el Registro» (64). El precepto continúa diciendo que a los titulares de derechos inscritos con posterioridad a la expedición de la certificación no se les realizará comunicación alguna (ya que, según aclara el art. 132.2.º LH, la nota marginal de expedición de la certificación les sirve de notificación), y regula la intervención de estos titulares en la ejecución.

En cambio, en la ejecución hipotecaria, el sistema hasta ahora vigente es diferente, sobre todo en lo que respecta a los titulares que aparecen en la certificación a que ahora se refiere el artículo 688.1 LEC. Así, a los terceros que inscriben o anotan su derecho después de haber sido expedida la certificación registral no se les realiza comunicación alguna, porque la nota marginal que se practica como consecuencia del despacho de la certificación les advierte de la existencia de la ejecución y les sirve de notificación. Mientras que los terceros que constan inscritos con anterioridad y aparecen en la certificación registral tienen derecho a ser notificados de la existencia de la ejecución. Sólo que, y aquí se encuentra la principal diferencia con respecto a la ejecución ordinaria, esta notificación a personas que tienen derecho a intervenir en diversas fases del procedimiento, se realiza, como es lógico, por el Juzgado y como un trámite más del procedimiento de ejecución.

Esta diferencia en orden al órgano encargado de hacer las notificaciones, según que la ejecución sea ordinaria o hipotecaria, tiene una clara justificación. Tratándose de una ejecución ordinaria, que se desarrolla mediante la técnica de embargo-anotación, la cuestión carece de importancia porque, en realidad, la comunicación es innecesaria y sólo se practica —repito, innecesariamente— a mayor abundamiento, ya que los titulares que deben

(64) Esta última frase es esencial, porque si el domicilio no consta en el Registro, el Registrador no dispone de medios adecuados para llevar a cabo la comunicación. Sin embargo, en contradicción con esta norma, dispone el artículo 660.1 que, «en el caso de que el domicilio no constare en el Registro..., el Registrador practicará nueva (?) comunicación mediante edicto en el tablón de anuncios del Registro, que se publicará durante un plazo de quince días». Lo cierto es que, puesto que el Registro publica la existencia del procedimiento a través de la correspondiente anotación del embargo, si la comunicación en el domicilio ya es innecesaria, esta publicación en el tablón de anuncios resulta ridícula. La publicidad registral resulta y debe resultar de los libros registrales.

ser notificados por el Registro ya tienen conocimiento de la ejecución a través de la anotación del embargo. Pero tratándose de una ejecución hipotecaria, que supone que los terceros han inscrito sus derechos sin tener conocimiento de la existencia de la ejecución, la notificación a personas con intereses en el procedimiento es una función jurisdiccional que corresponde realizar al órgano encargado del proceso, a menos que la realización o la ausencia de estas comunicaciones sea indiferente para el desarrollo del procedimiento (65).

La nueva LEC, según entiendo, mantiene este mismo sistema, pero introduce alguna importante confusión y unas antinomias que es necesario despejar. En cuanto a los terceros posteriores a la expedición de la certificación registral, las cosas siguen igual: no tienen derecho a notificación alguna, porque la nota marginal ex artículo 688.2 les sirve de notificación (art. 132.2.º LH). Pero en cuanto a los terceros posteriores a la hipoteca que constan en la certificación registral, las cosas no están tan fáciles, y es necesario hacer una interpretación correctora a fin de aclarar ciertos puntos oscuros y de eliminar las contradicciones legales.

En mi opinión, el sistema de la nueva LEC se basa en dos distinciones: una, según que estemos ante una ejecución ordinaria o ante una ejecución hipotecaria; y otra, según que los bienes se realicen mediante subasta pública, o mediante convenio o persona o entidad especializada. En cuanto a la primera distinción, la LEC no modifica en esencia el sistema actualmente vigente; en cambio, la segunda distinción es una novedad que deriva de la introducción de formas de realización de los bienes alternativas a la subasta. Sin embargo, la necesidad de tener que dilucidar quién es el órgano encargado de hacer las notificaciones, según que la ejecución sea ordinaria o hipotecaria, deriva de lo dispuesto en el artículo 689.2 LEC, que se refiere a estas notificaciones con una confusa remisión general al artículo 659 LEC, siendo así que la remisión a este artículo debe entenderse hecha únicamente a sus apartados 2 y 3, pero no al 1, según resulta explícitamente de otras normas de la propia LEC. Por el contrario, la necesidad de examinar la cuestión en los supuestos de realización de los bienes alternativos a la subasta es más bien algo que viene impuesto por su carácter novedoso.

Para exponer y tratar de aclarar el sistema de notificaciones que resulta de la nueva LEC, voy a seguir el método de proponer unas conclusiones y de justificarlas a continuación.

(65) La práctica de actos judiciales es una tarea ajena a la función registral y a los principios de su funcionamiento rogado, aparte de que el Registrador no puede hacerse responsable del cumplimiento de requisitos propios del procedimiento ejecutivo que realiza sin garantía, ni, en caso de que haya problemas, los afectados tienen que aceptar como válidas estas notificaciones.

— **Conclusiones:** *En la ejecución ordinaria, basada en la anotación del embargo, y finalizada mediante subasta, el órgano encargado de hacer estas notificaciones es el Registrador de la Propiedad (art. 659 LEC).*

En la ejecución hipotecaria, sumaria u ordinaria, el órgano encargado de hacer estas notificaciones es, como hasta ahora, el Juez o tribunal ante el que se siga el procedimiento (cfr. arts. 691.1, 692.3, y 660.2 LEC, y 132.2.º LH).

También corresponde al tribunal hacer las notificaciones que procedan, aún tratándose de una ejecución ordinaria, en los casos en que la realización de los bienes se lleve a cabo mediante convenio o a través de persona o entidad especializada (arts. 640.3 y 641.3, a los que no les es aplicable lo dispuesto en el art. 659.1, referido a la enajenación mediante subasta).

— **Justificación:** Las anteriores conclusiones resultan con la suficiente rotundidad de las siguientes normas:

1. Del artículo 691.1 LEC (66), que, al disponer que se procederá a la subasta transcurridos treinta días desde que tuvieron lugar las notificaciones antes expresadas, presupone que todas las notificaciones han sido hechas por el tribunal, ya que la propia LEC no prevé ningún medio por el que éste pueda saber en qué momento han tenido lugar las notificaciones que pudiera haber hecho el Registrador.

2. Del artículo 692.3 LEC que dice que: «En el mandamiento que se expida para la cancelación de la hipoteca que garantizaba el crédito del ejecutante y, en su caso, de las inscripciones y anotaciones posteriores, se expresará, además de lo dispuesto en el artículo 674, que se hicieron las notificaciones a que se refiere el artículo 689». ¿Cómo podría el Juez expresar en el mandamiento, como hace hasta ahora, que se hicieron las notificaciones a que se refiere el artículo 689, si estas comunicaciones las hiciera el Registrador?

3. Del artículo 132.2.º LH, en su redacción dada por la LEC 2000, que dispone que, «A los efectos de las inscripciones y cancelaciones a que den lugar los procedimientos de ejecución directa sobre los bienes hipotecados, la calificación del Registrador se extenderá a los extremos siguientes: 2.º Que se ha notificado la existencia del procedimiento a los acreedores y terceros cuyo derecho ha sido anotado o inscrito con posterioridad a la hipoteca...» ¿Cómo va el Registrador a calificar que se ha cumplido aquello que aparentemente a él le corresponde efectuar?

4. Del artículo 660.2 LEC, que dispone que, «La ausencia de las comunicaciones del Registro o los defectos de forma de que éstas pudieran adolecer no serán obstáculo para la inscripción del derecho de quien adquiera el

(66) Tomo este argumento de RIVAS TORRALBA, *Boletín del Colegio de Registradores*, núm. 61, junio 2000.

inmueble en la ejecución». Esta norma es la consagración legislativa de la doctrina sentada por la RDGR 1/7/97 que se justifica, según esta DG, en que en la ejecución ordinaria las notificaciones de que tratamos no pueden ser consideradas un trámite sustancial del proceso ni, ante su falta, puede alegarse indefensión, puesto que, como señala el preámbulo del Real Decreto 13/11/92, de reforma en este punto del RH, cuando los titulares de cargas que son sujetos de la notificación adquieren su derecho pudieron conocer perfectamente, por la anotación registral, la concreta situación jurídica del bien adquirido y es a ellos a quienes incumbe «estar alerta para intervenir oportunamente en las actuaciones de ejecución». Por el contrario, la propia DG contrapone la situación de estos titulares a la de los titulares posteriores a una hipoteca en ejecución, dando a entender que la solución del actual artículo 660.2 LEC no es aplicable a la ejecución hipotecaria y que en ésta la notificación a los terceros inscritos es, probablemente, un trámite sustancial del proceso. Pues bien, dado que el artículo 660.2 LEC se refiere en general a las comunicaciones del Registro, y dado que esta norma no se aplica a la ejecución hipotecaria, es lógico deducir que en la ejecución hipotecaria las comunicaciones no las hace el Registro.

5. De la inclusión del artículo 659 LEC dentro de la Sección 6.ª, Cap. IV, Tít. IV, L. III, dedicada a la regulación de la subasta de bienes inmuebles, de donde se deduce que el Registrador sólo tiene el encargo de informar de la existencia del procedimiento, a mayor abundamiento y sin que la falta de comunicación produzca efecto alguno (art. 660.2), a aquellos que ya deben conocer la existencia de la ejecución a través de la correspondiente anotación registral del embargo; pero no de notificar a aquellos terceros que deben prestar su conformidad (art. 640.3) o comparecer, y en su caso consentir (art. 641.3), en el caso de que se opte por una forma de realización de los bienes distinta de la subasta. Ni menos aún corresponde al Registrador determinar quiénes sean estos terceros, cosa que sobre todo en el caso del artículo 641.3 no está nada claro. En estos casos, como siempre que se trate de una ejecución hipotecaria, la notificación a terceros, con importantes derechos a deducir en el procedimiento, es una función jurisdiccional.

En fin, entiendo que esta interpretación no sólo es la más respetuosa con la ley, entendida como un conjunto de normas interrelacionadas, sino la que mejor responde al hecho de que, al efecto de las notificaciones a terceros, la ejecución ordinaria y la hipotecaria no son supuestos análogos sino radicalmente distintos, ya que en la primera cualquier tercero que accede al Registro debe conocer la existencia de la ejecución a través de la correspondiente anotación registral y puede tomar las medidas que considere oportunas, mientras que los terceros que adquieren algún derecho sobre una finca hipotecada, saben que deben soportar la hipoteca, pero ignoran el hecho y el momento de la ejecución. De esta forma, y en atención al principio de la tutela judicial

efectiva, la solución que se propone es, además, la más prudente. La situación, en la ejecución ordinaria, de los terceros posteriores a una anotación de embargo que deben ser notificados por el Registrador conforme al artículo 659.1 LEC se parece más, en la ejecución hipotecaria, a la de los terceros posteriores a la nota marginal a que se refiere el artículo 688.2 LEC, los cuales no tienen derecho a ninguna clase de notificación, porque no se rigen por lo dispuesto en el artículo 659.1, sino por el 659.2 LEC (y 132.2.º LH).

En cualquier caso, es obvio que todo este problema está en relación directa con la naturaleza y valor de la intervención que se atribuya en la ejecución hipotecaria a los titulares de estos derechos y cargas. Naturaleza y calidad que habrá de ser pacientemente dilucidada y concretada, aunque, sin duda, a la vista de los artículos 640.3 y 641.3, adquiere su mayor importancia en los supuestos de realización de los bienes alternativos a la subasta, que están llamados a ser los más frecuentes.

En este sentido, debo reconocer, por honestidad intelectual, que el artículo 660.2 LEC es tan ambiguo y timorato que, en mi opinión, en sus términos literales, es perfectamente aplicable tanto a la ejecución ordinaria como a la ejecución hipotecaria, puesto que, según entiendo y explico más adelante, *la enajenación resultante de la ejecución hipotecaria no puede ser revocada en ningún caso a instancia de los terceros interesados distintos del titular dominical*. Ni a través del declarativo posterior a que se refiere el artículo 698 LEC, ni a través del incidente de nulidad de actuaciones del artículo 228, que no puede ser promovido por quien no fue o hubiera debido ser parte en el procedimiento de ejecución. Por tanto, la ausencia o el defecto de forma de las comunicaciones que deben realizarse a estos terceros nunca serán obstáculo para la inscripción del derecho de quien adquiera el inmueble en la ejecución, sea la ejecución ordinaria o hipotecaria, y sea el Juez o el Registrador el encargado de hacerlas (al menos, siempre que el medio de realización del bien sea la subasta). Si esto es así, el artículo 132.2.º LH, en su redacción dada por la LEC, se equivoca al disponer que la calificación registral de los títulos inscribibles resultantes de la ejecución se extienda a la notificación de la existencia del procedimiento a ciertos acreedores y terceros, ya que la ausencia o defecto de estas notificaciones en nada afecta a la práctica de las inscripciones y cancelaciones a que den lugar los procedimientos de ejecución hipotecaria. Y el artículo 692.3 LEC se excede al exigir que en el mandamiento de cancelación se exprese que se hicieron las notificaciones a que se refiere el artículo 689, sin distinción, puesto que lo único que debe expresar, en su caso, es que, por darse el concreto supuesto, se practicó la notificación a que se refiere el punto 1 del artículo 689 (67).

(67) Además, siguiendo una errónea concepción tradicional, la ley exige la constancia de esta notificación sólo en el mandamiento de cancelación de cargas, siendo así que

Lo que ocurre es que el artículo 660.2 debe ser objeto de una interpretación extensiva, de acuerdo con su origen histórico y su finalidad, para extraer de él algo distinto de lo que dice. En este sentido, la norma del 660.2 debe ser entendida como una norma que pretende diferenciar la ejecución ordinaria de la hipotecaria —cosa que no resulta de su estrecha redacción—, sobre la base de que en la ejecución ordinaria las comunicaciones del artículo 659.1 son innecesarias, porque el titular posterior debe conocer la existencia del procedimiento de ejecución por la anotación del embargo. Ello lleva a concluir de forma natural que la finalidad de la norma del artículo 660.2 es disponer que en la ejecución ordinaria —única a la que se aplica la norma del 660.2—, aunque las comunicaciones falten o sean defectuosas, el tercero no puede apoyarse en ello para fundar, durante el procedimiento, una oposición por defectos procesales (cfr. sobre todo arts. 562 y 227 LEC). Por el contrario, en la ejecución hipotecaria —a la que no se aplica el 660.2—, la ausencia o los defectos de forma de las comunicaciones que deben ser realizadas a personas que no tienen otro medio de conocer la existencia de la ejecución —en la que tienen importantes intereses y facultades de intervención—, *abre la posibilidad a los terceros afectados de plantear —dentro del procedimiento (nunca por incidente posterior, como veremos)— una oposición por irregularidades del procedimiento (conforme a los arts. 562 y 227 LEC)*. Todo lo anterior, por consiguiente, no invalida al artículo 660.2 como argumento para defender la notificación judicial en la ejecución hipotecaria, sino que lo confirma.

Resta decir que esta regulación sólo se refiere a los titulares de derechos distintos del dominio, puesto que con respecto a éstos las reglas son distintas. Si constan en la certificación de dominio y cargas, y no han sido previamente requeridos de pago, conforme al artículo 689.1 deben ser notificados de la existencia del procedimiento por el Juez (y no por el Registrador). Si acceden al Registro con posterioridad, creo, si no estoy equivocado, que ni la LEC ni el artículo 132 LH los contemplan. Pero habrá que entender que, al igual que ocurre con los titulares de derechos distintos del dominio, la nota marginal de expedición de la certificación les sirve de notificación, aunque, lógicamente y a diferencia de aquéllos, tendrán en el procedimiento los derechos propios de los titulares dominicales.

el defecto afecta a la propia adjudicación o adquisición del rematante o adquirente. No es que su titularidad quede gravada con una carga que no se cancela —cosa que además es imposible en este supuesto porque estamos hablando de un propietario no notificado—, es que su adquisición no es inscribible porque el procedimiento está, de forma patente, amenazado de nulidad, y porque se ha seguido sin tener en cuenta al titular registral. Sobre esta cuestión puede verse mi trabajo, ya antiguo, sobre la cancelación de cargas posteriores a un derecho de opción, publicado en el núm. 691, *RCDI* de 1989. El problema, no obstante, se halla relativizado en la nueva LEC —aunque no bien enfocado y superado— por el nuevo artículo 133 LH, que exige la presentación simultánea del testimonio del auto de adjudicación y del mandamiento de cancelación de cargas.

E) *La notificación a los arrendatarios y ocupantes*

Se halla prevista en el artículo 661 de la nueva LEC. Se trata de una novedad legislativa respecto de la que sólo quiero decir que, según entiendo, la falta de la notificación a que se refiere este precepto no permite a los arrendatarios y ocupantes presentar recurso alguno, ya que no les perjudica en su derecho. El artículo 661 no es una nueva norma de protección de los arrendatarios y ocupantes, sino una norma de reacción frente a la excesiva protección de estos poseedores —a los que muchas veces, por la irregularidad del acto que motiva su aparición, habría que llamar «okupantes»—, que a pesar de su habitual clandestinidad y su falta de preferencia frente a la hipoteca anterior, han llegado, a través de una extraña evolución legislativa y jurisprudencial, a alcanzar un *status* que les faculta para mantener su ocupación, aún a costa de interferir gravemente en las condiciones en que se produce la venta judicial: el órgano judicial anuncia y realiza la venta de una finca, y el adquirente recibe una finca arrendada u ocupada. Así, el nuevo artículo 661, en relación con el 675, lo que pretende es recuperar, en la medida de lo posible, la claridad y seriedad de la ejecución judicial y evitar perjuicios al ejecutante.

En este sentido, la notificación a los arrendatarios y ocupantes constituye para ellos más que un derecho, una exigencia: la de que presenten al tribunal los títulos que justifiquen su situación, puesto que si no comparecen o no justifican su derecho a permanecer en el inmueble, el Juez declarará, antes de proceder a la venta de la finca, que no tienen derecho a permanecer en el inmueble (art. 661) y decretará su inmediato lanzamiento después de la ejecución (art. 675) (68). En cambio, la falta de notificación no les supone ningún perjuicio, ya que de esta ausencia no se sigue efecto alguno (69). De hecho, a menos que se trate de titulares inscritos (en cuyo caso probablemente deberán ser tratados como cualquier otro titular inscrito), si los arrendatarios y ocupantes no constan en el procedimiento, desaparece sin más el trámite de su notificación (70).

(68) A falta de la notificación y declaración a que se refiere el artículo 661, el lanzamiento de los ocupantes también se puede producir después de la ejecución, tras una sencilla vista, conforme al artículo 675 LEC.

(69) Seguramente existen otros perjudicados por esta falta de notificación, distintos de los ocupantes, como los adjudicatarios o adquirentes de la finca, a los que, sin anuncio alguno, se les transmite una situación jurídica sin depurar.

(70) A otros efectos, y en particular a efectos de la inscripción en el Registro de la Propiedad de la venta o adjudicación resultante del procedimiento, cabe entender que, si se ha practicado la notificación a que se refiere el artículo 661.1, no será necesario acreditar que se ha practicado la notificación al arrendatario a efectos de su derecho de retracto, ya que éste ha podido hacer valer sus derechos en el procedimiento. Se daría así un pequeño paso para eliminar los obstáculos que tradicionalmente ha planteado la posible existencia de arrendatarios clandestinos injustamente sobreprotegidos.

— Para finalizar este punto, es de observar que algunos de los preceptos examinados —como los arts. 659, al que se remite el 689.2, o el art. 662—, están extrañamente situados en la Sección 6.^a del Capítulo IV del Título IV de la LEC, relativa a «la subasta de bienes inmuebles». ¿Quiere esto decir que estas normas no son aplicables en el caso en que se opte por cualquiera de las otras formas alternativas de realización de los bienes hipotecados previstas en los artículos 640 y 641? Lo cierto es que no está claro cuáles de estos preceptos son solamente aplicables al sistema de subasta y cuáles son de aplicación general, cualquiera que sea el método de realización del bien (cfr. arts. 659, 661, 662, 672, 674, 675...).

No cabe duda de que algunos de los artículos incluidos en la Sección relativa a la subasta son aplicables a las demás formas de realización de los bienes por la remisión que establece el último párrafo del artículo 642, que dice que, «aprobada la transmisión, se estará a lo dispuesto para la subasta de inmuebles en lo que se refiere a la distribución de las sumas recaudadas, inscripción del derecho del adquirente y mandamiento de cancelación de cargas». Pero, de una parte, no está claro el alcance de esta remisión (¿se incluye en ella el art. 656, relativo a la expedición de la certificación registral?), y, de otra, existen algunos preceptos a los que parece claro que el artículo 642 no se remite, como los artículos 659, 661, 662 ó 675. Sin embargo, al menos algunas de estas normas deben ser aplicables, cualquiera que sea el sistema de realización del bien (¿pueden incluirse en el reenvío que hace el propio art. 642 en su punto 1?), aparte de que es posible que en el momento en que deban entrar en juego todavía no se sepa cuál va a ser el sistema de realización de los bienes que va a ser utilizado.

VII. RECLAMACIONES RELEGADAS AL JUICIO DECLARATIVO POSTERIOR: LOS EFECTOS DE ESTE JUICIO SOBRE LA EJECUCION CONSUMADA

«Artículo 698. Reclamaciones no comprendidas en los artículos anteriores.

1. Cualquier reclamación que el deudor, el tercer poseedor y cualquier interesado puedan formular y que no se halle comprendida en los artículos anteriores, incluso las que versen sobre nulidad del título o sobre el vencimiento, certeza, extinción o cuantía de la deuda, se ventilarán en el juicio que corresponda, *sin producir nunca el efecto de suspender ni entorpecer* el procedimiento que se establece en el presente capítulo.

La competencia para conocer de este proceso se determinará por las reglas ordinarias.

2. Al tiempo de formular la reclamación a que se refiere el apartado anterior o durante el curso de juicio a que diere lugar, podrá solicitarse que se asegure la efectividad de la sentencia que se dicte en el mismo, con retención del todo o de una parte de la cantidad que, por el procedimiento que se regula en este capítulo, deba entregarse al acreedor.

El tribunal, mediante providencia, decretará esta retención en vista de los documentos que se presenten, si estima bastantes las razones que se aleguen. Si el que solicitase la retención no tuviera solvencia notoria y suficiente, el tribunal deberá exigirle previa y bastante garantía para responder de los intereses de demora y del resarcimiento de cualesquiera otros daños y perjuicios que puedan ocasionarse al acreedor.

3. Cuando el acreedor afiance, a satisfacción del tribunal, la cantidad que estuviere mandada retener a las resultas del juicio a que se refiere el apartado primero, se alzará la retención».

VII.1. SISTEMA TÍPICO DE LOS PROCESOS DE EJECUCIÓN SUMARIOS

Es sustancialmente el siguiente:

1. Se exige al acreedor la tenencia de un específico título ejecutivo singularmente fehaciente y, correlativamente, se limitan las posibilidades de oposición y defensa del ejecutado.

2. Se articula la posibilidad de acudir a un proceso declarativo posterior —o coetáneo, aunque siempre posterior en su finalización— en donde el ejecutado puede discutir todo lo que no pudo plantear en la ejecución, o no pudo defender en ella con todo tipo de pruebas.

En este sentido, se dice que el proceso ejecutivo o de ejecución es un proceso sumario, tanto en cuanto es un proceso ágil y simple, como, sobre todo, porque no produce el efecto de cosa juzgada. Pero creo que puede afirmarse que la relación entre los procesos sumarios —y en concreto, los procesos ejecutivos—, sin efecto de cosa juzgada, y los procesos plenarios que pueden plantearse sobre la misma cuestión, no suele presentarse normalmente con la suficiente claridad. A pesar de esta dificultad inicial, las líneas que siguen pretenden llegar a una solución segura y defender la conclusión de que la ejecución produce en todo caso efecto de cosa ejecutada (71) y también, aunque de forma limitada, efecto de cosa juzgada material. Aunque,

(71) A la cosa ejecutada se refiere el profesor MONTERO como aquel efecto que implicaría que la finca subastada y adjudicada habría salido de modo irreversible de la propiedad del ejecutado. MONTERO AROCA, *ob. cit.*, pág. 1176.

como no es éste el lugar para estudiar estos temas con profundidad, la argumentación tendrá que ser necesariamente breve.

De otra parte, según el TCO, esta posibilidad de acudir a un proceso declarativo después de —o durante— la ejecución hipotecaria evita la indefensión y sostiene la constitucionalidad del procedimiento del artículo 131 LH. Pero esta doctrina constitucional no prejuzga la respuesta del problema que principalmente ahora me planteo, que es el de determinar cuál es el efecto que el resultado de este proceso declarativo produce sobre el proceso de ejecución.

VII.2. Los efectos del juicio declarativo sobre la ejecución en marcha

Resultan claramente de lo dispuesto en el artículo 698.1 LEC: Este proceso no produce nunca el efecto de suspender ni entorpecer el procedimiento de ejecución hipotecaria. Con otras palabras, esto significa que el juicio declarativo que pueda entablarse sobre nulidad del título de constitución de la hipoteca o sobre el vencimiento, certeza, extinción o cuantía de la deuda *no afecta en lo más mínimo al desarrollo del procedimiento sumario de ejecución hipotecaria*. La interposición o no de la demanda declarativa es algo irrelevante para la ejecución, que seguirá imperturbable hasta el final y, presumiblemente, producirá todos sus efectos con independencia de la existencia de la pretensión declarativa.

En este punto, el artículo 698.1 LEC no hace más que repetir lo dispuesto en el artículo 132 LH, anterior a la reforma procesal, con la importante diferencia, antes señalada, de que el nuevo artículo no incluye entre las posibles reclamaciones relegadas al proceso declarativo *la nulidad de actuaciones*, de donde se deduce que ésta puede y debe ser pretendida dentro del procedimiento de ejecución, conforme a lo dispuesto en el artículo 562 LEC y concordantes. Probablemente, cabe también deducir de esta exclusión que las reclamaciones relativas a la nulidad de actuaciones, que excepcionalmente, por no haber podido ser actuadas dentro de la ejecución, puedan formularse en juicio o incidente declarativo posterior, no están sujetas a la regla estricta de no entorpecer el procedimiento de ejecución y de irrelevancia absoluta del proceso declarativo sobre el proceso de ejecución. Pero a esta cuestión me referiré más adelante, porque tiene una especial importancia en relación con la ejecución consumada.

VII.3. LOS EFECTOS DEL DECLARATIVO POSTERIOR SOBRE LA EJECUCIÓN CONSUMADA: LA COSA EJECUTADA

Adelanto que la solución a esta cuestión gira en torno a dos propuestas radicalmente diversas, ninguna plenamente satisfactoria desde el punto de

vista de la justicia, pero sólo una conforme con lo dispuesto en el artículo 698 LEC y con las exigencias de la seguridad jurídica y de la seriedad de las actuaciones judiciales.

A) *Planteamiento de la cuestión*

Desde hace varios años, la doctrina viene admitiendo dos tipos de medidas cautelares para asegurar el resultado o la sentencia que pueda recaer en este especial procedimiento declarativo que cuestiona la legalidad material de una ejecución hipotecaria: 1) La *retención* prevista en el artículo 698.2 LEC (y antes en el 132 LH); y 2) La *anotación preventiva de la demanda* que inicia el proceso declarativo, no prevista en ningún precepto y cuyo encaje en el artículo 42 LH no está muy claro (aunque en realidad depende de la respuesta que demos a la cuestión principal) (72). Según esta doctrina común, esta anotación, posterior a la hipoteca, no se cancelaría tras la ejecución, pues el resultado del proceso declarativo *puede suponer la nulidad de todo lo actuado en el proceso de ejecución e incluso de la adquisición en subasta* por parte del tercero adjudicatario (aunque para cancelar su inscripción habrá de ser demandado en el procedimiento).

Desde esta perspectiva, J. M. GARCÍA GARCÍA (73) entiende que la defensa que tiene el deudor (o el propietario de la finca ejecutada), y que es la que hace que el procedimiento judicial sumario no sea anticonstitucional (conforme a la doctrina del TC), es la de demandar al acreedor en juicio declarativo ordinario (art. 132 LH) y *anotar la demanda en el Registro*. Esta anotación no paraliza el procedimiento de ejecución, pero tampoco podría ser cancelada al término del mismo, de modo que el resultado del procedimiento declarativo afectaría a la adquisición del adjudicatario en la subasta (74).

En este sentido, es una opinión bastante común y una creencia generalizada la de que la ejecución de la hipoteca no tiene virtualidad para cancelar asientos posteriores que, como las anotaciones de demanda, pongan en entredicho a la hipoteca misma, base del procedimiento judicial sumario. Y, tras la reforma introducida en el RH por el Real Decreto 27/3/92, esta tesis viene reforzada por el artículo 236.1, 3 RH, relativo al procedimiento extrajudicial

(72) Aunque el problema no está en si la demanda es o no anotable, sino en los efectos que hay que atribuir a esta anotación. En cualquier caso, tras la entrada en vigor de la LEC, habrá que tener en cuenta lo dispuesto en su artículo 727 y concordantes.

(73) *El procedimiento judicial sumario*, cit.

(74) De modo que la postura que habitualmente se defiende supone admitir en el procedimiento sumario de ejecución hipotecaria un incidente declarativo sin efectos suspensivos, sólo que fuera del proceso ejecutivo y por los trámites del juicio que corresponda.

de ejecución hipotecaria, que dice que «La escritura será título bastante para la inscripción a favor del rematante o adjudicatario, así como para la cancelación de la inscripción de la hipoteca ejecutada y de todos los asientos de cargas, gravámenes y derechos *consignados en el Registro con posterioridad a ella. Se exceptúan aquellos asientos ordenados por la autoridad judicial de los que resulte que se halla en litigio la vigencia misma de la hipoteca*» (75).

Sin embargo, entiendo que esta construcción es enormemente perturbadora para los procedimientos de ejecución hipotecaria y se basa en una comprensión equivocada de los mecanismos procesales. Los procedimientos de ejecución *limitan extraordinariamente las excepciones que puede alegar el ejecutado*, porque hace muchos años que se aprendió que en caso contrario las argucias legales podían eternizar unos procedimientos que se pretenden breves y económicos. Los derechos constitucionales de defensa del ejecutado quedan, en este sistema, salvaguardados por la *limitación de los títulos que pueden provocar la ejecución* a aquellos que son especialmente fehacientes, y por el reconocimiento al ejecutado de la posibilidad de alegar *ciertas excepciones que se considera que evitan la indefensión y cubren las necesarias exigencias de justicia*. La determinación de cuáles son estos títulos y estas excepciones es una prerrogativa del legislador, dentro del marco constitucional. De modo que puede discutirse si los procedimientos hipotecarios cumplen o no las exigencias constitucionales que proscriben la indefensión, pero lo que no puede pretenderse es que, si el legislador ha fijado las causas taxativas que pueden provocar la suspensión o el entorpecimiento de la ejecución, *ésta pueda ser, aunque no paralizada, gravemente afectada por otras causas distintas*. Las causas que no pueden paralizar el procedimiento de ejecución tampoco pueden, lógicamente, afectar al resultado de este procedimiento. La adquisición del adjudicatario no puede quedar pendiente de un procedimiento declarativo ordinario que pueda resolverse varios años después (76). Y la subasta del inmueble no puede convertirse en la subasta de un derecho litigioso, porque el Estado y los contribuyentes no pueden permitirse el lujo de organizar ventas judiciales que ya se anuncian como revocables, y porque hacerlo determinaría inevitablemente una rebaja de las posturas y supondría desvirtuar la ejecución.

Se ha sugerido que el resultado de este juicio podría afectar al adjudicatario si el ejecutado amplía la demanda y la dirige contra él. Pero sin duda ésta es una solución falsa porque, aunque es evidente que cualquier juicio

(75) Ver sobre el tema: FERNANDO DE LA PUENTE, «La ejecución de la hipoteca por el procedimiento sumario y la demanda de nulidad de título o de nulidad de actuaciones», en *RCDI*, núm. 643.

(76) ¿Qué familia puede permitirse la ligereza de adquirir un piso en una ejecución y vivir con el sobresalto de un posible desalojo?

puede afectar a los que son demandados en el mismo, lo que aquí interesa destacar es que *dicho adjudicatario no podrá ser condenado y perturbado en su adquisición por el mero hecho de ser adjudicatario*. Otra cosa sería que en el declarativo resultase probado que el adjudicatario actuó de mala fe o actuó coadyuvó al fraude, en el bien entendido de que no existe mala fe por el hecho de participar en la subasta sabiendo que el deudor ha demandado la nulidad por causas que no suspenden ni entorpecen la ejecución, y que, por definición, no pueden afectarla.

Por ello, parece más lógico entender que el procedimiento declarativo que puede entablar el deudor contra su acreedor por causas distintas de las que puede alegar en el procedimiento de ejecución no puede tener consecuencias sobre la finca subastada, sino sólo condenar al acreedor ejecutante al pago de una indemnización. Y esto es lo que resultaba, aunque no era así entendido, del artículo 132 LH anterior a la reforma procesal, que sólo atribuía al demandante la posibilidad de asegurar la ejecución de la sentencia que recayera en el declarativo solicitando en el ejecutivo *la retención* del importe de la subasta, pero no instando la anotación registral de la demanda (77).

B) *Situación tras la entrada en vigor de la LEC 2000*

En esta polémica, que es anterior a la reforma procesal y en la que yo he sostenido una posición crítica con la doctrina común, la LEC 2000 ha introducido, al menos, tres novedades, pero también ha conservado una norma importante:

1. *La retención como única medida cautelar y la irrevocabilidad de la enajenación judicialmente intervenida.*

La norma que se conserva, con alguna variación irrelevante, es la de reconocer al reclamante en el juicio declarativo *como única medida cautelar para asegurar la efectividad de la sentencia* que se dicte en el mismo, el derecho a solicitar la retención de todo o parte de la cantidad que como resultado de la ejecución deba ser entregada al acreedor (art. 698.2 LEC). Y la nueva ley sigue concediendo esta única medida cautelar, a sabiendas de que con ella no se asegura propiamente la recuperación de la finca vendida o subastada, sino sólo el cobro de una indemnización. Y si aún así la ley *dice literalmente que la retención se practica precisamente para asegurar la efectividad de la sentencia que se dicte en el declarativo*, ello sólo puede significar que está presuponiendo que la sentencia que pueda recaer en este juicio

(77) De esta opinión, aunque no la defiende hasta el final, parece ser MONTERO AROCA, *Procedimiento judicial sumario del artículo 131 LH*, Valencia, 1998, pág. 1176.

no puede afectar a la enajenación judicial realizada, sino tan sólo establecer una indemnización compensatoria. Es decir, que el juicio declarativo posterior a la ejecución no puede invalidar la enajenación de la finca ni afectar a la adquisición del rematante o adjudicatario, que es inatacable.

En ningún lugar de este artículo 698, que es donde la LEC regula íntegramente esta materia, se prevé o se sugiere siquiera, sino más bien al contrario, que la sentencia que se dicte en el juicio declarativo al que se refiere tenga algún efecto sobre la subasta o sobre la enajenación de la finca hipotecada —o sobre la adquisición de la misma por parte del adjudicatario—, que se haya producido como resultado de la ejecución que, conforme a la ley, ha seguido su camino hasta el auto definitivo. Ni mucho menos aparece en este artículo la posibilidad de asegurar la resolución del derecho del adquirente del adjudicatario —ya que el propio adjudicatario, como parte en la enajenación resultante del proceso de ejecución, no estaría protegido por el Registro frente a la resolución de su derecho— mediante la anotación registral de la demanda (78).

2. *La cancelación o la pervivencia de la anotación registral de la demanda declarativa.*

En contradicción con el citado artículo 698.2, el nuevo artículo 131 LH establece la primera de las novedades a que me he referido. Dicho artículo ahora dice que: «Las anotaciones preventivas de demanda de nulidad de la propia hipoteca o cualesquiera otras *que no se basen* en alguno de los supuestos que puedan determinar la suspensión de la ejecución quedarán canceladas en virtud del mandamiento de cancelación a que se refiere el artículo 133, *siempre que sean posteriores a la nota marginal de expedición de certificación de cargas*».

Este artículo sugiere dos comentarios críticos.

2.1. La ley dice que se cancelarán todas las anotaciones de demanda que sean posteriores a la nota marginal de expedición de certificación de cargas, *excepto las que se basen en alguno de los supuestos que puedan determinar la suspensión de la ejecución*. ¿Y por qué no se cancelarán las que se basen en alguno de los supuestos que puedan determinar la suspensión de la ejecución?

En primer lugar hay que tener en cuenta que si el ejecutado dispone de una causa de oposición a la ejecución, lo que tiene que hacer no es interponer una demanda declarativa en otro Juzgado, sino ejercitar su derecho a oponerse a la ejecución (lo que no da lugar a la práctica de ninguna anotación preventiva). Y si la causa de oposición es desestimada y el ejecutado acude entonces

(78) Por el contrario, el artículo dice que cualquier otra reclamación se ventilará en el juicio que corresponda, sin producir nunca el efecto de suspender ni entorpecer el procedimiento ejecutivo. Y si este juicio declarativo amenaza la eficacia de la venta judicial, no cabe duda de que *entorpece* el procedimiento de ejecución.

a un declarativo para hacer valer la misma causa que ha sido rechazada como tal por el Juez de la ejecución, ¿puede producir esta demanda efectos diferentes a cualquier otra en la que, por ejemplo, se pida la nulidad de la propia hipoteca? ¿Puede ser que las anotaciones a que den lugar estas demandas, aunque sean posteriores a la nota marginal de expedición de la certificación, no sean canceladas y las demás sí? Porque hay que observar que el hecho de que determinadas pretensiones estén admitidas como causas de oposición a la ejecución, se debe a su carácter fehaciente e inconcuso, no a que tengan una fuerza o un valor jurídico superior a las demás, una vez estén debidamente acreditadas en el proceso correspondiente.

¿Y cómo podemos saber que tales anotaciones se basan en alguno de los supuestos que puedan determinar la suspensión de la ejecución, si, de hecho, el Juez de la ejecución ha desestimado la oposición precisamente por entender que no se basa en ninguno de los supuestos que pueden suspender la ejecución? ¿Y quién sería competente para enjuiciar si estamos o no ante este tipo de anotaciones que, al parecer, no deben ser canceladas? Desde luego no el Registrador de la Propiedad, que no es competente para hacer un juicio de valor de este tipo, ni para revisar la actuación judicial. ¿Sería entonces el propio Juez de la ejecución encargado de ordenar la cancelación de cargas posteriores y que, en su momento, no consideró que la demanda objeto de la anotación estuviera fundada en una causa de suspensión de la ejecución, el que entendería y mandaría ahora que la anotación no debe ser cancelada?

De otra parte —y aunque ésta es una cuestión que ahora sólo puedo apuntar— parece que el proceso de ejecución, aunque sumario, no está completamente desprovisto del efecto de cosa juzgada, sino que produce este efecto de forma limitada respecto de aquellas cuestiones que han podido ser perfectamente discutidas en el mismo. Así resulta con carácter general del artículo 564 LEC —que se refiere a hechos o actos distintos de los admitidos por la LEC como causas de oposición a la ejecución—, y específicamente y con mayor claridad del artículo 698 LEC, que se sitúa bajo el expresivo título de «reclamaciones no comprendidas en los artículos anteriores», y que dice que se ventilará en el juicio que corresponda cualquier reclamación «que no se halle comprendida en los artículos anteriores». Si esto es así, hay que concluir que, *precisamente, el único juicio declarativo que no cabe plantear es el que pretenda basarse en alguno de los supuestos que puedan determinar la suspensión de la ejecución*, puesto que estas causas de oposición han podido y debido ventilarse dentro del propio procedimiento ejecutivo.

Obviamente pues, esta excepción introducida por el artículo 131 LH, engañosamente atractiva a primera vista, no parece tener ningún sentido (79);

(79) No cabe decir que se refiere a alegaciones que pueden ser formuladas en el proceso de ejecución, pero no pueden ser defendidas en él con todo tipo de pruebas,

aparte de que, desde luego, no es el artículo 131 LH el lugar adecuado para introducir una diferencia de efectos del juicio declarativo posterior sobre la ejecución consumada según que la demanda se base en una u otra causa. Por ello entiendo, en esta primera aproximación a la nueva regulación introducida por la LEC 2000, que *esta excepción debe tenerse por no puesta* y que, a salvo lo que enseguida diré, todas las anotaciones de demanda, y desde luego al menos las que sean posteriores a la nota marginal de expedición de la certificación de cargas, deben ser canceladas sin distinción (80).

2.2. En cuanto al tema principal que nos ocupa, y excluyendo la infundada excepción que acabamos de ver, de este precepto se deduce la elección del legislador: los procesos anotados con anterioridad a que se haga constar la nota marginal de existencia de la ejecución afectarán al proceso ejecutivo; los anotados después no. Hay una clara razón para esta decisión, y es que los adjudicatarios no tienen porqué conocer lo que se presenta en el Registro después de expedida la certificación de cargas: el rematante sólo debe contar con las cargas que constan en la certificación registral, que normalmente, si son posteriores a la inscripción de la hipoteca que se ejecuta, no le afectarán porque serán canceladas tras la ejecución.

Sin embargo, a la hora de determinar los efectos que produce el juicio declarativo posterior (en el sentido de que termina con posterioridad a la ejecución) sobre la ejecución y adjudicación de la finca, esta distinción entre anotación anterior o posterior a la certificación de cargas no tiene sentido, porque el anotante posterior a la expedición de la certificación, que normalmente será el ejecutado, puede hacer saber en el procedimiento ejecutivo que ha interpuesto una demanda declarativa de nulidad del crédito hipotecario —y si se ha preocupado de anotar la demanda en el Registro, es lógico que también se ocupe de hacer esta trascendental comunicación—, y porque en todo caso el Registrador comunicará al Juez la extensión de la anotación, cualquiera que sea el momento en que se produzca, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 135 LH.

porque los supuestos de oposición material a la ejecución son tan concretos que no precisan de otra prueba que la permitida en la ejecución, o son tan cerrados que la restricción de pruebas forma parte integrante del propio supuesto de suspensión de la ejecución.

(80) La redacción definitiva de este artículo 131 LH ha seguido un proceso accidentado. El Anteproyecto de 1997 decía algo sustancialmente distinto: «Una vez que se ha hecho constar en el Registro la iniciación del procedimiento a través de la nota marginal de expedición de certificación de cargas, no se podrá tomar anotación de demanda de nulidad de la propia hipoteca, salvo que se base en alguno de los supuestos que pueden determinar la suspensión de la ejecución». Es claro que no es lo mismo posibilitar la práctica de la anotación, que establecer que no se cancelará tras la ejecución. Aunque no se ve qué utilidad podría tener la anotación de una demanda de este tipo, o porqué alguien iba a reclamar en un declarativo lo que puede discutir en el proceso de ejecución.

En este sentido es de observar que, en caso de realización del bien por persona o entidad especializada, el artículo 641.3 LEC exige que sean convocadas a una comparecencia previa, y en su caso consientan la enajenación, todos aquellos quienes *conste en el proceso* que pudieran estar interesados (y no sólo los que consten en la certificación registral, cuya expedición no está claramente prevista, pero entiendo que es inevitable). Del mismo modo, creo que, en caso de convenio de realización, las personas que deben prestar su conformidad de acuerdo con lo previsto en el artículo 640.3 no son sólo los que consten en la certificación registral (que también considero necesaria), sino todos los acreedores y terceros poseedores inscritos que consten en el procedimiento en el momento de aprobación del convenio (81).

Y entonces: ¿*Quid iuris* si, a pesar de tratarse de una anotación posterior a la nota de expedición de la certificación, el demandante se preocupa de poner este hecho en conocimiento del Juez y solicita que la finca sea subastada con la advertencia de la existencia de la contienda judicial? ¿O si, simplemente, la existencia de la anotación consta en el proceso a través de la comunicación registral? (82). En todo caso, habría que distinguir, no entre anotaciones anteriores o posteriores a la nota marginal, sino según que el Juez que lleva la ejecución, por medio de la certificación registral o posteriormente

(81) Es dudoso, a pesar de la redacción legal, si deben prestar su conformidad los acreedores y terceros que existan al tiempo de la aprobación judicial del convenio, o sólo los que existan al tiempo de ser acordado entre ejecutante y ejecutado. En este sentido, el artículo 673 del Anteproyecto de LEC, que regulaba los procedimientos alternativos de realización después de la subasta y presuponía que ya se había expedido la certificación registral que hoy exige el artículo 656, disponía que era necesaria la conformidad de los acreedores y terceros poseedores que hubieran inscrito o anotado sus derechos en el Registro correspondiente con posterioridad al gravamen que se ejecuta «y antes de la nota marginal de expedición de certificación de cargas en el correspondiente procedimiento». Esto significaba que, al contrario de lo que ahora sostengo por aplicación analógica del artículo 641 y por ser lo más razonable, los únicos que debían prestar su conformidad eran los acreedores y terceros que constaran en la certificación registral. Y significaba, en consecuencia, que estas personas ya estaban determinadas al tiempo de acordarse el convenio entre ejecutante y ejecutado y que el texto que exige su conformidad para la aprobación judicial no tenía intención de fijar quiénes debían prestarla. Así, con la ley definitiva, cabe interpretar que quienes deben prestar su conformidad al convenio no son sólo los que consten en la certificación registral, pero sin que ello implique entender que haya que tener en cuenta a personas que aparezcan después del acuerdo entre las partes. De otra parte, en cuanto se trata de formas de realización del inmueble sujeto al proceso de ejecución, parece que a efectos de las conformidades y acuerdos previstos en los artículos 640.3 y 641.3, no debe ser tenido en cuenta el deudor ejecutado que no sea dueño de la finca a realizar. Pero esto tampoco es absolutamente claro.

(82) Con lo que no cabe siquiera el extraño supuesto del ejecutado negligente que interpone una demanda declarativa, pero omite dar conocimiento de esta interposición en el juicio de ejecución y deja que la subasta se consume sin que el adjudicatario tenga conocimiento de la demanda.

por cualquier otro medio, haya tenido o no conocimiento fehaciente de la interposición de la demanda, y, por consiguiente, según que la finca salga a subasta con la «carga» de la demanda o sin ella (83) (84).

Pero todo esto son lucubraciones que nos distraen de la verdadera cuestión de fondo, porque el problema fundamental no es ese: es que *no puede organizarse una subasta judicial amenazada de ineficacia*. Esto sería una irresponsabilidad institucional y una burla para los derechos de todos los interesados en la ejecución, incluido el propio ejecutado, que puede obtener un precio ridículo por la finca y no lograr después una sentencia favorable en el proceso declarativo. La ejecución judicial debe garantizar al adquirente la posesión pacífica del derecho adquirido y no atribuirle un derecho litigioso. Al menos frente a los terceros adquirentes o adjudicatarios, el procedimiento judicial de ejecución debe ser, por definición, plenamente eficaz.

3. *La introducción de formas alternativas de realización del bien.*

La segunda novedad aportada por la LEC 2000 es la *introducción de procedimientos de realización del valor de la finca hipotecada alternativos a la subasta*, como son la enajenación por medio de persona o entidad especializada, o la realización en la forma convenida entre las partes e interesados y aprobada por el tribunal (art. 636 y concordantes) (85). Tras esta importante reforma, que prácticamente reduce la subasta a la condición de medio subsidiario e indeseable de realización del inmueble, el problema adquiere una nueva dimensión, porque ¿cómo puede pretenderse seriamente que alguien se encargue de organizar la venta de un bien sujeto a un proceso que puede determinar la resolución de la transmisión? (86).

4. *La nueva regulación de la ejecución provisional y de las medidas cautelares.*

(83) En cuyo caso lo que debería hacer la ley es advertir que sólo serán respetados y afectarán al adjudicatario los derechos de los anotantes que hayan comunicado la interposición de la demanda al órgano ejecutante.

(84) Sobre el tema de si el adjudicatario es tercero hipotecario frente a la demanda declarativa, ver más adelante. Aunque sin duda no lo es si la finca se subasta con la carga de la demanda o si ésta consta anotada en el Registro (aunque sea con posterioridad a la nota de expedición de la certificación).

(85) Incluso la posibilidad del convenio de realización del bien no es contradictorio con el hecho de que el deudor haya interpuesto una demanda declarativa pretendiendo la nulidad de la ejecución, porque, ante la incertidumbre del resultado del juicio, el deudor puede preferir evitar la subasta.

(86) Las enajenaciones por convenio o por entidad especializada no son, propiamente, enajenaciones judiciales, pero siguen siendo enajenaciones judicialmente intervenidas y oficialmente auspiciadas, por lo que no cambia nada de lo anteriormente dicho sobre el rigor y la seriedad que deben presidir estos actos. A fin de cuentas, el Juez nunca ha vendido. Lo que hay son enajenaciones derivadas de un incumplimiento contractual, sin que el dueño tenga o hubiera tenido, de no ser por esta circunstancia, verdadera voluntad de vender.

La nueva regulación de la ejecución provisional establecida en los artículos 526 y siguientes permite, como regla general, que las sentencias dictadas en Primera Instancia sean provisionalmente ejecutadas sin necesidad de prestar caución alguna. Tras esta innovación, una venta judicial realizada en un proceso de ejecución que estuviera sujeta al resultado de un declarativo posterior, se parece demasiado a una especie de ejecución provisional. Y es claro que *no es lo mismo una ejecución sumaria que una ejecución provisional*: la ejecución sumaria puede no producir cosa juzgada, pero desde luego produce cosa ejecutada.

La ejecución provisional es una ejecución condicional dentro de un litigio que no ha terminado, sino que continúa en apelación. En cambio, la ejecución forzosa no es un proceso inacabado, ni una ejecución condicional que concluye con una venta condicional, sino un proceso específico y diferente del posible declarativo posterior, que concluye con un efecto propio que es la enajenación definitiva del bien ejecutado. Y por su parte, el adquirente en la ejecución no es una parte procesal que momentáneamente ha ganado una batalla pero no la guerra, sino un tercero comprador de la finca que no tiene nada que ver con más guerras que la de su propia adquisición.

Por eso, al contrario de lo que ocurre con la ejecución provisional, en ninguna parte se regulan los efectos de la revocación de la ejecución forzosa, porque aquí no hay nada que pueda ser revocado. Y por eso las sentencias que no sean firmes ejecutadas provisionalmente no se inscriben en el Registro de la Propiedad, sino que simplemente son objeto de un asiento provisional de anotación preventiva (art. 524.4 LEC). Mientras que la venta resultante de la ejecución forzosa accede al Registro a través de un asiento de inscripción definitivo, y las cargas posteriores al derecho ejecutado son, igualmente, objeto de una cancelación definitiva (arts. 674 LEC y 134 LH).

Sin embargo, hay algo en que la ejecución forzosa y la ejecución provisional se parecen. Ambas entrañan riesgos, hasta el punto de que la nueva regulación de la ejecución provisional es uno de los temas que más preocupan en los meses previos a su entrada en vigor. Pero el riesgo es consustancial a toda actuación judicial, y la nueva LEC ha decidido asumir ciertos riesgos con el fin de evitar mayores injusticias.

De otra parte, la nueva LEC consagra en el artículo 726.2 la posibilidad de adoptar *medidas cautelares de contenido similar a lo que se pretenda en el proceso*, con carácter condicional y sin que ello prejuzgue la sentencia que en definitiva se dicte. Y aunque éste parece un supuesto muy alejado de la ejecución forzosa, lo cierto es que también se parece demasiado a la idea tradicional de la ejecución como enajenación condicionada al resultado de un proceso declarativo posterior. Y una vez más hay que decir que la ejecución forzosa no es, de ningún modo, una medida cautelar anticipatoria de la condena, pero revocable, entre otras cosas porque el adquirente es un ter-

cero al que no cabe favorecer o condenar ni en la ejecución ni en el declarativo posterior, para el que, entiendo, carece de legitimación pasiva como tal adquirente (aunque quizá la tiene como participante de un posible engaño o fraude).

C) *La exageración de los efectos de la anotación de demanda*

El legislador, en realidad, no establece en ningún lugar que el proceso declarativo que ponga en cuestión la existencia, cuantía o exigibilidad del crédito hipotecario, o la hipoteca misma, pueda afectar al procedimiento de ejecución o al resultado *real* de la misma (la enajenación del inmueble y su efectiva adquisición incondicionada por el comprador), sino que, por el contrario, el artículo 698 LEC dispone y presupone que este procedimiento declarativo nunca entorpece la ejecución y que su efectividad sólo puede asegurarse mediante la retención de todo o parte de la cantidad que deba entregarse al acreedor como consecuencia de la ejecución consumada (efectividad, por tanto, relativa, porque no posibilita la recuperación de la titularidad de la finca definitivamente enajenada).

Por su parte, el artículo 131 LH únicamente establece, sin referirse para nada al artículo 698 LEC o al proceso declarativo al que éste se refiere, que ciertas anotaciones de demanda no serán canceladas en virtud del mandamiento de cancelación de cargas resultante del procedimiento de ejecución hipotecaria, pero no dice, porque tampoco es el lugar para hacerlo, que la sentencia que recaiga en los procesos a que estas anotaciones se refieren pueda afectar a la enajenación resultante del procedimiento de ejecución. Sin embargo, parece que presupone esta conclusión, porque esta afección es la única razón que explicaría la subsistencia de esas anotaciones tras la ejecución. De este modo, la subordinación del proceso de ejecución y de la adquisición del inmueble enajenado al resultado del proceso declarativo se introduce de forma indirecta y solapada, con nocturnidad, en un artículo aparentemente inocuo destinado a regular algo tan alejado como es una actuación registral, hasta el punto de que cabe dudar de que el legislador haya sido consciente de lo que, furtivamente, estaba estableciendo y haya tenido voluntad de hacerlo.

Pero además, la técnica legislativa que basa la supeditación de la eficacia transmisiva de la realización del bien exclusivamente en la norma del artículo 131 LH es desacertada, porque *parece presuponer que el efecto del declarativo posterior sobre la ejecución consumada depende de que se practique o deje de practicarse en el Registro de la Propiedad la anotación de la demanda*. De este modo se atribuyen a la anotación de demanda unos efectos que son completamente extraños a su función. La práctica de la anotación de demanda sólo tiene la función cautelar de evitar el surgimiento de un tercero

hipotecario protegido que pueda determinar la inutilidad del proceso (87), lo que no es poco, pero en ningún caso la de atribuir al juicio declarativo la virtualidad de anular la eficacia traslativa de una ejecución. La constancia registral de la demanda tiene un enorme interés para asegurar los efectos propios del proceso a que se refiere, pero no tiene ninguna virtualidad para limitar o condicionar los efectos propios de otro proceso anterior como es el juicio de ejecución. Y estos efectos son los típicos de una ejecución sumaria, que no produce cosa juzgada, pero sí cosa ejecutada que determina la definitiva eficacia de la venta judicial.

Todo lo anterior resulta con claridad de la naturaleza de los procesos sumarios de ejecución y de lo dispuesto de forma muy cristalina en el artículo 698 LEC, con respecto a lo que el artículo 131 LH constituye una incompatibilidad o una contradicción. Pero la utilización inoportuna de la anotación de demanda para condicionar los efectos de la ejecución hipotecaria es más evidente si tomamos en cuenta que, según la opinión dominante (88), aunque falte la anotación, el adjudicatario no es un tercero hipotecario, puesto que es parte en la enajenación puesta en entredicho por la demanda declarativa (89), de modo que, frente a él, la práctica de la anotación de la demanda es algo irrelevante (90).

(87) O bien, publicar la existencia del proceso para hacer oponible su resultado a ciertas personas distintas de las partes litigantes, aunque no sean terceros hipotecarios. Sobre este tema puede verse el trabajo de CELESTINO PARDO NÚÑEZ, *Anotaciones judiciales de embargo y demanda*, Madrid, 1997.

(88) En este sentido, ANTONIO MONSERRAT, *El procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria*, pág. 489, y diversas STS citadas por este autor en la pág. 531. Aunque para que resulte afectado por la declaración de nulidad de la ejecución deberá haber sido demandado en el procedimiento. En cambio, el subadquirente o adquirente del rematante sí estaría protegido por el artículo 34 LH, y no resultaría alcanzado por la nulidad del procedimiento de ejecución, siempre que reúna todos los requisitos necesarios para esta protección y la demanda no conste anotada en el Registro.

(89) ¿El adjudicatario es tercero hipotecario? Como he dicho, la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia hasta ahora decían que no (STS 18/5/93). Pero ¿puede plantearse la cuestión en los mismos términos a partir de la nueva LEC? En mi opinión, puede que haya que distinguir: es posible que no sea tercero respecto a defectos del propio acto de realización del bien que constituye su título adquisitivo (subasta, convenio, etc.). Una subasta viciada no puede hacer inatacable la posición del adjudicatario. Pero sí es tercero respecto al resto del procedimiento, o no necesita serlo para resultar protegido por la eficacia propia de la ejecución, puesto que las irregularidades procesales deben ser alegadas por los interesados y resueltas dentro del propio procedimiento conforme al artículo 562 LEC (sin perjuicio del caso excepcional de la nulidad de actuaciones a que se refiere el art. 228 LEC). La falta, por ejemplo, de un requerimiento de pago, no puede afectar a la adquisición del rematante o del comprador que adquiere de una entidad especializada.

(90) Sin duda, tampoco sería tercero protegido si la finca se subasta con la «carga» de la demanda, pero estoy poniéndome en la hipótesis más difícil de que falte la anotación preventiva y el Juez haya subastado la finca sin ninguna advertencia.

D) *La comparación con lo que sucede en la ejecución ordinaria no hipotecaria*

El proceso ordinario de ejecución permite una cognición algo más amplia que la existente en la ejecución hipotecaria especial, pero tiene la misma naturaleza sumaria y no produce los plenos efectos propios de la cosa juzgada, de modo que el ejecutado puede también acudir a un proceso declarativo plenario para discutir cualquier cuestión material que no haya podido formular o defender adecuadamente en el proceso de ejecución. Pero, por lo que yo sé, con relación al procedimiento ejecutivo hasta ahora vigente, no se ha defendido que la enajenación judicial resultante esté condicionada al resultado de un hipotético proceso declarativo sobre la existencia o exigibilidad del crédito que se ejecuta.

En la nueva LEC, la naturaleza sumaria de la ejecución ordinaria y la posibilidad de acudir a un declarativo posterior resultan de lo dispuesto en los artículos 561.1 y 564, cuyo examen detallado dejo para otra ocasión. Ahora me basta con preguntar: ¿La enajenación resultante de un proceso de ejecución ordinario, no hipotecario, está acaso subordinada al resultado del proceso declarativo que puede finalizar algunos años después? ¿Por qué la LEC no ha introducido para este proceso una norma similar a la que contiene el artículo 131 LH para la ejecución hipotecaria, prohibiendo la cancelación de ciertas anotaciones de demanda posteriores al embargo?

E) *A modo de conclusión*

Creo que puede sostenerse que la ejecución forzosa tiene como efecto propio el de la irrevocabilidad de la enajenación judicialmente intervenida.

Y que, en consecuencia, el artículo 131 LH, en el punto a que ahora me refiero, constituye una antinomia y no debe ser aplicado. Una antinomia con respecto al artículo 698 LEC, que se refiere a la retención como única medida para asegurar la eficacia de la sentencia que recaiga en el proceso declarativo. Probablemente también constituye una antinomia con respecto a los artículos 134 LH y 674.2 LEC —al que se remite con una redacción algo corta el art. 692.3—, que se refieren a la cancelación, tras la ejecución, de *todas* las inscripciones y anotaciones posteriores. Pero sobre todo, el artículo 131 LH choca frontalmente con el mismo significado de la ejecución y con los principios que esencialmente inspiran la reforma procesal, como son el propósito de dignificar y dar seriedad a las ventas judiciales, y el de crear un nuevo marco de transparencia y claridad que acabe con la lacra de los «subasteros» y con la vergüenza de malbaratar los bienes del ejecutado. Algo que

no se compagina con la organización de la enajenación de una caja de sorpresas, como es la venta de un bien litigioso.

En fin, si hasta ahora yo había defendido esta solución como más acertada, aunque, en ocasiones, sin demasiado convencimiento —porque a veces el «malo» de la historia no era el acreedor despiadado y falto de escrúpulos, ni el deudor desleal e incumplidor, sino sólo el cuervo subastero que no merecía ser protegido en su adquisición—, a partir de la entrada en vigor de la nueva LEC, y extirpado el cáncer de los subasteros, la cuestión no debe ofrecer ninguna duda.

VIII. LA NULIDAD DE ACTUACIONES Y SUS EFECTOS SOBRE LA EJECUCION CONSUMADA

Además de reclamar en juicio declarativo por razón de cuestiones relativas a la relación jurídica material, el ejecutado, o quien hubiera debido ser parte legítima en la ejecución, puede promover, por defectos formales y de modo excepcional, el llamado incidente de nulidad de actuaciones regulado en los artículos 225 y siguientes LEC 2000 (91). ¿Qué efecto tiene este incidente sobre el proceso de ejecución hipotecaria?

A) LA NULIDAD DE ACTUACIONES DENTRO DEL PROCEDIMIENTO Y EL INCIDENTE POSTERIOR

Antes que nada hay que advertir que, tal y como he dicho al hablar de la oposición por defectos procesales, en la nueva regulación de la ejecución hipotecaria hay que dar por superadas las dudas anteriores y entender que *los defectos de procedimiento deben ser denunciados y resueltos dentro del propio proceso de ejecución*, conforme a lo dispuesto en el artículo 562 LEC. Además, en el caso de que nos encontremos ante un supuesto de nulidad de los actos procesales —o ante defectos de forma sustanciales o que impliquen indefensión—, el artículo 227 LEC establece que los defectos de que se trate se harán valer, siempre dentro del procedimiento, por medio de los correspondientes recursos, e incluso que la nulidad podrá ser declarada por simple instancia de parte o de oficio por el tribunal. Concretamente, y creo que de forma bastante clara, dice el artículo 227 que: «1. La nulidad de pleno de-

(91) Estos preceptos son los que voy a tener en cuenta en la exposición, a pesar de que no entran en vigor hasta que se proceda a la reforma de la LOPJ (DF 17.^a LEC). Hasta ese momento la nulidad de actuaciones se seguirá rigiendo por el artículo 240 LOPJ, en su redacción dada por la LO 14/5/99.

recho, en todo caso, y los defectos de forma en los actos procesales que impliquen ausencia de los requisitos indispensables para alcanzar su fin o determinen efectiva indefensión, se harán valer por medio de los recursos establecidos en la ley contra la resolución de que se trate. 2. Sin perjuicio de ello, el tribunal podrá, de oficio o a instancia de parte, y siempre que no proceda la subsanación, declarar, previa audiencia de las partes, la nulidad de todas las actuaciones o de alguna en particular». Aunque, añade, «en ningún caso podrá el tribunal, con ocasión de un recurso, decretar de oficio una nulidad de las actuaciones que no haya sido solicitada en dicho recurso». Finalmente, en relación con la nulidad de los actos procesales, tiene especial interés el artículo 225.3.º que dice que serán nulos de pleno derecho «cuando se prescinda de normas esenciales del procedimiento, siempre que, por esa causa, haya podido producirse indefensión» (o mejor, según entiendo, *se haya producido* indefensión).

Por consiguiente, el llamado incidente excepcional de nulidad de actuaciones, que no es por tanto un incidente, sólo es posible interponerlo con posterioridad a la terminación del proceso de que se trate, en nuestro caso de la ejecución, y así resulta del artículo 228.1 que dice que: «No se admitirán con carácter general incidentes de nulidad de actuaciones. Sin embargo, excepcionalmente, quienes sean parte legítima o hubieran debido serlo podrán pedir por escrito que se declare la nulidad de actuaciones fundada en defectos de forma que hayan causado indefensión, siempre que, por el momento en que se produjeron, no hubiera sido posible denunciar esos defectos antes de recaer resolución que ponga fin al proceso y que ésta no sea susceptible de recurso ordinario ni extraordinario». De este párrafo resulta con meridiana claridad el carácter absolutamente excepcional de la declaración de una nulidad de actuaciones posterior al proceso en que se produjo.

El *plazo* para pedir la nulidad, sigue diciendo el artículo 228.1, será de veinte días desde la notificación de la sentencia o resolución (92) o, en todo caso, desde que se tuvo conocimiento del defecto causante de indefensión, sin que, en este último caso, pueda solicitarse la nulidad de actuaciones después de transcurridos cinco años desde la notificación de la sentencia o resolución (93). Y en cuanto a los *efectos* del incidente, dispone el artículo 228.2 que «no quedará en suspenso la ejecución y eficacia de la sentencia o reso-

(92) La ley contiene una coma después de la palabra sentencia, cuando parece que debe leerse una «o».

(93) Obviamente se refiere a la notificación de la sentencia o resolución a las partes procesales, no a la persona legitimada para pedir la nulidad de actuaciones por haber debido ser parte en el proceso que, en este caso, por definición, no ha recibido ninguna notificación. Además, en este caso ambos plazos juegan simultáneamente, de modo que sólo puede pedirse la nulidad dentro de los veinte días desde que se tuvo conocimiento del defecto y antes de los cinco años desde la notificación de la sentencia o resolución.

lución irrecurribles, salvo que se acuerde de forma expresa la suspensión para evitar que el incidente pudiera perder su finalidad», y que «si se estimara la nulidad, se repondrán las actuaciones al estado inmediatamente anterior al defecto que la haya originado y se seguirá el procedimiento legalmente establecido».

B) LOS EFECTOS DEL INCIDENTE POSTERIOR DE NULIDAD DE ACTUACIONES
SOBRE LA EJECUCIÓN CONSUMADA

Siendo esto así, lo que corresponde ahora es preguntarse *de qué modo puede afectar el incidente de nulidad de actuaciones a la ejecución hipotecaria consumada y a la adquisición del rematante o comprador de la finca ejectada*. Y lo primero que interesa precisar es que a estos efectos ya no podemos contar con los argumentos que se deducen de los artículos 698 LEC y 131 LH, que considero inaplicables a la nulidad de actuaciones. El 698 LEC, porque, como hemos visto, no se refiere a los defectos formales, sino a las cuestiones que versen sobre la relación jurídica material. Y el 131 LH, porque el incidente de nulidad sólo puede promoverse después de terminada la ejecución y, en puridad, la demanda sólo podría anotarse después de inscrito el derecho del adquirente y practicadas las cancelaciones a que se refiere el artículo 131 LH o, al menos, después de practicada la nota marginal de expedición de la certificación de cargas (94). Nada impide, sin embargo, anotar la demanda de nulidad de actuaciones después de inscrita la transmisión derivada de la ejecución, siempre que la demanda se haya dirigido, además, contra el adquirente. Por el contrario, esta anotación es necesaria para garantizar la efectividad de lo resuelto en el incidente, y debería estimarse como una medida imprescindible para continuar con su tramitación, a fin de evitar el seguimiento de procesos inútiles.

Así pues, la cuestión del efecto que la resolución judicial, decretando la nulidad, tiene sobre la ejecución consumada *debe resolverse conforme a las normas generales de la nulidad de actuaciones, cuya finalidad es precisamente declarar la nulidad de lo actuado a partir del momento en que se produjo el defecto formal* (art. 228.2 LEC) (95). Lo cual implica la rescisión

(94) No voy a plantear la rebuscada posibilidad de que el artículo 131 esté contemplando la nulidad de actuaciones al hablar de los supuestos que puedan determinar la suspensión de la ejecución, y la irregularidad de que la demanda de nulidad llegue al Registro antes de que se haya hecho constar el resultado de la previa ejecución.

(95) No obstante, hay también que tener en cuenta el juego que pueden tener, en este caso, los artículos 229 a 231 LEC, y en concreto el principio de conservación de los actos establecido en el artículo 230, según el cual: 1. La nulidad de un acto no implicará la de los sucesivos que fueren independientes de aquél ni la de aquéllos cuyo contenido no

o invalidación de la enajenación ejecutiva, que será cancelada en el Registro siempre que la demanda haya sido dirigida, entre otros, contra el titular registral, y no haya surgido un tercero hipotecario protegido, cosa que puede ser fácilmente evitada mediante la práctica de la correspondiente anotación de la demanda (96).

No obstante, la nulidad de actuaciones de un procedimiento hipotecario parece un supuesto insólito. En primer lugar, porque resulta difícil imaginar que puedan concurrir los requisitos necesarios para promover la nulidad de actuaciones —indefensión no imputable al perjudicado e imposibilidad de denunciar el defecto dentro del procedimiento de ejecución— en supuestos distintos de la falta de dirección de la demanda o ausencia o defecto de notificaciones.

Y en segundo lugar, porque sólo están legitimados para promover este incidente excepcional quienes hayan sido parte legítima en la ejecución o hubieran debido serlo (art. 228.1 LEC). Esto significa, de entrada, que no pueden impugnar las actuaciones ninguno de los terceros interesados en la ejecución, contemplados en los artículos 689, 640.3 ó 641.3 LEC, distintos de aquellos que habrían de haber sido parte procesal conforme al artículo 685.1 LEC. Y si tenemos en cuenta que es casi imposible que prospere una demanda que no haya sido dirigida contra el deudor y, en su caso, contra el propietario *registral* de la finca —ya que éste es un extremo que puede ser fácilmente dominado por el ejecutante, y fiscalizado por el Juez y por el Registrador de la Propiedad al expedir la certificación y practicar la nota marginal (art. 688 LEC)—, hay que concluir que *la única persona que va a poder impugnar las actuaciones por no haber sido demandada es la conflictiva figura del tercer poseedor (propietario) que hubiese acreditado al acreedor la adquisición de la finca hipotecada* a que se refiere el artículo 685.1 LEC. Y ésta, pienso, si fue negligente en inscribir y en cumplir la obligación garantizada, no puede alegar indefensión ni imposibilidad de subsanar el defecto durante la ejecución. Pero en relación con la situación del titular extrarregistral en la ejecución me remito a lo antes dicho con mayor amplitud.

Tan sólo queda añadir que la admisión de la posibilidad de promover el incidente de nulidad de actuaciones contra el procedimiento especial de ejecución hipotecaria, *se funda en la previa conclusión de que el proceso declarativo a que se refiere el artículo 698.1 LEC no puede producir ningún*

pudiere haber sido distinto en caso de no haberse cometido la infracción que dio lugar a la nulidad. 2. La nulidad de parte de un acto no implicará la de las demás del mismo acto que sean independientes de aquélla». Norma perfectamente lógica destinada, sin embargo, a ser conflictiva en la práctica.

(96) La posibilidad de practicar esta anotación, además, hace innecesaria la suspensión cautelar que prevé el artículo 228.2 LEC.

efecto sobre la ejecución consumada, y, por tanto, en la inaplicación, por antinómico, de la primera parte del artículo 131 LH. De no aceptarse esta conclusión, el incidente de nulidad de actuaciones no sería posible por no darse el requisito exigido por el artículo 228.1 *in fine*: que la resolución que ponga fin al proceso no sea susceptible de recurso ordinario ni extraordinario (97) (98).

Del mismo modo, intuyo que la admisión del incidente de nulidad de actuaciones se basa además en la premisa de que el resultado de este incidente puede conllevar la revocación de la enajenación derivada del proceso de ejecución, ya que si los efectos de la ejecución subsistieran intocados, el incidente de nulidad sería un proceso inútil, ya que para discutir otras cuestiones ya está el declarativo posterior.

CONSIDERACIONES FINALES

La primera idea que quiero extraer de todo lo dicho es que la ejecución hipotecaria no tiene por qué implicar un verdadero proceso ejecutivo, puesto que no es otra cosa que el desenvolvimiento de un contrato precisamente en la forma prevista en el mismo. Al igual que en el proceso rige el principio dispositivo, que atribuye a las partes la dirección material del proceso, *el contrato*, en cuanto contrato válido (y no contrario a normas imperativas), *está por delante del proceso y de ese principio dispositivo*. Las partes regulan sus asuntos privados, antes que nada, a través del contrato, y el proceso debe tratar de interferir lo menos posible en esta regulación. Desde este punto de vista, la llamada ejecución hipotecaria se asemeja más a una compraventa que a un proceso de ejecución. Aunque se trate de una compraventa para pago de deudas enmarcada en la consumación de un contrato de hipoteca.

La segunda conclusión sería que la ejecución hipotecaria no se encuentra totalmente cómoda dentro de la LEC y formando parte de un sistema unificado de ejecución procesal. Sin duda no es un pez fuera del agua, pero sí un pez en agua extraña. De una parte, porque la realización del derecho de

(97) Esta exigencia se refiere, no a que la resolución no sea susceptible de recurso por defectos formales, sino a que no sea susceptible de recurso alguno, sea por defectos formales o sea por cuestiones relativas a la propia relación jurídica material.

(98) Comprendo que esta afirmación puede parecer inapropiada cuando hablamos de alguien que no fue parte en la ejecución habiendo debido serlo, pero lo cierto es que cualquier persona puede iniciar un proceso declarativo y, si pone en cuestión el título hipotecario, debe producir sobre la ejecución los mismos efectos que el proceso a que se refiere el artículo 698 LEC. En cualquier caso, mi opinión es que la ejecución hipotecaria no puede verse afectada por un declarativo posterior, pero sí —aunque será muy raro— por el incidente de nulidad de actuaciones.

hipoteca (o del crédito hipotecario, si se prefiere), es una materia cuya regulación corresponde en gran medida al derecho sustantivo (la determinación y los efectos de la hipoteca como título ejecutivo, la determinación y configuración de las causas de oposición que pueden ser alegadas frente al ejercicio del derecho, etc.). De otra, porque la especial significación económica y cuantitativa de la hipoteca, y su íntima relación con el Registro de la Propiedad, así como la especial seriedad y garantía de que gozan los acreedores hipotecarios habituales (la entidades financieras), y las peculiaridades de su ejecución como ejercicio de un derecho real —con independencia de si este ejercicio constituye o no un verdadero proceso—, *justifican sobradamente la existencia de un procedimiento especial y sumario* (es decir, de un procedimiento ejecutivo más rápido y simple que el ejecutivo ordinario), *cuya completa regulación, a salvo las cuestiones estrictamente procesales, se sitúe en la misma ley que regula el crédito hipotecario en su integridad* (y que entre nosotros es la LH). Desde un punto de vista puramente práctico, se evitaría así la confusión normativa que introduce la LEC.

En fin, durante la tramitación de la LEC se han expresado desde diferentes sectores fundados temores de que la reforma procesal afectara gravemente a una materia de gran importancia social y económica como es la ejecución hipotecaria, que, según se decía, precisaba alguna reforma, pero no un cambio brusco, ni de sede ni de regulación (99). A la vista de la ley aprobada, creo que estos temores se han desvanecido por completo, ya que pienso que la ley es sustancialmente buena y, *en el fondo, se mantiene y se mejora el sistema anterior*. Y así lo adelanta el propio Preámbulo de la Ley cuando dice que respecto a la ejecución sobre bienes hipotecados se mantiene, en lo sustancial, el régimen precedente de la LH, y que el TC ha declarado reiteradamente que este régimen no vulnera la Constitución e introducir cambios sustanciales en el mismo podría alterar el mercado del crédito hipotecario, lo que no parece en absoluto aconsejable.

En la forma, en cambio, la nueva LEC ha complicado el sistema, introduciendo una cierta inseguridad normativa, pues la simple tarea de averiguar las normas aplicables a la ejecución hipotecaria sumaria es un trabajo de encaje de bolillos.

Pero si la ley deja algunos cabos sueltos y no determina con claridad las normas aplicables a la ejecución hipotecaria, esto no significa más que algo que es habitual en toda legislación: que el sistema, en definitiva, debe ir siendo construido *a posteriori* por los intérpretes y aplicadores del Derecho. Y en este sentido no me cabe duda de que, con los mimbres que la nueva LEC nos proporciona, se puede conseguir un buen procedimiento de ejecución

(99) Como dicen los anglosajones, si no está estropeado, no lo arregles.

hipotecaria, acorde con los principios que inspiran la reforma procesal, y que la Ley expone, con algún eufemismo, en su Preámbulo: lograr sentencias menos alejadas del comienzo del proceso, y una ejecución forzosa menos gravosa para quien necesita promoverla y con más posibilidades de éxito en la satisfacción real de los derechos e intereses legítimos (100). A los juristas nos corresponde propiciar que estas buenas palabras alcancen su plasmación práctica, porque tengo el convencimiento de que *la interpretación que se haga de la amalgama de normas que constituyen la nueva regulación es la que va a determinar la eficacia del procedimiento y el acierto del legislador*.

Decía el gran poeta Goethe que «si yo pinto mi perro exactamente como es, tendré dos perros, pero no una obra de arte». Pues bien, si yo aplico la Ley de Enjuiciamiento Civil exactamente como dicen sus preceptos tendré dos Leyes de Enjuiciamiento Civil, pero no una obra jurídica. No la labor que empieza siempre cuando acaba la función del legislador, y que la sociedad espera de todos los profesionales y sectores implicados en la administración de Justicia, que son los que, a partir del próximo 8 de enero, van a asumir el mayor protagonismo.

JUAN CARLOS RAMÓN CHORNET
Registrador de la Propiedad de Carlet

(100) Finalidades a las que, según el mismo Preámbulo (punto II), están encaminadas todas las disposiciones de la Ley.

DICTAMENES Y NOTAS

El crédito territorial en Cuba en la segunda mitad del siglo XIX (1)

1. OBJETO DE ESTUDIO Y SITUACION EN LA GRAN ANTILLA

El objeto de estudio del presente trabajo es el análisis de la legislación relacionada con el crédito territorial en Cuba (2) en la segunda mitad del siglo XIX, en un momento en que la isla se consideraba «territorio de ultramar de España» y en el que se aplicaba el derecho promulgado en la Península (3).

Pensamos que es importante el estudio de la normativa del crédito que admitía a la propiedad inmueble como garantía, y el capital obtenido con estas operaciones crediticias se reinvertía en la tierra para que ésta diese rendimiento suficiente con el fin de hacer frente a la devolución del préstamo. El crédito territorial es, por lo tanto, el motor del desarrollo de la agricultura (4).

La agricultura era, en la Cuba de la época, un factor esencial en la economía y desarrollo de la isla (5). El suelo apropiable estaba «roturado

(1) La redacción del presente artículo ha sido posible gracias a la concesión de una Beca CIRIT de Investigación de la Generalitat de Cataluña, de la que el autor es titular desde 1997.

(2) Para el estudio de la misma cuestión pero relacionado con Puerto Rico y Filipinas, ver NASARRE AZNAR, SERGIO, «El desarrollo del crédito territorial en Puerto Rico y Filipinas en la segunda mitad del siglo XIX», en *Los significados del 98. La sociedad española en la génesis del siglo XX*, Madrid, 1999, Ed. Biblioteca Nueva y Universidad Complutense de Madrid, págs. 333 a 347.

(3) Recordemos que CARMELO DELGADO CINTRÓN decía en «Derecho y colonialismo», en *Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico*, Vol. XLIX, núms. 2-3, 1980, pág. 137, refiriéndose a Puerto Rico: «El Derecho ultramarino será preparado en España siguiendo de cerca la trayectoria del Derecho español. El procedimiento que se sigue es el de atemperar la legislación española a las particularidades necesidades de Puerto Rico, de esta manera va surgiendo un ordenamiento especial basado en las leyes y códigos de España». La misma estructura del ordenamiento jurídico se establece para Cuba y Filipinas.

(4) Aunque no sólo de la agricultura. También se denomina crédito territorial al préstamo sobre fincas urbanas.

(5) Y no únicamente a partir de la segunda mitad del siglo XIX, sino que ya desde 1796 la producción y exportación del azúcar, originario de la caña de azúcar cubana, se

o reducido a cultivo» (6). OLIVER Y ESTELLER (7) también recuerda que en 1877 existían, no obstante, 800.000 hectáreas de superficie de terreno inculto (bosque y sabanas), que pertenecían al Estado y a los pueblos, y que por Real Decreto 27-10-1877, se dictaban normas de repartimiento de los terrenos en pequeños lotes con la condición de que se dedicasen al cultivo. Sin duda, la extensión de terreno dedicado a la explotación agrícola en Cuba, en el último cuarto del siglo pasado, era importante, sobre todo la dedicada a la plantación de la caña de azúcar (8). La extensión de terreno dedicado a este cultivo aumentó considerablemente a partir de la década de los setenta (9), aunque también aumentó la concentración de la propiedad en manos de grandes compañías del ramo y disminuyó el número de trapiches (10). Tras la independencia de España, las inversiones estadounidenses en 1906 alcanzaban a controlar la producción del 15 por 100 del azúcar cubano, y en 1928 ya alcanzaba el 75 por 100, por imposibilidad de los cubanos de devolver los préstamos (11), y poderse quedar los americanos con la garantía de los mismos, seguramente sus cosechas (si era garantía pignoratícia) o las tierras (si era garantía hipotecaria). El tabaco era también un cultivo importante, pero no decisivo para la economía de la isla (12).

había acrecentado de manera espectacular, adjudicando a los hacendados terratenientes dedicados a la plantación y producción de la caña de azúcar el calificativo de *sacarócratas* (así lo recoge NAVARRO GARCÍA, LUIS, *La independencia de Cuba*, Madrid, 1992, Ed. Mapfre, págs. 33 y 34).

(6) OLIVER Y ESTELLER, BIENVENIDO, *Exposición fundamental y sistemática de la Ley Hipotecaria*, Tomo I, Madrid, 1892, pág. 805.

(7) OLIVER Y ESTELLER, *Exposición...*, pág. 805. También dice el autor que las fincas rústicas eran de gran extensión y se hallaban «en su mayor parte explotadas para usos agrícolas o industriales» (pág. 805).

(8) Sobre la producción de caña de azúcar, ver cuadro recogido de varias fuentes en SKIDMORE, THOMAS E., y SMITH, PETER H., *Historia contemporánea de América Latina*, Barcelona, 1996, Ed. Crítica, pág. 284. Ver también el comentario que realiza THOMAS, HUGH, «Cuba from the middle of the eighteenth century to c. 1870», en *The Cambridge history of Latin America*, Vol. III, 1985, Cambridge University Press, pág. 296: «Sugar was very definitely the dominant industry by the 1860s, producing substantial quantities for an ever more voracious world market». Sobre la extensión de los terrenos cultivados sólo en caña de azúcar, el autor habla de un «increase in the acreage planted with cane», que se vio favorecido por la llegada del ferrocarril (pág. 296).

(9) Sobre todo tras la «Guerra de los diez años», cuando muchos hacendados cubanos, sobre todo en el este del país, habían quedado arruinados. Así lo entiende BETHELL, LESLIE, *Historia de América Latina*, Vol. 9, Barcelona, 1992, Ed. Crítica, pág. 215; ver también NAVARRO GARCÍA, *La independencia...*, pág. 328.

(10) Ver SKIDMORE y SMITH, *Historia contemporánea...*, pág. 283.

(11) SKIDMORE y SMITH, *Historia contemporánea...*, pág. 283.

(12) MORENO FRAGINALS, MANUEL, *Cuba/España. España/Cuba. Historia común*, Barcelona, 1995, Ed. Crítica, pág. 268.

2. QUE ENTENDEMOS POR CREDITO TERRITORIAL

El crédito territorial consiste en la realización de préstamos por parte de las compañías y bancos de crédito territorial, aceptando como garantía un bien inmueble (13); mediante la aceptación de los préstamos por parte de los agricultores terratenientes, éstos obtienen un capital que puede redundar en beneficio de la producción de sus predios, pudiendo hacer frente, de este modo, a la devolución del préstamo. Pero no todos los bienes inmuebles de entre los recogidos en la Partida V, Título V (hasta 1889) (14) y en el artículo 334 del Código Civil (a partir de 1889) son aptos para servir de garantía al crédito territorial y aceptaremos únicamente un tipo de garantía lo suficientemente sólida para que ofrezca la confianza suficiente a los inversores en calidad de acreedores. De esta forma entendemos:

* que el crédito territorial, objeto de nuestro estudio, sólo puede aceptar en garantía los bienes inmuebles que se encuentren recogidos en la legislación sectorial y general en cada momento, y con distinta eficacia. De este modo, las Partidas diferenciaban ya entre cosas muebles y cosas inmuebles o raíces. Entre estas últimas encontramos cosas inmuebles de tan distinta naturaleza como las fincas rústicas, las minas, los edificios de toda clase y parte de ellos, las cosas que por sí no son inmuebles pero que se encuentran adheridas permanentemente a una cosa inmueble como las tinajas (Partida V, Título V, Ley 29), las llaves y brocales de los pozos, etc. (15). La Ley Hipotecaria (LH) peninsular de 1861, en sus artículos 4 y 108, dispuso ya los bienes inmuebles (o que hasta el momento eran susceptibles de ser hipotecados) que no podrán ser objeto de hipoteca, quedando separados de la normativa propia del crédito territorial. La Ley Hipotecaria cubana de 1879 hizo lo propio en sus artículos 4 y 122.

Tras la publicación del Código Civil (CC) de 1889 (extensivo a Cuba por Real Decreto de 31-7-1889), se sistematizan en el artículo 334 del Código

(13) Así lo entiende, entre otros, AGULLÓ, «Sistemas hipotecarios», en *Gaceta de Registradores y Notarios*, Segundo semestre de 1883, Tomo XXXI, pág. 750. Sobre qué se considera bien inmueble, ver artículo 334 del Código Civil, ALBALADEJO, MANUEL, *Derecho Civil*, Tomo I, Vol. II, 10.^a Edición, Barcelona, 1989, Librería Bosch, pág. 102, y DIEZ-PICAZO, LUIS, y GULLÓN, ANTONIO, *Instituciones de Derecho Civil*, Vol. I, Madrid, 1995, Ed. Tecnos, pág. 271. El bien inmueble es el único que por su seguridad, permanencia e inalterabilidad es apto para ser objeto de garantía hipotecaria; también serán aptos, por extensión, los derechos reales que recaigan sobre estos inmuebles (art. 106 LH de 1861 peninsular).

(14) Hasta entonces no estará vigente en la isla otro Derecho común distinto al de la Península (Exposición de Motivos del Real Decreto 31-7-1889), es decir, estarán vigentes las Partidas.

(15) Podemos ver enumeradas las cosas inmuebles de las Partidas en GÓMEZ DE LA SERNA, PEDRO, y MONTALBÁN, JUAN MANUEL, *Elementos del Derecho Civil y Penal de España*, Tomo I, 8.^a Edición, Madrid, 1868, pág. 510.

Civil los tipos de bienes inmuebles entre los que podemos hallar algunos que serían de dudosa aceptación para favorecer el crédito territorial; así tenemos, los bienes inmuebles que lo son por accesión como las estatuas, relieves o pinturas (art. 334.4 del Código Civil) o las máquinas, vasos o utensilios destinados a satisfacer la explotación de la finca (art. 334.5 del Código Civil). Cuando hablamos del objeto de la garantía propia del crédito territorial estamos hablando, sobre todo, de tierras, edificios, caminos y construcciones adheridas al suelo (art. 334.1 del Código Civil) (16) y de todos aquellos que la Ley Hipotecaria permita que sean hipotecados (17).

* Tampoco podrá admitirse cualquier derecho real que funcione como garantía del crédito. Si bien algunos derechos reales de garantía estaban extendidos por los territorios de ultramar, como los censos o la carta de gracia, ninguno de ellos reunía los requisitos necesarios para poder asegurar la propiedad suficientemente, ni tenían medios para dar certeza al dominio. La *hipoteca* es la única institución, que una vez convenientemente regulada, podía reunir estos requisitos. El requisito de inscripción constitutiva de la hipoteca, de origen germánico, resultó ser una innovación decisiva en el ordenamiento jurídico español a partir de la Ley Hipotecaria de 1861.

El crédito con garantía hipotecaria —el crédito hipotecario—, propio del crédito territorial, debe tener también unas características determinadas: debe realizarse a un bajo interés y debe tener una amortización dilatada en el tiempo; es decir, para que se obliguen el mayor número de agricultores y se establezca de este modo una «generalización» del crédito territorial, aumentando el rendimiento de los inmuebles rurales (y urbanos) de manera general y considerablemente, las condiciones del préstamo deben ser ajustadas a las posibilidades y necesidades de los terratenientes. Así, respecto a la amortiza-

(16) Aunque sin duda también podrían caer las concesiones administrativas, los derechos reales sobre inmuebles, las minas, los diques, etc. (apartados 8, 9 y 10 del art. 334 del Código Civil).

(17) En el ámbito peninsular los bienes susceptibles de ser objetos de la hipoteca, propia del crédito territorial, se delimita con más rigor a partir de la creación del Banco Hipotecario en 1872. OLIVER, JOAQUÍN, en *El crédito territorial en España*, Madrid, 1874, págs. 152 y sigs., hace una descripción de los bienes inmuebles que no son aceptados por dicho Banco para ser garantía de los préstamos, y divide sistemáticamente entre prohibiciones absolutas y las relativas. Entre las primeras encontramos a las propiedades cuyos productos no sean ciertos y duraderos, puesto que se piensa que el rendimiento de la finca no es suficiente para hacer frente al pago de los intereses que se deben al Banco, sobre las que no pueda realizarse ejecución y las fincas urbanas que no radiquen en poblaciones capital de provincia o con más de 20.000 habitantes. Las prohibiciones relativas serían aquéllas que cuando cesa la coyuntura que las hace inhábiles, pueden ser hipotecadas en favor del Banco Hipotecario; son: bienes proindiviso y la nuda propiedad, fincas gravadas con hipotecas tácitas y legales subsistentes tras la Ley Hipotecaria, los bienes provenientes de herencia o legado, etc.

ción dilatada en el tiempo es algo consustancial al crédito territorial: la devolución del préstamo tomado por un agricultor depende directamente del rendimiento de sus tierras; el rendimiento de las mismas es lento y dilatado temporalmente; el terrateniente no tiene otra solución que reinvertir la cantidad obtenida con el crédito en su bien inmueble (hipotecado) para que aumente la producción y poder hacer frente al pago del préstamo, y no se le ejecute la garantía. Es por eso que el crédito territorial que no sea a un bajo interés y dilatado en el tiempo de su amortización no podrá generalizarse y por lo tanto no podrá generalizar el aumento de rendimiento de la propiedad inmueble.

No obstante, si bien sí resultan suficientes para asentar el crédito territorial, tanto la seguridad y certeza del dominio como la existencia de una garantía sólida, no son suficientes para dinamizarlo. La dinamización del crédito territorial es una necesidad que se crea una vez está asentado: la hipoteca no es, tal y como está configurada en la Ley Hipotecaria de 1861 y en la propia Ley Hipotecaria cubana, dinámica; no es fácilmente transmisible y no puede crearse un mercado de hipotecas por el rigor y el coste de la transmisión. Esta *movilización* de la hipoteca es beneficiosa para los acreedores, puesto que supone una rápida recuperación del capital desembolsado en el préstamo, evitando así la descapitalización y además la capacidad de ingresar líquido sin necesidad de ejecución de la hipoteca. También resulta beneficiosa la *movilización*, es decir, la transformación de la hipoteca en un «bien mueble» (18), facilitando de este modo, la transmisión de la misma. Ambas tareas las desempeñarán las cédulas hipotecarias, títulos-valores incorporados tardíamente a nuestro ordenamiento (19). Las cédulas hipotecarias deben ser emitidas por sociedades, generalmente las sociedades de crédito territorial o los Bancos dedicados a estas actividades de préstamo sobre inmuebles (los denominados genéricamente «bancos hipotecarios»). Por lo tanto en la evolución del estudio del crédito territorial en Cuba, deberemos atender tanto al aseguramiento del crédito territorial como a su dinamización, haciendo referencia al sistema de sociedades de crédito territorial y bancario existente en la isla hasta 1898.

De este modo, cuando en el presente estudio hagamos referencia en general al crédito territorial, nos estaremos refiriendo al *sistema de crédito territorial*, es decir, al préstamo sobre inmuebles debidamente garantizado, junto a las estructuras bancarias que posibiliten su generalización y la emisión de

(18) La hipoteca, como derecho real sobre inmueble, es un bien inmueble (art. 334.10, art. 107.8 LH 1861, y art. 121.8 LH de Cuba).

(19) Puesto que ya eran conocidas en algunos Estados alemanes, sobre todo en Prusia, desde el siglo XVIII. Ver NUSSBAUM, ARTHUR, trad. W. ROCES, *Tratado de Derecho Hipotecario alemán*, Madrid, 1929.

títulos dinamizadores del crédito, y no a uno y único gravamen de un bien inmueble con hipoteca (20).

3. LAS SOCIEDADES ANONIMAS EN CUBA: LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES ANONIMAS DE 1853, EL *BANCO ESPAÑOL* SOBRE LIBERALIZACION DE SOCIEDADES HASTA LOS REALES DECRETOS DE 1878

La primera Ley General de Sociedades Anónimas realizada para toda ultramar se instauró en la Gran Antilla por Real Decreto 19-10-1853 (21).

La normativa sobre sociedades recogida en este Real Decreto no tenía un carácter retroactivo (art. 61), es decir, no se aplicaba a las sociedades creadas con anterioridad a esta norma sino únicamente a las sociedades que se crean a partir de entonces. La aprobación de las compañías que tengan por objeto constituir Bancos de emisión o Cajas subalternas de éstos deberá ser concedida por el Rey (art. 17 y 20), disposición que se desmarca de la recogida en el Código de Comercio de 1829 y que se entiende restrictiva, no solamente para los Bancos y Cajas, sino también para la creación de sociedades que tengan por objeto la construcción de carreteras generales, caminos de hierro y las que pidan privilegio exclusivo (22).

Así, y en base a esta normativa, por Real Decreto 6-2-1855 (23) se establecen algunas bases para la creación del *Banco Español de La Habana* (24),

(20) Esto sería objeto del estudio del derecho real de hipoteca, y no del estudio del crédito territorial como dinamizador y potenciador de la propiedad territorial.

(21) Colección Legislativa, Tomo LX, Madrid, 1854, pág. 273. Efectivamente, parece ser que este Real Decreto se hizo extensivo a Puerto Rico y Filipinas, puesto que en 1869 se deroga en todos estos territorios (ver art. 1, Decreto 17-9-1869). Por eso hemos afirmado que es la primera Ley General de Sociedades Anónimas para ultramar.

(22) De hecho esta norma se enmarca dentro de una corriente restrictiva a la creación de sociedades de todo el reino, puesto que cinco años antes por Ley 28-1-1848, se deroga parcialmente al Código de Comercio en la Península y se preceptúan controles y autorizaciones administrativas para la creación de determinadas sociedades (art. 2), casualmente las del mismo tipo que recoge el Real Decreto de 1853 para ultramar. Según la Ley peninsular de 5-2-1869, que deroga aquella Ley de 1848, la situación de restricción de creación de sociedades se justificaba «por la errada creencia de que el Estado tiene el derecho y el deber de intervenir en las funciones del crédito y de la industria, bajo pretexto de la necesidad de una vigilancia imposible para el Gobierno, y que sólo el interés individual, según lo ha demostrado la experiencia, puede ejercer eficazmente» (Exposición de Motivos).

(23) Colección Legislativa, Tomo LXIV, Madrid, 1855, pág. 470.

(24) Un total de veinticinco entre las que cabe destacar, para nuestro interés, la cuarta, quinta y sexta. En la primera prohíbe al Banco prestar sobre sus propias acciones; el interés de tales préstamos no será mayor al 8 por 100 ni por plazo superior a 90 días, con posibilidad de prorrogarlo por otros tantos días una vez más. La base sexta propone

que luego se verán reflejadas en el Real Decreto de 7 de enero de 1856, por el que se aprueban los Estatutos y el Reglamento de dicho Banco (25) que lo configuran con las siguientes características:

- Es una Sociedad Anónima (art. 1.1 Estatutos) creada sobre la base del Real Decreto de 19-10-1853.
- Se le concede la «facultad exclusiva» (art. 8 Estatutos) (26) de emitir billetes pagaderos a la vista y al portador, hasta la cantidad del total del capital realizado por sus acciones, emisión que podrá aumentarse por el oro y la plata depositados en su caja provenientes de los préstamos o anticipos (27).
- El artículo 9 de los Estatutos también prevé la división del Banco en dos departamentos: uno de préstamos y giros, y otro de emisión. Esto es, que no será un banco de emisión y descuento en sentido «puro» sino que tendrá una naturaleza mixta: por un lado emitirá billetes a la vista y por otro podrá realizar préstamos (art. 5.2 de los Estatutos), aunque no sobre sus propias acciones. Estos préstamos se realizarán sobre géneros de comercio, frutos del país, metales preciosos, acciones de empresas y otros documentos «de fácil realización», el plazo de los cuales será de noventa días (28). Por un «Reglamento especial para las operaciones del Banco Español de La Habana» de

la creación de dos departamentos dentro del Banco, uno de los cuales es el de «préstamos y giros».

(25) El texto de las bases y del Real Decreto 7-1-1856 está extraído de RODRIGUEZ SAN PEDRO, JOAQUÍN, *Legislación ultramarina. Concordada y anotada*, Tomo V, Madrid, 1866, págs. 449 y 451, respectivamente.

(26) El privilegio de emisión de billetes pagaderos a la vista no se concederá en la Península al Banco de España hasta 1874, aunque ya había habido un intento con el Banco de San Fernando en 1849; efectivamente, según el artículo 6 de la Ley 4-5-1849, el Banco de San Fernando será el único Banco de emisión, y se le instaba a llegar a un acuerdo con el Banco de Cádiz y Barcelona; si tal acuerdo no se alcanzaba, se mantendrá a estos Bancos en su derecho. Volviendo a la situación en Cuba, debemos tener en cuenta que según la Exposición de Motivos del Real Decreto de 16-8-1878 estaba reconocida la circulación fiduciaria única desde 1856, únicamente de hecho (porque no había otras entidades competidoras dedicadas a esta actividad) y no será hasta el Real Decreto de 1878 cuando se reconozca de derecho.

(27) Interesante es ver la importancia que tienen los préstamos realizados por el Banco garantizados con oro y plata, los cuales pueden servir de garantía para la emisión de billetes al portador. Sin embargo, la poca duración de los préstamos (rebajada a 90 días por los Estatutos) hace insegura la emisión de billetes, más si tenemos en cuenta lo que determina el artículo 10.2 de los Estatutos: los depósitos de oro y plata recibidos en garantía de los préstamos podrán servir únicamente para amortizar los billetes al portador en circulación que sobrepasen las reservas del Banco establecidas en el 10.1. Supone esto la pérdida de la garantía de devolución del préstamo en manos de los billetes sobrantes.

(28) La Base Quinta del Real Decreto 6-2-1855 preveía una única prórroga por 90 días más, hecho que no aparece en los Estatutos del Banco.

1856 (29), en su Capítulo II se establecen los requisitos concretos para la concesión de los préstamos con esas garantías. Prevé en su artículo 1 que los documentos de fácil realización, a que se refería el artículo 5.2 de los Estatutos, son pagarés a la orden con dos firmas y moneda extranjera (art. 7). También dispone que no se aprobará ningún préstamo menor a 500 pesos. Se concederán préstamos por las cuatro quintas partes del valor de los frutos (art. 4), por el 90 por 100 de la moneda extranjera (art. 7) y por el 80 por 100 de las acciones de empresas legalmente constituidas (art. 8). El Reglamento, asimismo, establece otras consideraciones:

- Los gastos de almacenaje, conservación y traslado de las cosas, dadas en garantía, los costeará el dueño (art. 6); de esta manera el Banco no asume los riesgos de su depreciación o de su destrucción.
- El Banco no aceptará la devolución anticipada del préstamo, salvo que el deudor lo pague íntegro contando los intereses que debería haber pagado hasta cuando se había fijado la devolución (art. 15).
- En caso de incumplimiento de la obligación de devolución del préstamo por parte del deudor, el Banco procederá a la venta de la garantía (venta o negociación si la garantía son acciones y pagarés). Sin embargo podrá dirigirse contra el deudor por la diferencia, si resulta esta venta insuficiente para cubrir el crédito; por otra parte, el deudor será el beneficiario si se ha vendido con exceso (art. 9). También será el deudor quien corra con los gastos de la venta.

La articulación jurídica prevista para estas garantías recuerda en gran medida a la figura jurídica de la prenda (*peño*), ya que se dan los requisitos para su constitución:

- Su objeto son bienes muebles; no hay ningún inmueble entre los objetos dados en garantía. Según lo que dispone la Partida 5,13,1 (30), se considerará peño aquella cosa que un hombre empeña a otro, apoderándose de ella y mayoritariamente cuando es mueble. A pesar de entender este precepto que el objeto de la prenda es un bien mueble, más adelante no descarta que pueda ser un bien «rayz». La doctrina del siglo XIX, no obstante, ya asume la distinción entre prenda e hipo-

(29) Recogido en RODRÍGUEZ SAN PEDRO, *Legislación ultramarina...*, pág. 466, pero que no establece la fecha de su aprobación. Por su colocación sistemática en la obra, deducimos que pudo emitirse entre abril de 1856 y agosto del mismo año; este dato no consideramos que sea de vital importancia para el desarrollo del presente trabajo y por tanto nos conformamos con la información facilitada por este autor.

(30) *Las siete partidas*, glosadas por el Licenciado Gregorio López, Salamanca 1555, facsímil, Madrid, 1985, pág. 83.

teca, según si es mueble o inmueble, y si hay o no desplazamiento posesorio (31). Por tanto, según el objeto y el desplazamiento de la garantía, el *Banco Español de La Habana* prestará con prenda.

- Incumplida la obligación principal (restitución del capital y los intereses del préstamo por parte del deudor) se procede a la enajenación de los bienes. La venta de las cosas pignoradas viene regulada en diversas Leyes del Título XIII de la 5.^a Partida, entre las que destacamos la Ley XXXVIII sobre la obligación del peño, la XLI sobre la venta, y la XLIII donde se prohíbe que el vendedor de la prenda (acreedor) pueda comprarla (cierta interdicción del Pacto Comisorio). Además el Banco queda habilitado para la posterior continuación de la acción sobre el resto de bienes del deudor con el fin de cobrarse el crédito.

El Banco deberá convivir con «establecimientos de crédito» ya existentes en la isla, así que contribuirá, según lo que dispone la Real Orden de 6-2-1855, al desenvolvimiento del «crédito general en la isla» (32). De manera que puede entenderse que la facultad de prestar del Banco no tiene un carácter residual (33) sino que está llamado a desempeñar un papel importante en el desarrollo del crédito en Cuba (34), aun contando con las dificultades que se encuentra el deudor crediticio, esto es, hacer frente a todos los gastos de

(31) Así, mientras que en las Partidas (P 5,13,1) se habla de: toda cosa que sea mueble, o raíz, que sea empeñada a otro, puede ser llamada peño aunque no fuese entregada, en SALA, JUAN, *Ilustración del Derecho real de España*, Tomo I, Madrid, 1820, pág. 374, se habla ya en estos términos: «Segun el modo regular de hablar, que también adoptan los autores, quando la cosa empeñada no se entrega al acreedor, se llama *hipoteca*, y suele ser raíz, y quando se entrega, y suele ser mueble, *prenda*».

(32) Tenemos constancia, por ejemplo, por el Real Decreto de 12 de marzo de 1885 (*Gaceta de Madrid*, de 14 de marzo de 1885, núm. 73, pág. 780) de la existencia de la compañía «Crédito Territorial hipotecario de la isla de Cuba», dedicada al crédito territorial y «en justa compensación de los beneficios que diariamente dispensa á la hoy agobiada agricultura de la gran Antilla á consecuencia de los estragos producidos por la guerra civil felizmente terminada» y de otras dedicadas al préstamo hipotecario (art. 1 del Real Decreto 12-3-1885).

(33) Como lo podrían tener las facultades de préstamo del Banco de San Fernando contempladas en los artículos 32 y 33 de la Real Cédula de 9 de julio de 1829 [como ejemplo de un gran Banco de emisión y descuento (art. 5). La garantía del préstamo la constituyen «las alhajas de oro y plata justipreciadas», sin exceder de las tres cuartas partes de su valor, con plazo no superior a seis meses y sin prestar sobre sus propias acciones (art. 14, Ley 4-5-1849, confirmada por la de 15-12-1851)]. De manera que no puede hablarse de un verdadero Banco de crédito (ni de crédito territorial) sino únicamente de emisión y descuento; incluso en la Ley de 1849 se llegó a plantear la división del Banco en dos secciones: la de emisión y la de descuento (nunca la de préstamos como el de La Habana), división que sería suprimida por la Ley de 1851.

(34) Real Orden 6-2-1855: «Cuando desarrollado el crédito general en esa isla, y firme el Banco sobre este cimiento, pueda pensarse en dar mas ensanche á sus operaciones, se estará en el caso de dar mayor amplitud á las bases».

conservación, almacenaje, traslación y posterior venta en caso de incumplimiento, a parte de estar sujeto a la acción del Banco en caso de que lo obtenido por la venta de la garantía no hubiese sido suficiente. Y todo ello a pesar de que por RO 6-2-1855 se insta al Gobernador Capitán General de la isla de Cuba a proceder a la redacción de los Estatutos y reglamentos del Banco en base a los Estatutos del Banco de San Fernando, antecesor del Banco de España (35), que se le remiten «porque con ellos a la vista, y penetrándose de su espíritu, será más fácil y se acertará mejor a desenvolverlas en los estatutos y reglamentos, salvo en aquellos puntos en que las necesidades locales de ese comercio lo exijan». Ciertamente los redactores de los Estatutos del Banco de La Habana y los que concebieron su función, consideraron esencial prescindir de la división de las Secciones del Banco de San Fernando (art. 16, Ley 4-5-1849) en una de emisión y otra de descuentos —que desapareció más tarde por Ley 15-12-1851 (36) (art. 2)—, y dividirlo también en dos Secciones, pero una de emisión y otra de préstamos, puesto que de lo contrario su dedicación a los préstamos no podría ser de tal embergadura como para poder cumplir el mandato de desarrollar el crédito general en Cuba que le hacía la RO de 6-2-1855.

Algunas reformas posteriores acontecieron a la regulación de los préstamos por el *Banco Español de La Habana*. Así, por Real Orden de 28-8-1856 (37) no se admitían como garantía de los préstamos los pagarés de una sola firma por la inseguridad de realizar su valor, y la toma de conciencia del Real Decreto de 29 de julio de 1859 (38), de que los préstamos en Cuba deben tener mayores plazos que los Bancos europeos (Exposición de Motivos); de esta forma, en operaciones a plazos del artículo 5 de este Real Decreto se admite una ampliación de noventa días a tres y a seis meses, siempre que se cumplan algunas condiciones para la garantía de emisión de billetes al portador; esta ampliación de plazos de los préstamos consolida ciertamente la realización de los mismos, puesto que da mayor facilidad en la restitución a sus tomadores.

Esta concepción de «Banco mixto» (dedicado tanto a la emisión como al préstamo) es novedosa respecto a lo que acontecía en la Península donde en 1856 se regulan las Sociedades Anónimas de Crédito (39) (Ley 28-1-1856)

(35) Ver Ley 28-1-1856.

(36) Colección Legislativa, Tomo LIV, Madrid, 1852, pág. 537.

(37) RODRÍGUEZ SAN PEDRO, *Legislación ultramarina...*, Tomo V, Madrid, 1866, pág. 469.

(38) RODRÍGUEZ SAN PEDRO, *Legislación ultramarina...*, Tomo V, Madrid, 1866, pág. 470.

(39) Normativa no aplicable a los territorios de ultramar, puesto que las sociedades anónimas de crédito debían fijar su domicilio en la península e islas adyacentes, aunque pudiesen tener sucursales «en cualquier punto de las posesiones españolas» (art. 3, Ley 28-1-1856).

como sociedades dedicadas con preferencia a prestar al Gobierno, a otras sociedades y a los particulares, separando estas operaciones de préstamo con las operaciones que realizaban los Bancos de emisión, cuyos máximos representantes eran, por entonces, el Banco de San Fernando (único Banco de emisión por el art. 6, Ley 4-5-1849) más el de Barcelona y el de Cádiz (art. 6.2 *in fine* y art. 2, Ley 28-1-1856).

Es decir, que si bien no se puede hablar todavía propiamente de *crédito territorial* en ultramar, sí que podemos adivinar una cierta dinamización del crédito pignoraticio, cuyo principal exponente será el *Banco Español de La Habana*, que representará una novedad respecto de la legislación peninsular, tanto en lo referente a la organización bancaria y de préstamos establecida en Cuba como en lo avanzado en el tiempo de estas estructuras, ya que se avanza en tres años a la Ley para la Península de 28-1-1856 sobre Sociedades Anónimas de Crédito.

El Real Decreto de 1853 queda derogado por el Decreto de 17-9-1869 (40), el cual se enmarca dentro de la corriente de liberalización de la constitución de sociedades de crédito territorial (art. 2, Decreto 5-2-1869) y Bancos territoriales, agrícolas, de emisión y descuento en la Península (art. 1, Ley 19-10-1869). Según su Exposición de Motivos, el Decreto de 1869 debe promover «el fecundo principio de la libertad de asociación», el cual se ha visto perturbado por la legislación restrictiva (a la creación de sociedades anónimas), la cual se considera «antijurídica» por atentar contra un derecho inherente a la naturaleza humana: el de libre asociación, al que el derecho simplemente le debe dar los aspectos formales que le darán una dimensión jurídica (41); estos mínimos que debe regular el Derecho los aportará el Código de Comercio de 1829, el cual había quedado parcialmente derogado —en lo referente a las Sociedades Anónimas— por la legislación de 1853 (42). Por el artículo 3 del Decreto se concede a las sociedades anónimas de Cuba, Puerto Rico y Filipinas la posibilidad de «hacer en su organi-

(40) Colección Legislativa, Tomo CII, Madrid, 1869, pág. 528.

(41) Así, el artículo 17 de la Constitución Española de 1869 preveía el «derecho a asociarse para todos los fines de la vida humana que no sean contrarios a la moral pública» y se establecen motivos tasados de disolución de las asociaciones, entre los que no se encuentra —como ocurría en la legislación de sociedades vigente hasta el momento (ver RO 19-6-1848 peninsular y Real Decreto 19-10-1853 en ultramar)— la falta de autorización administrativa ni su aprobación expresa por la autorización real o, en su caso, competente. Estos motivos son, según el artículo 19 CE 1869: cuando sus miembros delincan aprovechando la infraestructura de la asociación, cuando sea la propia asociación quien delinca y cuando el objeto o los medios de la asociación comprometan la seguridad del Estado; en este último caso será disuelta por ley.

(42) El artículo 2 del Decreto de 1869 establece lo siguiente: «Queda restablecido el Código de Comercio en todo lo relativo á la constitucion y organizacion de las sociedades anónimas.»

zación, estatutos y reglamentos, las reformas que estime convenientes la junta general de sus accionistas».

Podemos concluir de todo lo expuesto que hasta 1878 no puede hablarse de la existencia de crédito territorial en Cuba, sino que únicamente existía la concesión de préstamos con garantía pignoratícia sobre determinadas cosas muebles. También se desconocían las cédulas hipotecarias como títulos-valores movilizados de la propiedad inmobiliaria.

4. LEGISLACION BANCARIA: LOS REALES DECRETOS DE 16 DE AGOSTO DE 1878

4.1. REAL DECRETO DE LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS EN ULTRAMAR (43)

La Exposición de Motivos de este Real Decreto justifica la redacción del mismo por el fracaso que ha supuesto la aplicación del Decreto de 17-9-1869 (de restablecimiento del Código de Comercio en ultramar y derogando el Reglamento restrictivo de 1853), porque «en tanto que en la Península la experiencia ha ido suavizando las asperezas de ciertos principios (44), han conservado estos toda su inflexibilidad en la legislación de las provincias ultramarinas»; el Decreto de 1869 había fracasado, y con él, el primer intento de liberalización de creación de sociedades anónimas bancarias y de infraestructuras.

Por eso queda derogado dicho Decreto de 1869 y en su lugar se dispone la aplicación del propio Reglamento de 16 de agosto de 1878 (art. 1 Real Decreto). Con relación a nuestro tema, la novedad más importante del Reglamento es la que aporta su artículo 4: permite a las Sociedades Anónimas la concesión de préstamos a comerciantes y a entidades mercantiles, pero no a los particulares o terratenientes, sino que deberá hacerse entre comerciantes; de manera que no se les está concediendo la potestad de realizar préstamos de carácter a los no comerciantes, sino préstamos mercantiles entre la Sociedad y un comerciante o la Sociedad y otra entidad mercantil; para poder llevar a cabo estos préstamos, la Sociedad podrá emitir obligaciones nominativas o al portador (45). Sin embargo, en la Exposición de Motivos del Real Decreto que da pie a este Reglamento, el Ministro considera a la Ley de 19 de octubre de 1869, como origen de esta novedad en ultramar, y esta ley no hace referencia exactamente al mismo supuesto: su artículo 8 únicamente da la potes-

(43) Colección Legislativa, Tomo CXXI, Madrid, 1879, pág. 266.

(44) Refiriéndose a la legislación restrictiva para la constitución de Sociedades Anónimas anterior a 1869, que se vio superada por el Decreto 5-2-1869 y la Ley 19-10-1869.

(45) Las obligaciones representan un endeudamiento de la sociedad y un crédito a favor de los tenedores de estos títulos.

dad de emitir obligaciones a los «Bancos territoriales, agrícolas, las Sociedades de crédito, las de préstamos hipotecarios, las concesionarias de obras públicas (46) y las industriales» y solamente al portador. El artículo 9 de la ley hace referencia a los créditos que podrán ser concedidos. De modo que existen algunas diferencias entre la concesión del Reglamento de 1878 y la Ley de 1869:

- a) El Reglamento no determina qué tipo de compañías podrán emitir obligaciones, sino que generaliza en «las Compañías mercantiles», que deberán cumplir dos requisitos: constituidas conforme al Reglamento y que hayan desembolsado el capital efectivo. En cambio la Ley habla de unas determinadas sociedades que coinciden, en su mayoría con las relacionadas con el crédito territorial (bancos territoriales, sociedades de crédito, sociedades de préstamos hipotecarios).
- b) La Ley de 1869 no determina a quién deben ir dirigidos los préstamos (art. 9); en cambio el Reglamento los limita a comerciantes y a otras sociedades, no a los particulares.
- c) Además, el artículo 4 del Reglamento considera que podrán contratar empréstitos «en la forma que autoriza el Código», en referencia al Código de Comercio de 1829 (47), mientras que la Ley deja libertad a cada sociedad (según lo determinen sus Estatutos).

De todo ello concluimos que mientras que la Ley de 19 de octubre de 1869 prevé la estructura legal para poder dinamizar el crédito territorial, el Reglamento de 1878 no está pensando en eso, sino en otro tipo de préstamos, alejados de toda función dinamizadora territorial (48).

4.2. REAL DECRETO DE LOS BANCOS DE EMISIÓN Y DESCUENTO EN ULTRAMAR (49)

Hasta la fecha no se había redactado ninguna ley bancaria general en ultramar, funcionando los bancos, como hemos visto, sobre la base de la regulación de las Sociedades Anónimas.

(46) Estas compañías tienen algunas restricciones al determinar la garantía hipotecaria de la que gozarán las obligaciones.

(47) El cual no preveía figuras específicas para la potenciación del crédito territorial.

(48) Cuestionando también la referencia del Ministro a la Ley de 1869 como antecesora de la emisión de obligaciones por parte de determinadas compañías.

(49) MARTÍNEZ ALCUBILLA, *Boletín jurídico-administrativo, apéndice al diccionario de la Administración española peninsular y ultramarina*, Madrid, 1878, pág. 519.

Este Real Decreto pretende llenar este vacío y regular cuáles serían las actividades de los Bancos en los territorios españoles en ultramar. Sin embargo, la situación histórica de creación de este Decreto es diferente de la que regía hasta entonces en la Península: el Banco Hipotecario se había convertido en único en su clase (1875) con el monopolio de emisión de cédulas hipotecarias, y se convirtió en la sociedad de crédito territorial por excelencia; el Banco de España tenía el monopolio de emisión de moneda (1874), desterrando del panorama bancario peninsular a otros establecimientos bancarios y sociedades de emisión. Se había entrado en un formal y real dualismo de clases de Bancos: los de emisión y descuento y los hipotecarios y de préstamo.

No ocurrió lo mismo en ultramar. El Real Decreto de 1878 faculta a los Bancos de emisión y descuento a dedicar parte de su capital a las operaciones propias de los Bancos Hipotecarios (50); ello no resultaba ser por completo una novedad por un doble motivo:

- a) Por un lado, y es recogido por la propia Exposición de Motivos del Real Decreto, el *Banco Español Filipino* está desde 1855 autorizado por sus estatutos a hacer préstamos hipotecarios sobre inmuebles (51).
- b) Por otro, ya hemos visto como el *Banco Español de La Habana* también tenía la posibilidad de realizar préstamos, sin ser de carácter territorial, siempre que no fuese el capital de sus acciones, pero que estaba dotado de una estructura interna en dos Departamentos, uno de los cuales era de Préstamos, resaltando la importancia que dichos préstamos debían de tener en su actividad.

El artículo 2 del Real Decreto da nombre a los tres grandes bancos de emisión y descuento que se crearán en ultramar, y que tendrán el privilegio de la circulación fiduciaria única (52): *Banco Español de Cuba*, *Banco Es-*

(50) Uno de los motivos que se esgrimen en la Exposición de Motivos es que no hay la posibilidad de encontrar en ultramar suficientes capitales para que se dediquen a la concesión de préstamos hipotecarios.

(51) Aunque no sea objeto del presente estudio, debemos completar la precocidad con la que el *Banco Español Filipino de Isabel II* estaba habilitado para realizar actividades propias del crédito territorial. Efectivamente, aun con la ausencia de Ley Hipotecaria, las Islas Filipinas se colocaron a la vanguardia del crédito territorial, puesto que las actividades que realizaba dicho Banco no podría hacerlas ningún otro en ultramar hasta veintidós años más tarde, y en la Península no se asentará hasta la creación del Banco Hipotecario en 1872. No obstante, el Banco Español Filipino se encontró con grandes dificultades: incertidumbre del dominio, inexistencia de Registros de la Propiedad hasta mucho después que Cuba y Puerto Rico, y la imposibilidad de emitir cédulas hipotecarias hasta 1896.

(52) La circulación fiduciaria única se refiere al monopolio que se concede a estos establecimientos para emitir billetes de banco, de manera que estos billetes serán los únicos aceptados por el Estado y los únicos que tendrán pleno poder liberatorio.

pañol de Filipinas y Banco Español de Puerto Rico, que son protagonistas del articulado del Real Decreto (53). Dejando a parte el monopolio de emisión de billetes, el artículo 15 del Real Decreto establece como operación ordinaria del Banco, prestar.

La naturaleza primaria de los tres bancos es de ser «de emisión y descuento», y por el artículo 16, podrán obtener la concesión del Gobierno para realizar «operaciones especiales», que son:

- Las que son propias de los Bancos hipotecarios (54).
- Conceder empréstitos a las provincias y municipios de su territorio, y a las compañías y sociedades establecidas en el mismo.
- Comerciar en metales de oro y plata.

Si bien el Real Decreto deja la regulación a los respectivos estatutos, debemos centrarnos a qué se refiere el artículo cuando habla de «operaciones propias de los Bancos hipotecarios» (55).

La última ley general de libre creación de Bancos en la península fue la de 19 de octubre de 1869, la cual únicamente hablaba de «bancos territoriales, agrícolas y de emisión y descuento, y de Sociedades de crédito, de préstamos hipotecarios, concesionarias de obras públicas», entre otras, pero ninguna aludiendo expresamente al término «banco hipotecario». Ahora bien, en 1872 se crea el *Banco Hipotecario de España*, que no es más que un Banco de crédito territorial privilegiado nacido al amparo de la ley de 1869, pero no un «banco hipotecario»; el artículo adicional de la Ley (56) considera aplicables las disposiciones de carácter general a los «Establecimientos de crédito territorial que se formen», y no, *a los demás Bancos hipotecarios que se formen*. Esto nos lleva a concluir que el término de «bancos hipotecarios» empleado

(53) Ello se deduce de los artículos 7, 9 y 11 y, sobre todo, al no propugnar la libre creación de Bancos de estas características y limitarlo a tres. También debe tenerse en cuenta lo que dispone el artículo 28 sobre los bancos existentes en Cuba y Filipinas: se seguirán rigiendo por los Reales Decretos de su creación, y por los estatutos y reglamentos aprobados. Podrán acogerse a la regulación del nuevo Real Decreto, siempre que se lo conceda el Gobierno, previa reorganización de los mismos adecuándose a él, además de cumplir con los trámites previstos para su constitución.

(54) Se establece un límite para el caso en que los Bancos obtengan la concesión: el capital para poder realizar las actividades de banco hipotecario no podrá ser superior al del fondo de reserva. La duración de la sociedad para este supuesto será de 99 años y no de 25 años (art. 7), aunque sólo para la realización de estas actividades propias de los Bancos Hipotecarios (debido, seguramente, a la dilatada amortización de los préstamos territoriales y a su larga duración, superior a los 25 años).

(55) La referencia la debemos tomar directamente de las leyes de ámbito peninsular, puesto que no existen antecedentes de Bancos hipotecarios en los territorios de ultramar.

(56) Derogado en 1875 al declarar al Banco Hipotecario de España como único en su clase y no permitiendo la creación de bancos de crédito territorial con capacidad para emitir cédulas hipotecarias.

por el artículo 16 del Real Decreto 16-8-1878, es un término impreciso, y que no pueden haber características de los Bancos hipotecarios cuando no existía ese tipo de bancos en la legislación española de la época. No obstante, creemos que debe entenderse como un apócope de «los bancos que realizan préstamos hipotecarios» (clase incluida en la Ley de 1869) y que se ajustaría a lo que se pretende con el Real Decreto de 1878 (desarrollar el crédito territorial mediante el préstamo con hipoteca en Cuba, Filipinas y Puerto Rico) y a lo que señala su Exposición de Motivos en lo referente al antiguo *Banco Español Filipino*, es decir, que podía realizar préstamos hipotecarios ya desde 1855.

Por tanto, lo que está claro es que podrán realizar préstamos hipotecarios si reciben la concesión del Gobierno. Tampoco cabe duda que dichos Bancos podrán emitir obligaciones al portador (para financiar dichos préstamos), tal y como prevé el artículo 8.1 y 9 de la Ley de 19 de octubre de 1869. Sin embargo, debemos plantearnos si efectivamente podrían emitir cédulas hipotecarias, ya que no están recogidas en la legislación de 1869, pero sí en la Ley de 2-12-1872, de creación del Banco Hipotecario, aunque dichos títulos pasan a ser de emisión exclusiva para este Banco en 1875. Para solventar esta cuestión, deberemos atender a las normas que conceden la habilitación correspondiente para que los Bancos puedan realizar este tipo de operaciones, como veremos al concluir la presente exposición.

De este modo, el 7 de enero de 1881, el *Banco Español de La Habana* pasa a denominarse *Banco Español de la Isla de Cuba*, y se articula conforme al Real Decreto de 16 de agosto de 1878 (57), convirtiéndose en el establecimiento autorizado «para la circulación fiduciaria única en toda la isla» por el Real Decreto de 28 de enero de 1881 (58). En el artículo 5.10 del Real Decreto se prevé que el *Banco Español de la Isla de Cuba* pudiese realizar actividades propias de los bancos hipotecarios por una cantidad que no excediera de su fondo de reserva, tras haber formulado un reglamento y haber sido aprobado por el Gobierno.

5. LA LEY HIPOTECARIA DE CUBA

En la legislación de Indias no existía formalidad alguna para la transmisión y el gravamen de la propiedad inmueble, hasta que se hizo extensiva a las provincias de ultramar la Ley Orgánica de los Oficios de Hipotecas, por Real Cédula de 6 de mayo de 1778 (59). Las oficinas de Anotadurías de

(57) Posibilidad que prevé su artículo 28.

(58) Colección Legislativa, Tomo CXXVI, Madrid, 1881, pág. 149.

(59) OLIVER Y ESTELLER, *Exposición fundamental...*, pág. 801.

Hipotecas se fueron instalando a lo largo del territorio de la isla, principalmente a partir de 1845. Sin embargo, este sistema adolecía de graves deficiencias, y no ofrecía al acreedor suficientes garantías para el acreedor territorial; esto es, el acreedor que estaba dispuesto a invertir su capital en un crédito cuya garantía fuese un bien inmueble (un terreno, finca urbana o rústica), no tenía clara la naturaleza de la garantía del préstamo, es decir, el objeto de la hipoteca no era cierto ni determinado, y los gravámenes que recaían sobre la cosa podían no ser públicos. De manera que sobre una finca ofrecida por el terrateniente (agricultor que pretende mejorar el rendimiento de la finca con la cantidad obtenida del préstamo o propietario urbano) como objeto de la hipoteca en garantía del préstamo territorial que se pretende conceder no era un bien cuyo valor estuviese bien definido. O sea, podrían existir perfectamente gravámenes sobre la finca (hipotecas anteriores, servitudes, derechos de opción o retención, estar vendida a carta de gracia, etc.), completamente ignorados por el acreedor; y no únicamente ignorados, sino que no podía descubrir de otra manera que no fuese obteniendo la información de las partes que convinieron cada uno de esos negocios jurídicos, puesto que antes de la Ley Hipotecaria, lo pactado entre las partes, fuese o no público, afectaba a terceros. La propiedad, por lo tanto, no era segura, ni lo era tampoco en consecuencia, el crédito hipotecario. Difícilmente podía progresar el rendimiento del campo cubano mediante la obtención de capital invertido de origen crediticio si los prestamistas no estaban ni de lejos seguros de poder recuperar la cantidad invertida.

La Ley Hipotecaria de 1861 y la reforma de 1869 dieron certidumbre al dominio y a los derechos reales en la Península, de manera que la propiedad inmueble se convirtió en un valor seguro en el que invertir capital (60). La Ley Hipotecaria no llegó a Cuba hasta la publicación del Real Decreto de 16 de mayo de 1879 (aunque no entró en vigor hasta el 1 de enero de 1880, según el art. 2 del Real Decreto 16-5-1879) que incorporó muchas e indispensables disposiciones para asegurar la propiedad y el crédito territorial:

- a) La creación del Registro de la Propiedad (art. 1 LH). En él se inscribirán los títulos traslativos o declarativos de dominio y los títulos de los derechos reales, entre otros (art. 2 LH). De este modo el dominio y los derechos reales sobre inmuebles pasan a ser públicos y reflejan la realidad en cada momento de la situación del bien inmueble, y sobre esta realidad registral podrá prestar confiadamente el acreedor hipotecario. Y todo ello en virtud del principio de que lo no inscrito no perjudica a tercero (art. 31 LH).

(60) Es decir, un capitalista antes de la LH destinaba preferentemente el capital a la industria o al comercio por su rapidez y la fácil obtención de beneficios, mientras que la

- b) La aplicación de los principios de *especialidad* y *publicidad* de las hipotecas. El Registro de la Propiedad pasa a ser el foro de especialidad y publicidad de la constitución de las hipotecas (Dictamen de la Comisión sobre LH y art. 160). La existencia hasta el momento de las hipotecas generales y tácitas impedían dar certeza al dominio, así como las hipotecas legales (aquéllas que existían porque así lo establecía la ley) que no requerían inscripción registral y por lo tanto afectaban a los hipotéticos acreedores hipotecarios sin que esta circunstancia les constase a ellos. Para evitar este último problema se redujeron los derechos que les correspondían a los titulares de las hipotecas legales: de disfrutar de los derechos que le reportaba la hipoteca, ahora únicamente tendrán el derecho a inscribirla y convertirla en especial (arts. 172 a 174 LH) y desde ese momento la hipoteca legal desplegará los mismos efectos y otorgará los mismos derechos que una voluntaria (art. 175 LH). Especial consideración en relación con estos principios se hace sobre los créditos refaccionarios, créditos muy utilizados en la Gran Antilla en las explotaciones azucareras y tabaqueras (61).
- c) Tal y como ya se dio en la LH de 1861 en la Península, el derecho de hipoteca comienza a negociarse mediante la incorporación de dos figuras: la *cesión de créditos* (art. 167 LH) y la *subhipoteca* (art. 121.8 LH). A pesar de este intento de movilizar a las hipotecas, no resultaba ser suficiente. Tanto la cesión de créditos como la subhipoteca son sistemas de transmisión y dinamización de créditos poco ágiles y costosos, puesto que se exige inscripción registral y comunicación al deudor (art. 167, 168 y 169 LH). A su vez, el artículo 167.4 LH prevé la figura de la hipoteca en garantía de obligaciones al portador, en las que no se necesitará ni inscripción ni comunicación al deudor de la traslación del crédito, sistema ágil y dinamizador del crédito territorial.

agricultura, por su débil garantía, sufría una grave recesión, sin posibilidad de desarrollarse convenientemente. La importancia del crédito territorial para la agricultura la recoge, en un trabajo realizado años antes de que la primera Ley Hipotecaria fuese una realidad. CÁRDENAS, FRANCISCO DE, «De la organización del crédito territorial en Francia», en *El Derecho Moderno*, Tomo XII, Madrid, 1852, pág. 51. Ver también ALONSO MARTÍNEZ, MANUEL, «Del establecimiento del crédito territorial en España», en ROGEL, CARLOS, y VATTIER, CARLOS (coord.), *Manuel Alonso Martínez. Vida y obra*, Madrid, 1991, Ed. Tecnos, pág. 661, cuando asegura «que ó somos una nacion agricola ó no somos nada».

(61) El crédito refaccionario es aquél que se realiza únicamente con la finalidad de mejorar los cultivos y aumentar la productividad de la tierra. Los acreedores refaccionarios que prestaban a los agricultores eran, en Cuba, los comerciantes, que disfrutaban antes de la LH de hipotecas tácitas. Tras la LH se reconvierten las hipotecas tácitas en legales, asegurando a los acreedores refaccionarios el cobro de los créditos.

Estas grandes novedades que aporta la Ley Hipotecaria cubana, resultan ser imprescindibles para reportar beneficios a la propiedad inmueble y al crédito territorial y más concretamente «en la organización del trabajo y en el sistema de cultivo» (Dictamen de la comisión redactora de la Ley Hipotecaria de Cuba).

No obstante, todas las ventajas que aportan las disposiciones de la Ley Hipotecaria, favorables al crédito territorial únicamente podían aplicarse a la mitad del territorio insular. Y esto es así porque en el territorio comprendido entre Cárdenas a Baracoa, según lo que dispone el Dictamen de la Comisión, estaba sujeto a un tipo especial de régimen dominical, propio de la isla de Cuba: las haciendas *comuneras* (62). Esta organización territorial suponía una gran dificultad para la plena aplicación de la Ley Hipotecaria, sobre todo por la vaguedad de los derechos que recaen sobre la finca, los múltiples partícipes en el uso y aprovechamiento de las mismas y la dificultad de establecer el deslinde y amojonamiento de las fincas. Para proceder a la inscripción registral y, por lo tanto, dar certeza al dominio, hace falta delimitación de la finca y determinación de los derechos que sobre ella recaigan. OLIVER Y ESTELLER dio la solución para poder conjugar los intereses de los titulares y usufructuarios de estas tierras comuneras con los intereses de la Ley Hipotecaria y del desarrollo del crédito territorial. De este modo, según la Disposición Transitoria 1.^a LH de Cuba, la LH no será de aplicación sobre estas fincas hasta transcurridos cuatro años, período durante el cual las autoridades deben poner los medios normativos y efectivos para que se dé el deslinde de las fincas, se aclare la naturaleza de los derechos de los titulares y usufructuarios y la parte de las fincas que corresponde a cada condueño. En 1892, aún no se había dictado ninguna disposición al respecto, perjudicando gravemente a la clarificación del dominio y desarrollo del crédito y de la propiedad territorial (63). La problemática alrededor de las tierras comuneras no descendió, muy al contrario se acrecentó, en los años siguientes (64).

(62) OLIVER Y ESTELLER, *Exposición fundamental...*, pág. 828. El autor describe a lo largo del capítulo cómo eran estas haciendas comuneras. Eran tierras de crianza o ganado cuya propiedad era *casi colectiva* (pág. 806), es decir, que «lejos de reunir caracteres de la verdadera propiedad individual, presenta sólo el de una propiedad colectiva entre numerosos partícipes, que con frecuencia no pueden ostentar títulos legítimos de adquisición, ni determinar con exactitud la parte que les corresponde sobre la finca común, cuya verdadera situación topográfica y extensión superficial tampoco pueden señalar» (pág. 812).

(63) OLIVER Y ESTELLER, *Exposición fundamental...*, pág. 830.

(64) Ver en este sentido VERDAGUER Y KIERNAN, JOSÉ G., «Los registros en Cuba», en *Gaceta de Registradores y Notarios*, Segundo semestre de 1883, Tomo XXXI, pág. 77; en el mismo lugar y el mismo autor, ver *Legislación hipotecaria de Cuba. Precepto deficiente*, pág. 204.

Esta Ley Hipotecaria estará vigente en Cuba hasta 1893, cuando por Ley 24-10-1893 se redacta la Ley Hipotecaria de Ultramar, unificando las leyes hipotecarias de Cuba, Puerto Rico y Filipinas.

6. TRAS LA LEY HIPOTECARIA DE 1879

Habiendo dado certeza a la propiedad y asegurado el crédito territorial tras la entrada en vigor, a partir de 1881, de la LH de Cuba, faltaban algunos elementos para que el crédito territorial fuese realmente efectivo. Los prestamistas, generalmente sociedades de crédito territorial o entidades bancarias, dado que el crédito territorial exige un gran desembolso de capital al que sólo pueden hacer frente las sociedades dedicadas a esta actividad (65), no veían satisfechas aún sus aspiraciones relativas a los créditos concedidos sobre la propiedad inmueble. Aguardaban a dos grandes reformas:

- a) Por un lado la concesión de la vía de apremio para exigir el pago de los créditos hipotecarios.
- b) La concesión a las sociedades de crédito territorial y bancos de préstamos hipotecarios de poder emitir títulos al portador con garantía hipotecaria (las cédulas hipotecarias del art. 23.6 de la Ley Peninsular 2-12-1872, de creación del Banco Hipotecario). Estos títulos favorecerán la *movilización* y *mobilización* de los créditos hipotecarios. Es decir, *movilizarán* los préstamos hipotecarios porque facilitarán la transmisión de los créditos en el mercado, huyendo de formalismos, haciéndolos más flexibles y atractivos al mercado (66); estos títulos favorecerán la obtención de líquido por parte de los prestamistas sin necesidad de esperar a la amortización total del crédito, puesto que podrán enajenarlos en el mercado e ingresar rápidamente su cuantía; este líquido podrá ser reinvertido en la concesión de nuevos créditos, dinamizando el mercado hipotecario, ya que dejará de sujetar capita-

(65) Observamos como la historia del préstamo, tanto mobiliario como inmobiliario en España, está principalmente protagonizado por las sociedades (sobre todo las anónimas). Tras la Ley de Sociedades de Crédito de 1856 peninsular, aparecieron numerosas sociedades, la mayoría de las cuales quebró sobre todo por operaciones relacionadas con el ferrocarril. Las sociedades creadas al amparo de la legislación liberal de constitución de sociedades de crédito territorial y de préstamos hipotecarios de 1869 tampoco tuvieron mucha suerte, no pudiendo conseguir los objetivos de dinamización del crédito territorial por el cual habían sido concebidas. En 1872, por Ley de 2 de diciembre, el Gobierno optó por la creación de un Banco, el Banco Hipotecario de España, que en 1875 obtendría el monopolio de emisión de cédulas hipotecarias, títulos-valores que movilizan y mobilizan los créditos.

(66) Es decir, rehúyen el sistema de cesión de créditos y de subhipoteca previstos en la Ley Hipotecaria para la transmisión de los créditos.

les a la tierra por largo tiempo (hasta el momento inmovilizados). También *mobilizarán* a las hipotecas, puesto que pasarán de ser bienes inmuebles a ser muebles; no es que la hipoteca, como derecho real, pierda su naturaleza inmobiliaria (art. 2.2 LH de Cuba), sino que al incorporarla a un título-valor (bien mueble), pierde la rigidez propia de los bienes inmuebles y adquiere la flexibilidad de los muebles, haciéndolas fácilmente transmisibles junto al crédito del que son accesorias. El adquirente de la cédula hipotecaria, que puede ser el deudor hipotecario —si el préstamo se ha hecho en cédulas hipotecarias— o un tercero, será acreedor de la entidad emisora de la cual devengará intereses por la compra de estos títulos. Sin embargo, el acreedor hipotecario del préstamo concedido seguirá siéndolo la entidad prestamista, que se convierte, en definitiva, en un intermediario entre los capitalistas (adquirientes de cédulas hipotecarias) y los necesitados de capital (agricultores terratenientes) (67), tal y como las considera la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 15-1-1898, puesto que los tenedores de las cédulas no tienen ninguna acción contra los deudores hipotecarios, sino únicamente contra la entidad. La transmisibilidad de las cédulas estaba del todo garantizada por la existencia de una Bolsa de Comercio en La Habana desde 1859 (Real Decreto 5-7-1859) (68).

a) La reforma procesal: por Real Decreto de 12 de marzo de 1885, se concede a las sociedades y bancos dedicados a prestar con hipoteca en Cuba la posibilidad de reivindicar en vía de apremio el pago de los créditos hipotecarios concedidos según lo que dispone la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) de 3-2-1881 vigente en la Península. Resultó ser ésta una medida extraordinaria puesto que se estaba preparando para la Gran Antilla una LEC especial, diferente de la peninsular; pero la urgencia de invertir capitales para el desarrollo de la agricultura (tal y como reza la Exposición de Motivos del Real Decreto) transformaba en urgente que los capitalistas acreedores se vie-

(67) Ver Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 15-1-1898, sobre una emisión de cédulas hipotecarias en Puerto Rico. Esta misma Resolución define a las cédulas hipotecarias como «hipotecas movilizadas y convertidas en prenda para los efectos de la circulación y del cambio».

(68) No obstante el artículo 4 del Real Decreto 5-7-1859, no prevé la posibilidad de contratar en la Bolsa cédulas hipotecarias, por no existir aún en la legislación de la época. Sin embargo, debemos suponer, a falta de un estudio más pormenorizado, que si las cédulas hipotecarias son títulos-valores que tienen como finalidad movilizar fácilmente a las hipotecas en el mercado y agilizar su transmisibilidad, este artículo debió sufrir modificaciones, sobre todo a partir de la entrada en vigor del Código de Comercio en Cuba, que eliminó cualquier monopolio en la emisión de cédulas, creando *de facto* un mercado de estos valores.

sen lo suficientemente seguros para proceder a invertir en agricultura, en grave crisis tras la Guerra de los Diez Años (1868-1878) y la denominada Guerra Chiquita (69). La nueva LEC para Cuba y Puerto Rico, en lugar de la de 1865, no tardó en llegar, puesto que se aprobaba el nuevo texto por Real Orden de 25-9-1885, y entró en vigor el 1 de enero de 1886, dedicando los artículos 1.427 y siguientes al Procedimiento Ejecutivo (70).

b) El Código de Comercio de 1886: respecto a la incorporación al ordenamiento jurídico cubano de títulos-valores capaces de movilizar las hipotecas, debemos centrarnos en la aplicación del Código de Comercio en la Gran Antilla en 1886. Si bien únicamente fueron diez los artículos reformados del Código de Comercio Peninsular de 1885 (71) por Real Decreto de 28-1-1886, uno de ellos resultará de vital importancia para cómo será la estructura de la regulación jurídica del crédito territorial en ultramar.

Estamos hablando del artículo 201, que consagraba en su versión peninsular el privilegio de emisión de las cédulas hipotecarias para el Banco Hipotecario de España. Ha sido considerado tradicionalmente por la doctrina como el artículo que reafirmó dicho privilegio instituido por el Real Decreto de 1875, puesto de no existir, el artículo 199 del Código instituía un derecho en favor de las compañías o Bancos de crédito territorial a emitir tanto obligaciones como cédulas hipotecarias; esta concesión hubiese sustituido al privilegio del Real Decreto de 1875, y en la práctica hubiese desaparecido la derogación de la Disposición Final de la Ley de 2 de diciembre de 1872, que generalizaba la aplicación de los artículos que en ella se recogían a todas las sociedades de crédito territorial y bancos con operaciones de préstamo hipotecario (72).

Pues bien, el artículo 201 peninsular dispone lo siguiente: «Estas compañías [en referencia a las compañías y bancos de crédito territorial] no podrán emitir obligaciones ni cédulas al portador mientras subsista el privilegio de que actualmente disfruta por Leyes especiales el Banco Hipotecario de España». De manera que tanto la emisión de cédulas como de obligaciones estaba únicamente reservada al Banco Hipotecario, y no se permitía a las demás compañías y bancos de crédito territorial. Esto suponía

(69) MORENO, *Cuba/España...*, págs. 254 y 255; sobre la crisis y la reforma agraria, ver págs. 265, 268 y 269.

(70) Ver especialmente los artículos 1.445 y 1.451, sobre ejecución preferente de bienes sujetos a hipoteca y prenda y sobre su constancia registral. A falta de un estudio mayor sobre esta norma, debemos entender que el derecho de los acreedores hipotecarios lleva aparejada ejecución y por lo tanto cabe en el artículo 1.427.1 LEC, pudiendo llevarse por el procedimiento ejecutivo.

(71) Código de Comercio vigente en la Península desde el 22 de agosto de 1885.

(72) En general a todas las sociedades a las que hacía referencia la Ley liberal de 1869.

un gran impacto en la concesión de préstamos hipotecarios por parte de instituciones diferentes al Banco Hipotecario porque ambos títulos eran esenciales para la obtención de recursos necesarios para poder realizar lo que también preveía el apartado primero del artículo 199 del Código de Comercio: prestar a plazos sobre inmuebles. Los préstamos concedidos por las compañías y bancos de crédito territorial quedaban atacados desde el origen, desde su fuente de subvención, al no permitir a dichas entidades la emisión de los títulos, quedando sin eficacia real todo el artículo 199 del Código, puesto que legalmente no podían emitir ni cédulas ni obligaciones y realmente tampoco podían conseguir una concesión regular de préstamos hipotecarios, por lo menos a largo plazo, puesto que para préstamos por un período inferior a cinco años, sí que lo permite el artículo 209 (73). Parece ser, por tanto, que «las operaciones a las que principalmente deberán dedicarse las compañías o bancos de crédito territorial», que son la concesión de préstamos y la emisión de cédulas y obligaciones hipotecarias, no podrán ser realizadas (art. 201 del Código de Comercio), pudiendo únicamente prestar por períodos inferiores a cinco años (art. 209 del Código de Comercio), perdiendo estas entidades su individualidad y convirtiéndose en compañías y bancos con una actividad excesivamente limitada, dando al Banco Hipotecario una importante prevalencia para la concesión de préstamos hipotecarios reembolsables a largo plazo (74).

Así, como hemos dicho, el artículo 201 del Código de Comercio fue reformado para su aplicación a las provincias de ultramar con el siguiente redactado: «La facultad de emitir obligaciones y cédulas al portador a que se refiere el párrafo segundo del artículo 199, no modificará las concesiones hechas por el Gobierno a favor de otras Sociedades o Bancos, conforme al Real Decreto de 16 de agosto de 1878». Los cambios en el redactado del artículo conllevan:

- a) La no aplicación en ultramar de la versión peninsular del artículo 201, de manera que el privilegio que gozaba en la Península el Banco Hipotecario por el Real Decreto de 1875 en la emisión de cédulas hipotecarias y ratificado por el Código de Comercio, no estará vigente ni en Cuba ni en Puerto Rico, puesto que el Código de

(73) El artículo 209 del Código de Comercio prevé, pues, la posibilidad de realizar préstamos con hipoteca, reembolsables en un período menor de cinco años. Los recursos de estos préstamos no salían directamente de los que podrían obtener mediante la emisión de cédulas u obligaciones hipotecarias sino que deberán basarse en los capitales procedentes de la realización del fondo social y de sus beneficios.

(74) Esta situación se prolongará durante el tiempo que duró el privilegio del Banco Hipotecario, produciendo una parálisis en el mercado hipotecario, únicamente solventada *a posteriori* por la Ley del Mercado Hipotecario de 1981 (Ley 2/81, de 25 de marzo, BOE núm. 90, de 15 de abril de 1981).

Comercio para las Antillas establece, igual que el peninsular, en el artículo 199 como principales operaciones de las compañías y bancos de crédito territorial, operaciones que podrán seguir realizando sin la oposición del artículo 201.

- b) Que si bien la emisión de obligaciones y cédulas hipotecarias corresponde por el artículo 199 a las compañías y bancos de crédito territorial, no es de manera exclusiva, sino que también podrán emitirlas otras sociedades y bancos que conforme al Real Decreto de 16 de agosto de 1878 hubiesen recibido concesión del Gobierno para poder realizar operaciones propias de los Bancos Hipotecarios (art. 16), entre las que se encuentran la emisión de cédulas y obligaciones hipotecarias.

De manera que el Decreto de 28 de enero de 1886, no sólo retira el privilegio de emisión de cédulas al Banco Hipotecario —que recoge el Código de Comercio peninsular— sino que descarta el privilegio para las demás compañías y bancos de crédito territorial, haciendo extensiva esta capacidad de emisión también a los bancos que hayan recibido la concesión por el artículo 16 del Real Decreto de 1878. Los únicos bancos (75) que pueden recibir esta concesión son el *Banco Español de Cuba*, el *Banco Español de Filipinas* y el *Banco Español de Puerto Rico*. De esta forma quedan asentadas las bases para que en Cuba y Puerto Rico existiese una red amplia de instituciones de crédito que pueden emitir cédulas y obligaciones hipotecarias. Para Filipinas regirá otra versión del Código de Comercio.

Habida cuenta que en 1886 únicamente estaba en marcha el *Banco Español de Cuba* (76), éste verá ratificada su habilitación para proceder a la petición de concesión para realizar actividades propias de los bancos hipotecarios; y junto a él los demás bancos y compañías de crédito territorial establecidos en la isla. Por lo tanto, venimos a decir que para el Banco Español de Cuba no es suficiente que el artículo 201 del Código de Comercio haya posibilitado globalmente a los Bancos y sociedades de crédito territorial establecidas en Cuba, la emisión de cédulas para asegurar que el *Banco Español de Cuba* pudiese realizarlo de manera automática, sino que únicamente se reafirma la habilitación que el Real Decreto de 1878 le otorgó para realizar la petición para poder realizar actividades propias de los bancos hipotecarios, entre las que se encuentran, y más a partir de ahora, la

(75) Ya que el artículo 2 del Real Decreto de 16 de agosto de 1878 establece un verdadero *numerus clausus* para poder aplicar el articulado del mismo, entre ellos el propio artículo 16.

(76) El de Puerto Rico no se crea hasta el Decreto de 23 de marzo de 1887, y mientras tanto únicamente las compañías y bancos de crédito territorial establecidos ya en la isla podrán emitir cédulas y obligaciones hipotecarias.

emisión de cédulas hipotecarias. Entendido, pues, que esta concesión no es automática tras la entrada en vigor del Código de Comercio, debemos ver si debe hacerse por ley especial o si sería suficiente una declaración administrativa concediendo el privilegio exclusivo de emisión. Esta cuestión se planteó al Consejo de Estado, pero en relación con el *Banco Español de Puerto Rico*. Su informe se hizo público por Real Decreto de 13 de julio de 1895 (77) y ponderó, por un lado, la aplicabilidad directa del artículo 201 del Código de Comercio y, por otro, la del Real Decreto 16-8-1878, decantándose finalmente por este último e imponiendo la necesidad de redactar una Ley especial habilitando a los Bancos que aparecen en el Real Decreto 1878, entre ellos el *Español de Cuba*.

Habiendo quedado aclarada esta cuestión en torno a la necesidad de la existencia de una Ley especial para que el *Banco Español de Cuba* pudiese realizar las actividades propias de los Bancos hipotecarios, y atendiendo a la legislación posterior a la entrada en vigor del Código de Comercio, únicamente encontramos este tipo de normas en relación con el *Banco Español de Filipinas* (art. 5 del Real Decreto 7-2-1896) (78) y al *Banco Español de Puerto Rico* (Instrucción Provisional de 8-8-1896) (79), pero ninguna dirigida al *Banco Español de Cuba*. De manera que, *a priori*, la posibilidad que apuntaban los Estatutos del Banco de 28-1-1881, que estaba efectivamente habilitados por el Real Decreto de 1878 y el Código de Comercio, no se materializó. En 1893 encontramos una referencia que nos hace pensar en que esta habilitación aún no se había concretizado: «Se autoriza al Ministro de Ultramar para que concierte con el Banco Español de la isla de Cuba la ampliación del capital, los servicios y las operaciones del establecimiento, en la medida que corresponde a las necesidades económicas de la isla y a las condiciones de mercado para la circulación fiduciaria, después de recogidos los billetes de guerra» (art. 26 de la Ley de Presupuestos para Cuba para el ejercicio 1893-1894) (80). Por lo tanto, en 1893 se insistía al Ministro de Ultramar en que ampliase las operaciones del Banco; entre estas operaciones entendemos que deberían de encontrarse las propias del crédito territorial, es decir, prestar sobre inmuebles y emitir cédulas hipotecarias.

Así pues, redactada la legislación de asentamiento del crédito y de la propiedad territorial en Cuba, junto a los problemas que ya hemos expresado entorno a las haciendas comuneras, la dinamización del crédito quedó en manos de las sociedades de crédito territorial y entidades prestamistas sobre

(77) *Gaceta de Madrid* de 16 de julio de 1895, núm. 197, pág. 205.

(78) *Gaceta de Madrid* de 8 de febrero de 1896, núm. 39, pág. 505.

(79) *Gaceta de Madrid* de 11 de agosto de 1896, núm. 224, pág. 527.

(80) MARTÍNEZ ALCUBILLA, *Anuario de 1893*, pág. 440.

hipoteca presentes en la isla, y no del *Banco Español de Cuba* (81), puesto que no fue especialmente habilitado para ello, tal y como lo requería la normativa de 1878 y posterior.

BIBLIOGRAFIA

- AGULLÓ, «Sistemas hipotecarios», en *Gaceta de Registradores y Notarios*, Segundo Semestre de 1883, Tomo XXXI.
- ALBALADEJO, MANUEL, *Derecho Civil*, Tomo I, Vol. II, 10.^a Edición, Barcelona, 1989, Librería Bosch.
- ALONSO MARTÍNEZ, MANUEL, «Del establecimiento del crédito territorial en España», en ROGEL, CARLOS y VATTIER, CARLOS (coord.), *Manuel Alonso Martínez. Vida y obra*, Madrid, 1991, Ed. Tecnos.
- BETHELL, LESLIE, *Historia de América Latina*, Vol. 9, Barcelona, 1992, Ed. Crítica.
- CÁRDENAS, FRANCISCO DE, «De la organización del crédito territorial en Francia», en *El Derecho Moderno*, Tomo XII, Madrid, 1852.
- DELGADO CINTRÓN, CARMELO, «Derecho y colonialismo», en *Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico*, Vol. XLIX, núms. 2-3, 1980.
- DÍEZ-PICAZO, LUIS, y GULLÓN, ANTONIO, *Instituciones de Derecho Civil*, Vol. I, Madrid, 1995, Ed. Tecnos.
- GÓMEZ DE LA SERNA, PEDRO, y MONTALBÁN, JUAN MANUEL, *Elementos del Derecho Civil y Penal de España*, Tomo I, 8.^a Edición, Madrid, 1868.
- MARTÍNEZ ALCUBILLA, MARCELO, *Boletín jurídico-administrativo, apéndice al Diccionario de la Administración española peninsular y ultramarina*, Madrid, 1878.
- MORENO FRAGINALS, MANUEL, *Cuba/España. España/Cuba. Historia común*, Barcelona, 1995, Ed. Crítica.
- NASARRE AZNAR, SERGIO, «El desarrollo del crédito territorial en Puerto Rico y Filipinas en la segunda mitad del siglo XIX», en *Los significados del 98. La sociedad española en la génesis del siglo XX*, Madrid, 1999, Ed. Biblioteca Nueva y Universidad Complutense de Madrid.
- NAVARRO GARCÍA, LUIS, *La independencia de Cuba*, Madrid, 1992, Ed. Mapfre.
- NUSSBAUM, ARTHUR, trad. W. ROCES, *Tratado de Derecho Hipotecario alemán*, Madrid, 1929.
- OLIVER Y ESTELLER, BIENVENIDO, *Exposición fundamental y sistemática de la Ley Hipotecaria*, Tomo I, Madrid, 1892.
- OLIVER, JOAQUÍN, en *El crédito territorial en España*, Madrid, 1874.
- RODRÍGUEZ SAN PEDRO, JOAQUÍN, *Legislación ultramarina. Concordada y anotada*, Tomo V, Madrid, 1866.
- SALA, JUAN, *Ilustración del Derecho real de España*, Tomo I, Madrid, 1820.

(81) Todo ello sin perjuicio de que futuras investigaciones puedan modificar esta hipótesis, puesto que en el estado de la investigación y habiendo consultado todos los repertorios de legislación de la época no hemos hallado ninguna referencia directa a la habilitación especial al *Banco Español de Cuba* para poder emitir cédulas hipotecarias.

- *Las siete partidas*, Glosadas por el Licenciado Gregorio López, Salamanca, 1555, facsímil, Madrid, 1985.
- SKIDMORE, THOMAS E., y SMITH, PETER H., *Historia contemporánea de América Latina*, Barcelona, 1996, Ed. Crítica.
- THOMAS, HUGH, «Cuba from the middle of the eighteenth century to c. 1870», *The Cambridge history of Latin America*, Vol. III, 1985, Cambridge University Press.
- VERDAGUER Y KIERNAN, JOSÉ G., «Los registros en Cuba», en *Gaceta de Registradores y Notarios*, Segundo semestre de 1883, Tomo XXXI.
- «Legislación hipotecaria de Cuba. Precepto deficiente», en *Gaceta de Registradores y Notarios*, Segundo semestre de 1883, Tomo XXXI.

SERGIO NASARRE AZNAR
Becario CIRIT de Derecho Civil
Universidad Rovira i Virgili

La inscripción de antiguas construcciones: ¿medio para inscribir edificaciones ilegales?

SUMARIO: 1. EL DEBATE SOBRE LA APLICACION TEMPORAL DE LOS CONTROLES REGISTRALES Y SUS CONSECUENCIAS.—2. LA APLICACION GENERAL DE LA NUEVA LEY DEL SUELO.—3. LOS REQUISITOS PARA LA INSCRIPCION.—4. LA COMPLEJA SITUACION INTRODUCIDA POR LA DIVERSA NORMATIVA AUTONOMICA.—5. ULTIMA REFLEXION.

Desde la reforma urbanística llevada a cabo por la Ley de 1990, se ha pretendido contar con la estimable ayuda de notarios y registradores para defender la legalidad urbanística. Por ello, como también insiste la Ley vigente de 1998, se exige que estos fedatarios públicos comprueben que, por un lado, la edificación, objeto de escritura o inscripción registral, esté amparada en la correspondiente licencia urbanística y, por otro, la construcción se acomode a las previsiones y condiciones admitidas en la licencia. Régimen que debería conducir a que las construcciones ilegales quedaran a la intemperie jurídica, desamparadas de la cálida protección que otorga el Registro de la Propiedad.

Sin embargo, esta diáfana idea del legislador ha quedado enturbiada de forma considerable con el desarrollo reglamentario, que regula la inscripción registral de las actuaciones urbanísticas. El Reglamento de 4 de julio de 1997 ha atendido a la posible inscripción de «otras construcciones» (art. 52), cuando las mismas no pueden acceder al no cumplir los requisitos generales exigidos ahora para inscribir cualquier «obra nueva». Y en virtud de este precepto, destacados especialistas (1) han defendido la posibilidad de obviar ese

(1) Aluden a esta posibilidad, R. ARNÁIZ EGUREN, *La inscripción registral de actos urbanísticos*, Madrid, 1999, pág. 359, y J. M. GARCÍA GARCÍA, *Derecho inmobiliario registral o hipotecario*, Tomo V: Urbanismo y registro, Madrid, 1999, págs. 502 y sigs.

control general, siempre, eso sí, que se cumplan los requisitos establecidos en el citado artículo 52.

Pero antes de profundizar en el análisis de estos requisitos y advertir lo adecuado o pernicioso de la regulación, parece necesario detenerse, en primer lugar, en el áspero problema relativo a su ámbito de aplicación, no resultando ocioso recordar de manera breve su cercana historia, relevante dato interpretativo.

1. EL DEBATE SOBRE LA APLICACION TEMPORAL DE LOS CONTROLES REGISTRALES Y SUS CONSECUENCIAS

Ya he destacado que la Ley de reforma urbanística, que se aprobó en 1990, insistió en el significativo papel que debían interpretar notarios y registradores para defender la legalidad urbanística. Al instaurar el complejo sistema de sucesiva adquisición de facultades y declarar que el derecho a la edificación sólo se obtenía una vez que las obras hubieran concluido y se acomodaran a la licencia, el legislador otorgó un protagonismo relevante a notarios y registradores para que en el otorgamiento de las escrituras públicas, relativas a las obras nuevas y de manera previa a la inscripción registral, se comprobara la legalidad de la obra, la existencia de licencia, la acomodación de la edificación al proyecto y a la licencia. No debe perderse de vista cómo estaba entrelazada esta regulación. Se establecía la supervisión notarial y registral de la legalidad de las nuevas construcciones porque se pretendía defender que el derecho a las mismas sólo se «incorporaba al patrimonio del titular», en la fórmula que repetía en varias ocasiones la controvertida Ley de reforma, una vez concluida y acreditada la legalidad de la edificación.

En principio, el control de notarios y registradores debía realizarse sobre cualquier construcción. No existía ninguna dispensa ni excepción a este régimen. Sin embargo, algunos autores (2) discutieron la aplicación de esta nueva regulación a todas las construcciones y defendieron la posible inscripción de aquéllas terminadas antes de la entrada en vigor de la reforma, siempre que fueran conformes con el régimen anterior. Argumento ofrecido al amparo del principio de irretroactividad de las normas, así como del régimen transitorio del Código Civil. Sin embargo, parecía más lógico entender que la Ley de reforma pretendía utilizar también otras actuaciones

(2) L. CABELLO DE LOS COBOS, «Disciplina urbanística y publicidad registral», en *RCDI*, núm. 604 bis, pág. 1693; y R. ARNAIZ EGUREN, «Aspectos civiles y registrales en la declaración de obra nueva. El alcance y significado del artículo 25 de la Ley de reforma del régimen urbanístico y valoraciones del suelo, de 25 de julio de 1990», en *RCDI*, núm. 607, pág. 2196.

públicas, como son el otorgamiento de escrituras y la inscripción registral, para controlar la legalidad de las construcciones, lo que coadyuvaba a proteger la legalidad urbanística. Y son estos momentos, de otorgamiento de escritura o de inscripción registral, los que debían marcar la específica ley que debe aplicarse. La ley aplicable no venía determinada por el tiempo en que se ha levantado la edificación. No podía hablarse de auténtica irretroactividad en la aplicación de la Ley de reforma. Estos controles debían materializarse desde su entrada en vigor, pues no existía ninguna norma que matizara su aplicación (3).

No obstante se hizo un esfuerzo interpretativo para matizar las extremas consecuencias a las que conducía la aplicación rigurosa de los nuevos controles. Y, al recordar que estos controles estaban claramente anudados al establecimiento del sistema de sucesiva adquisición de facultades urbanísticas, se trajo a colación el régimen transitorio establecido en la misma Ley de reforma. En concreto, el que advertía con relación a las edificaciones ya levantadas sobre suelo urbano o urbanizable, una vez que entrara en vigor la Ley, que *«se entenderán incorporadas al patrimonio de su titular»*, siempre que fueran conformes a la legalidad urbanística existente en dicho momento o cuando no existiendo licencia o no acomodarse la edificación con la misma, *«no proceda dictar medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística que impliquen su demolición»* (Disp. Trans. quinta del Texto refundido de 1992) (4).

En virtud de esta disposición se defendió la posibilidad de que notarios y registradores pudieran no aplicar en estos casos los controles establecidos en el artículo 37 del Texto refundido de 1992, al completar este precepto el sistema de adquisición sucesiva de facultades y no regir el mismo en la normativa urbanística anterior. Por ello, las edificaciones «antiguas» levantadas en suelo urbano o urbanizable, existentes con anterioridad a la entrada en vigor de la reforma, podrían inscribirse. Eso sí, siempre que la Administración urbanística no pudiera reaccionar contra las mismas con las reconocidas

(3) Esta misma conclusión fue expuesta por J. J. PRETEL SERRANO, «La intervención del "técnico competente" del artículo 25.2 de la Ley 8/1990, de 25 de julio, sobre reforma del régimen urbanístico y valoraciones del suelo», en *RCDI*, núm. 607, pág. 2213.

(4) Sobre este aspecto, J. L. RIBERO YSERN, «La disciplina urbanística: los supuestos de actuaciones sin licencia o contra licencia en el Texto refundido de la Ley del suelo de 26 de junio de 1992», en *RAnAP*, núm. 15, págs. 11 y sigs. Algunos autores fundan esta incapacidad de la Administración en reaccionar contra obras ilegales al entender que toda demolición destruye riqueza nacional, en particular, J. GONZÁLEZ PÉREZ, *El nuevo régimen de las licencias de urbanismo*, Madrid, 1991, págs. 301 y sigs. Con relación a las obras ilegales, dista en parte mi opinión, pues más que riqueza constituyen, la mayoría de las veces, una desgracia y fatalidad. Pero dejando a un lado adjetivos, puede verse también sobre este tema, J. SALA ARQUER, «La prescripción de la acción sancionadora en las infracciones urbanísticas», en *RDU*, núm. 50, págs. 65 y sigs.

facultades de protección de la legalidad, al haber transcurrido el plazo de cuatro años desde la terminación de la obra ilegal, salvo que se tratase de edificaciones levantadas en zonas verdes o espacios libres, en virtud del régimen establecido en los artículos 249 y 255 del Texto refundido de 1992. Sistema flexible derivado de una sistemática interpretación de la Disposición Transitoria quinta del citado Texto refundido y que fue utilizado por distintos autores para entender que, con relación a estas anteriores edificaciones, no debían aplicarse los nuevos controles exigidos por la Ley (5).

Esta idea fue la que defendió la capital resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 4 de febrero de 1992 (RJA 1524), que atendió de manera directa a este problema y declaró la atención preferente a la Disposición Transitoria 5.^a Siguiendo la terminología derivada del complejo sistema de adquisición sucesiva de facultades urbanísticas, declaró que las antiguas edificaciones «se incorporaban al patrimonio de su titular», siempre que fueran conformes con el Ordenamiento urbanístico o, en su defecto, que no cupieran contra las mismas actuaciones administrativas para restablecer la legalidad infringida. Estas antiguas construcciones podían inscribirse en el Registro de la Propiedad y para ello la Resolución sentó la importante doctrina de que: «*debe bastar con justificar alternativamente: a) Que esa edificación ha sido realizada de conformidad con la legislación urbanística entonces aplicable; b) Que, en cualquier caso, ya no son procedentes medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística. El extremo a) puede acreditarse por resolución administrativa competente o del modo hoy previsto en el artículo 25.2 de la Ley 8/1990. El extremo b) requiere la acreditación de que la edificación ha sido terminada hace más de cuatro años, siempre que no conste en el Registro de la Propiedad —como es obligado la incoación del expediente de disciplina urbanística—*» (6). Este mismo criterio se recoge en posteriores resoluciones de la DGRN, como la de 14 de diciembre de 1992 (RJ 10611), la de 17 de junio de 1993 (RJ 5349), o la de 3 de noviembre de 1995 (RJ 8083), que admitió la inscripción de una obra nueva realizada en una finca rústica una vez que se había acreditado su conclusión en 1985 y que no constaba anuncio alguno de incoación de expediente de disciplina urbanística; así como también en la de 1 de diciembre de 1998 (RJ 10480).

(5) Así, J. L. LASO MARTÍNEZ, «La inscripción de declaración de obra nueva en la Ley de reforma del régimen urbanístico y de valoraciones del suelo de 25 de julio de 1990», en *RCDI*, núm. 601 págs. 534, y J. M. CHICO ORTIZ, «La propiedad urbanística y el Registro de la Propiedad», en *RCDI*, núm. 603, pág. 151.

(6) Sin embargo, un crítico comentario realiza P. M.^a PAREJO-MERINO Y PAREJO, «La reforma de la legislación urbanística en las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado», en *RCDI*, núm. 612, págs. 2150 y sigs.

2. LA APLICACION GENERAL DE LA NUEVA LEY DEL SUELO

La reciente Ley del suelo de 1998 ha insistido en el importante papel que pueden interpretar notarios y registradores para verificar la legalidad urbanística de las construcciones. Este control notarial y registral se ha configurado como general, con independencia del sistema de adquisición de facultades urbanísticas. La supervisión que deben realizar notarios y registradores al otorgar las escrituras e inscripciones no presenta, en principio, excepciones. El artículo 22 de la Ley del suelo despliega sus efectos en todo el territorio nacional, sin peculiaridades diversas en las Comunidades Autónomas. El inicial carácter básico con que se había calificado en la Ley de 1990 y en el Texto refundido (7) ha sido sustituido por la más correcta calificación de aplicación plena, sin que los legisladores autonómicos puedan pretender desarrollar con distintos matices su contenido (8). Se aplica en todo el territorio y afecta a todos los municipios con independencia de su población. Porque, a pesar de que se diferenciaron diversos grados de sujeción a la normativa urbanística, según la concreta población del Ayuntamiento, estas reglas no están excluidas en ningún momento de esta aplicación general. Aspecto que fue corroborado por la Resolución de la DGRN de 6 de septiembre de 1991 (RJ 6231).

Esta afirmación implica, en principio, que no existe ya ningún flexible matiz en su aplicación general. Que subsiste, porque no se ha derogado, la Disposición Transitoria quinta del Texto refundido de 1992 que permitirá la inscripción de aquellas construcciones en suelo urbano o urbanizable levantadas antes de la entrada en vigor de la Ley de 1990. Pero que con posterioridad a esta fecha, las escrituras públicas y solicitudes de inscripción registral sobre cualquier obra o edificación que se realicen deberán cumplir las previsiones legales: exigir la licencia y acreditar la conformidad de la obra a la misma, según los artículos 45 y siguientes del Reglamento, que regula la inscripción de los actuaciones urbanísticas.

La regulación contenida en este Reglamento trae causa, por consiguiente, de las previsiones establecidas en el artículo 22 de la Ley de suelo, que no pueden, en modo alguno, contradecirse. Si se quiere ser coherente con la

(7) De conformidad con la Disposición Final de ambos textos. Esa vigencia «básica» había sido criticada por algunos autores, como J. L. LASO MARTÍNEZ, «La inscripción de declaración de obra nueva...», *ob. cit.*, pág. 527; L. CABELLO DE LOS COBOS, «Disciplina urbanística y publicidad registral», *ob. cit.*, pág. 1588; R. ARNÁIZ EGUREN, «Aspectos civiles y registrales en la declaración de obra nueva...», *ob. cit.*, pág. 2199.

(8) Como había ocurrido de manera improcedente, a mi juicio, en la Ley canaria 7/1990, de 14 de mayo, de disciplina urbanística y territorial, en sus artículos 14 y 15, que no tienen hoy reflejo en el nuevo Texto refundido, de ordenación del territorio y espacios naturales protegidos de Canarias de 8 de mayo de 2000.

finalidad que inspiraba la reforma, cualquier inscripción de las edificaciones posteriores a la Ley de 1990 debe cumplir con los requisitos establecidos en el hoy artículo 22 de la Ley del suelo. Con relación a las levantadas con anterioridad, se podría mantener el mismo argumento amparado en la Disposición Transitoria quinta, esto es, de admitir su inscripción registral si no pudieran materializarse medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística. Es, en este supuesto, donde, a mi juicio, tendría sentido la nueva regulación dada por el Reglamento de 1997, de permitir el acceso al Registro de «otras construcciones».

Sin embargo, no faltan voces que intentan salvar las rigurosas consecuencias que implica esta idea forzando la interpretación de la regulación reglamentaria. Así, se ha afirmado, que el propio Reglamento admite que se inscriban edificaciones sin licencia porque los requisitos del artículo 46 quedan excepcionados en otros supuestos, al establecerse «*salvo que legalmente no fuera posible*». Pero, a mi entender, esta expresión debe reconducirse a sus propios términos, esto es, a aquellos casos en que según la normativa no tienen los ciudadanos que solicitar licencias para realizar obras o construcciones o, lo que puede resultar más interesante, como comentaré con posterioridad, en aquellos casos en que una disposición legal autonómica permita un régimen especial a algunas construcciones.

También se ha recordado que el control realizado por notarios y registradores tenía su causa en el sistema instaurado en la reforma de 1990, de sucesiva adquisición de facultades urbanísticas y que, según estas opiniones, desaparecido este sistema no debe aplicarse con rigor la normativa. La primera proposición es cierta. Como *supra* he resumido, surge esta nueva exigencia amparada en esa filosofía, pero en la actualidad el legislador ha impuesto con carácter general la aplicación de estos controles al considerar que constituyen un importante instrumento para luchar contra las actuaciones ilegales y proteger la legalidad urbanística.

Es cierto que el Reglamento ha previsto la preceptiva comunicación por parte del registrador al Ayuntamiento tras la práctica de la solicitada inscripción. Sin embargo, esta previsión reglamentaria de dar oportuna noticia al Ayuntamiento no debe tampoco interpretarse como un traslado de la responsabilidad para perseguir la ilegalidad, pudiendo acoger el Registro de la Propiedad estas ilegales construcciones. Un mínimo principio de coherencia del Ordenamiento exige que no se inscriba sin más la construcción que puede ser ilegal. No se puede equiparar el régimen de las construcciones que se han acomodado a los dictados del Ordenamiento de aquéllas que se han levantado infringiendo las leyes.

En fin, parece necesario recordar que ninguna disposición reglamentaria puede ir en contra de la Ley, regular supuestos no previstos, permitir dispensas, etc. Toda disposición reglamentaria ha de encontrar su amparo y habili-

tación en la correspondiente norma legal. Y, en el presente caso, la inscripción de «otras construcciones» sólo encuentra encaje en la regulación del derecho transitorio de la reforma (Disp. Trans. 5.^a del TR92) y en las específicas previsiones autonómicas que puedan atender a estas edificaciones. No en el contundente artículo 22 de la Ley del suelo.

Este criterio ha sido confirmado por la DGRN en recientes resoluciones. En concreto, la de 22 de julio de 1998 (RJ 5977) o la de 13 de octubre de 1999 (RJ 7412). Resulta ilustrativa esta última resolución, que confirma la denegación del registrador de practicar la inscripción de una nave industrial. Y es que, a pesar de existir una certificación visada de un técnico declarando que la obra se realizó y terminó en 1985, constaba también certificado del secretario del Ayuntamiento en el que se declaraba que la solicitud de licencia por el propietario se había denegado por la Comisión de Gobierno en el año 1991, y que no se había iniciado ningún expediente sancionador.

Por ello, como primera conclusión, debe advertirse que la regulación del Reglamento sobre la inscripción de otras construcciones sólo debería aplicarse, por un lado, a las edificaciones que se levantaron con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley de 1990 y sobre las que no pudiera la Administración adoptar ninguna medida de reacción, siguiendo la interpretación de la Disposición Transitoria quinta del Texto refundido de 1992, y, por otro lado, a aquellos supuestos específicamente previstos de edificaciones irregulares o ilegales en la normativa autonómica. Sin embargo, es preciso subrayar que el Reglamento de 1997 no ha acogido en los mismos términos esta disposición. Ha mantenido el aparente pequeño matiz introducido por la doctrina de la Dirección General, pero que, en la práctica, puede originar importantes diferencias, cuando no algún problema (9).

Analicemos ya los específicos requisitos que se han establecido para inscribir esas otras construcciones.

3. LOS REQUISITOS PARA LA INSCRIPCION

El Reglamento de 1997 regula la posible inscripción de «otras construcciones» en el artículo 52. «Otras construcciones» que son aquéllas que no pueden acceder al Registro, de conformidad con otros preceptos, esto es, no ser nuevas y contar con la correspondiente licencia urbanística o con la certificación de que la construcción se acomoda a la licencia. Construcciones «antiguas», a mi juicio, con carácter general, las anteriores a la entrada en

(9) Sorprende sobremanera que el Dictamen del Consejo de Estado no apunte ni advierta estas diferencias de regulación que resultarán tan perniciosas, como intentaré explicar.

vigor de la Ley de reforma de 1990, como acabo de subrayar, así como aquéllas que puedan ampararse en específicas previsiones de la normativa autonómica.

Tres son los requisitos que debe cumplir la inscripción de otras construcciones terminadas. En primer lugar, la descripción de la obra, requisito general, al que se añade ahora la acreditación de la terminación de la obra (RDGRN de 22 de julio de 1998, RJ 5977) (10). Insiste el Reglamento «*en fecha determinada*». Es importante, a efectos del segundo requisito exigido la precisión de este dato temporal. En algunas ocasiones podrá conocerse. Pero cuando la obra tiene algunos años, como es el caso de las que ahora interesan, este dato deberá concretarse por pruebas o informes que faciliten una certera aproximación.

Varias resoluciones han atendido al problema de la inscripción de obras, de las que se decían tener más de diez años de antigüedad (11), por lo que se extendió la idea errónea de que podía promoverse la inscripción de obras nuevas siempre que se acreditara el transcurso de diez años. Pero esto, como estamos viendo, no es así. Las construcciones y edificaciones que se hayan levantado tras la entrada en vigor de la Ley de reforma deberán, en todo caso, cumplir los requisitos establecidos ahora en el artículo 22 de la LS para acceder al Registro de la Propiedad. El plazo de diez años surgió, posiblemente, al querer eludir estos controles y contar el período necesario de tiempo que debía transcurrir para evitar el nuevo régimen establecido. Y estas cuentas condujeron a generalizar que las edificaciones debían haberse terminado en 1985, para que el plazo de cuatro años, dentro del cual la Administración competente podía adoptar medidas de reacción y proteger la legalidad urbanística, hubiera transcurrido con holgura.

La descripción y, sobre todo, la fecha de terminación de la obra, se podrá probar por «*certificación del Catastro o del Ayuntamiento, por certificación técnica o por acta notarial*» [art. 52.a) R97]. Es evidente que tanto la certificación del Catastro como la del Ayuntamiento es difícil que incluyan la certeza de la fecha de terminación de la obra. Pueden advertir de la incorporación al Catastro, del otorgamiento de cédula de habitabilidad o de la licencia de ocupación, de recibos de pagos de impuestos, etc. Datos todos ellos

(10) Esta resolución confirmó la denegación de la inscripción de una obra nueva al no acreditarse su antigüedad con anterioridad a la reforma de la legislación urbanística, además de no coincidir la descripción que realizaba la escritura pública de declaración y la certificación del Catastro.

(11) Por ejemplo, la citada de 3 de noviembre de 1995 (RJ 8083). Por el contrario, la RDGRN de 4 de marzo de 1996 (RJ 1850), confirmó la denegación de la inscripción de una obra nueva al constar sólo mediante acta notarial que la construcción tenía una antigüedad de más de diez años, pero no quedar suficientemente acreditado que fuera anterior a la LR90.

relevantes para formar una razonable convicción sobre la antigüedad de la edificación. Pero datos distintos a la certificación de la «fecha de terminación». Del mismo modo la certificación técnica o el acta notarial podrán describir la obra, su estado, permitiendo deducir de estos elementos la fecha aproximada de terminación. Sin embargo, estos documentos no constituyen una prueba absoluta e irrefutable para facilitar en cualquier caso la inscripción. Además, deben ponderarse conforme a las reglas de sano juicio por el registrador (12).

El segundo requisito pone de manifiesto la relevancia de existir la fecha de terminación porque exige «*que dicha fecha sea anterior al plazo previsto por la legislación aplicable para la prescripción de la infracción en que hubiera podido incurrir el edificante*». En otras palabras, que haya transcurrido el plazo suficiente de tiempo desde que la edificación concluyó para que la Administración no pueda ya iniciar ningún procedimiento sancionador contra el titular. El redactor del precepto se expresa con distintos términos a los establecidos en el Texto refundido de 1992, con la idea que fue apuntada por la doctrina de las Resoluciones de la DGRN citadas *supra*. Se modifica, no sé si de manera consciente o inconsciente, el requisito exigido para inscribir estas edificaciones. Mientras la citada Disposición Transitoria quinta del TR92 (13), atendía a la necesidad de que transcurriera el plazo para que la Administración no pudiera actuar con medidas concretas para proteger y restaurar la legalidad, que podía implicar su demolición, el precepto del Reglamento exige que el plazo sea el que determina la prescripción de la infracción urbanística.

Compleja es la cuestión de si esta distinta precisión del Reglamento podía considerarse como ilegal, contraria a la previsión del TR92. A mi juicio, las cuestiones de legalidad reglamentaria deben atenderse con suma cautela porque no deben desconocerse las facultades del Gobierno de desarrollar y completar las disposiciones legales siempre, como es lógico, que no contradigan la Ley (14). Además, en este caso, la dicción de la disposición del TR92 alude a la adopción de medidas de protección de la legalidad urbanística, entre las que se encuentran las medidas sancionadoras, como se deduce de la

(12) En este sentido puede verse la RDGRN, de 4 de marzo de 1996 (RJ 1850), que confirmó la denegación de la inscripción de una obra nueva, al constar sólo mediante acta notarial que la construcción tenía una antigüedad de más de diez años, pero no quedar suficientemente acreditado que fuera anterior a la LR. O también la RDGRN de 13 de octubre de 1999 (RJ 7412), en la que a pesar de existir una certificación que declaraba la terminación de la obra en 1985, el certificado del secretario municipal advertía que se había solicitado y denegado la licencia en 1991.

(13) Precepto de carácter básico, cuya vigencia subsiste al superar el examen de constitucionalidad en la STC 61/1997.

(14) En este sentido, sirva por todas las brillantes consideraciones de J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos de Derecho Administrativo*, Madrid, 1988, págs. 789 y sigs.

lectura de los preceptos. Es más, las actuaciones de protección de la legalidad ponen en marcha un procedimiento disciplinario que puede proyectarse tanto en actuar contra la edificación ilegal, como en sancionar la infracción de construir sin licencia. Por ello, en virtud del principio de eficacia de las normas, a mi entender, no debería de tacharse de ilegal esta previsión, al no ser directamente contraria a lo dispuesto en la ley.

Pero que no sea ilegal y nula no significa que no haya originado una gran complejidad e inseguridad. Introduce ya, en primer lugar, una trascendental diferencia. Mientras que con el TR92 no existía ninguna duda en el sentido de que no podrían acceder al Registro las edificaciones ilegales levantadas sobre suelo no urbanizable, además de sobre zonas verdes, espacios libres o suelos protegidos, el Reglamento no recuerda de manera explícita esta imposibilidad. En segundo lugar, olvida el Reglamento que son cosas distintas la prescripción de la infracción de la posibilidad de actuar que tiene el Ayuntamiento para restaurar la legalidad urbanística. Pero es que, además, los plazos para adoptar las medidas de protección de la legalidad urbanística y los plazos de prescripción pueden ser distintos (de hecho lo son en algunas Comunidades autónomas) (15). Es imprescindible detenerse en esta específica regulación, pero su complejidad exige un apartado independiente, al que atiendo con posterioridad.

En todo caso, debe advertirse que el cómputo de este plazo es esencial. Su transcurso, sin que se produzca ninguna reacción administrativa, determinará nada menos que una posición inatacable de la edificación levantada (salvo, como es fácil advertir, las edificaciones sobre zonas verdes o espacios libres). De ahí las abundantes precisiones jurisprudenciales relativas a la prueba del mismo (16). Teniendo en cuenta que el plazo de prescripción de la infracción no empieza a contarse sino cuando la edificación está terminada (entre otras STS de 16 de octubre de 1990, RJ 8128) (17). Desde que se inician las obras y son manifiestas, la Administración puede suspenderlas y exigir, en su caso, la acomodación al Ordenamiento urbanístico o imponer su demolición. Pero si transcurren, de manera general, más de cuatro años y se mantiene una situación de aparente admisión, prescriben estas medidas de intervención y también se inicia el plazo para que prescriba la correspondiente infracción.

(15) Es además de caducidad y no de prescripción con carácter general en casi todas las Comunidades Autónomas el plazo para promover medidas de restablecimiento de la legalidad, como recuerdan, N. MATEOS ANDRADE y J. R. FERNÁNDEZ-CANIVELL Y TORO, *El restablecimiento de la legalidad urbanística: Caducidad de la acción*, Pamplona, 1999.

(16) Pueden verse, en este sentido, la sentencias del TS de 5 de junio de 1991 (RJ 4865), 3 de mayo de 1995 (RJ 3781), o la de 9 de diciembre de 1996 (RJ 9205), que junto a las facturas de las obras resalta la declaración del jardinero encargado.

(17) Insisten en esta precisión el artículo 201 del Texto refundido de **Canarias**, de ordenación del territorio y espacios naturales protegidos, de 8 de mayo de 2000.

El tercer y último requisito a que se refiere el Reglamento de 1997 para poder inscribir estas edificaciones es que no conste mediante la oportuna anotación preventiva que la Administración competente ha iniciado un expediente disciplinario como consecuencia de la ilegal edificación. Anotación de indudable trascendencia, que puede llegar a tener efectos de cierre registral con relación a algunas solicitudes, en concreto, aquellas relativas al expediente disciplinario (18). La vigencia de esta anotación puede extenderse hasta los cinco años, aunque previsiblemente concluya antes de este plazo el expediente sancionador (19).

La práctica de la inscripción tiene la importante consecuencia de que el registrador debe comunicar este hecho al Ayuntamiento competente, lo que permitirá al mismo promover las acciones procedentes, en la medida de lo posible, para restaurar el orden urbanístico quebrantado (art. 54 R97).

4. LA COMPLEJA SITUACION INTRODUCIDA POR LA DIVERSA NORMATIVA AUTONOMICA

De manera tradicional, la normativa estatal urbanística establecía como plazo común y general para que la Administración pudiera reaccionar contra las edificaciones ilegales, aquéllas que no estaban amparadas en licencia alguna o que no se acomodaban a la licencia otorgada, el de cuatro años (arts. 249 TR92 y 185 TR76, modificado por el Real Decreto-ley 16/1981, de 16 de octubre) (20). El mismo plazo de cuatro años regía para entender la prescripción de la correspondiente infracción urbanística (arts. 263 TR92 y 230 TR76). Este plazo tenía sólo una excepción, nada baladí, por cierto. La posibilidad de actuar contra las edificaciones que se levantaran en zonas verdes, suelos no urbanizables protegidos o espacios libres no tiene ningún límite temporal, al constituir una auténtica infracción de orden público (arts. 255 TR92 y 188 TR76) (21). Estas infracciones no prescriben nunca.

(18) No parece admisible permitir la inscripción de una declaración de obra nueva, si hay constancia mediante anotación preventiva de un expediente disciplinario contra la edificación ilegal. Sí podrán promoverse otras inscripciones como una transmisión o la constitución de una hipoteca sobre la finca, por ejemplo.

(19) Como analizo en la segunda edición de mi libro *Urbanismo y publicidad registral* (en prensa), la no conclusión del expediente sancionador en el plazo previsto en las normas de procedimiento (con carácter supletorio, seis meses ha establecido el reglamento estatal) originará su archivo.

(20) Entre otras muchas, sobre la aplicación de estos preceptos, puede verse la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de octubre de 1992 (RJ 7578).

(21) Sobre esta materia sirva la referencia a los imprescindibles trabajos de R. MARTÍN MATEO, «La reacción frente a las licencias ilegales para la construcción en zonas verdes», en *RDU*, núm. 42, pág. 69, y R. GÓMEZ FERRER, *Las zonas verdes y espacios*

Algunas Comunidades Autónomas han mantenido estos comunes plazos tradicionales de cuatro años, tanto para adoptar medidas administrativas de reacción, como para entender prescritas las infracciones urbanísticas producidas. Este es el caso de **Andalucía, Cantabria, Extremadura** y la **Comunidad Valenciana**, al incorporar los preceptos de la normativa del TR92. Pero también de **Asturias** (arts. 101 y 21 de su Ley 3/1987, de disciplina urbanística), **Castilla y León** (arts. 114 y 121 de su Ley de 1999), **Cataluña** (arts. 256 y 279 de su Texto refundido de 1990) y **Madrid** (arts. 23 y 83 de su Ley 4/84, de medidas de disciplina urbanística). **Murcia** ha establecido únicamente el plazo de cuatro años para que se entiendan prescritas las infracciones urbanísticas (art. 49 de su Ley 12/1986, de protección de la legalidad urbanística).

Por el contrario, en otras Comunidades Autónomas se han establecido otros plazos e, incluso, lo que es más relevante a los concretos efectos registrales que aquí interesan, son distintos los plazos para adoptar medidas administrativas, para restaurar el orden quebrantado, que los plazos de prescripción de las correspondientes infracciones urbanísticas.

Así, en las **Islas Baleares** se han ampliado ambos plazos hasta los ocho años. Tanto para adoptar medidas de reacción contra las construcciones ilegales (art. 65.2 de su Ley 10/1990, de disciplina urbanística) como de prescripción de las infracciones (art. 73 de la misma Ley). Otras Comunidades han mantenido el plazo de cuatro años para que la Administración pudiera actuar contra las construcciones, caso de **Canarias** (art. 180 de su Texto refundido de 2000), **Castilla-La Mancha** (art. 182.4 de su Ley de 1998), **Galicia** (art. 176 de su Ley de 1997), **La Rioja** (art. 199 de su Ley de 1998); pero, sin embargo, han introducido diferentes plazos para entender prescritas las infracciones urbanísticas. En **Canarias**, dependiendo de la gravedad de la infracción, ésta prescribirá a los cuatro, dos o un año (art. 205 de su Texto refundido de 2000); en **Castilla-La Mancha**, los plazos de prescripción de las infracciones son de cinco, tres y un año (art. 187 de su Ley de 1998); y en **Galicia**, de seis, cuatro y un año (art. 183 de su Ley de 1997). En el **País Vasco**, donde se aplican por el momento algunos aspectos del TR92, en concreto, estos que nos interesan de las medidas de protección de la legalidad urbanística, se han fijado, sin embargo, plazos distintos de prescripción de las infracciones: cuatro y dos años (art. 10 de la Ley 5/1998).

En **Navarra**, su Ley foral mantiene el plazo general de cuatro años para adoptar medidas de protección de la legalidad, salvo que las edificaciones se levantaran sobre propiedades privadas, pero cuyos suelos estuvieran calificados como forestal, de alta productividad agrícola, de infraestructuras, de itinerarios de interés, zona verde o espacio libre, o bien de interés cultural

libres como problema jurídico, Madrid, 1971. También puede verse la STS de 30 de enero de 1992 (RJ 1243).

(arts. 229 y 239 de la Ley foral), en cuyo caso el plazo se extiende a los diez años. Sin embargo, los plazos de prescripción de las infracciones se han fijado en cuatro años, dos años o seis meses (art. 261 de la Ley foral de 1994).

En fin, en **Aragón**, al atender a las medidas de protección de la legalidad, se ha establecido que la Administración podrá actuar mientras no haya prescrito la infracción urbanística, plazo de prescripción que puede ser de diez, cuatro o un año (arts. 197 y 203 y sigs. de su Ley de 1999).

Tras concretar el diverso y proteico panorama normativo existente, quienes interpreten que el Reglamento permite la inscripción de cualquier construcción, deben responder a la siguiente pregunta: ¿qué plazos deben transcurrir para que una persona pueda promover la inscripción de una edificación o vivienda «antigua», que no cuenta con la preceptiva licencia o no se ajustó a los dictados de la misma?

Es más fácil responder cuando la construcción se haya levantado en territorio de las Comunidades de **Andalucía, Asturias, Cantabria, Castilla y León, Cataluña, Extremadura, Madrid, Murcia y la Comunidad Valenciana**. En todas estas Comunidades es idéntico el plazo que tiene la Administración para adoptar medidas de protección de la legalidad y el de prescripción de la infracción urbanística, esto es, cuatro años. Según esa permisiva interpretación será suficiente con acreditar que ha transcurrido este tiempo para promover la inscripción.

La opción del Reglamento de atender al plazo de prescripción de la infracción origina que en otras Comunidades Autónomas (**Aragón, Baleares, Canarias, Castilla-La Mancha, Galicia, Navarra, La Rioja, País Vasco**) existan plazos distintos que, como he reseñado *supra*, oscilan entre los diez años y los seis meses. En estos casos será más complejo advertir *icto oculi* si ha prescrito la infracción, porque su gravedad requiere un concienzudo examen de los hechos y circunstancias que han concurrido. Salvo, como he defendido, que la edificación se haya levantado sobre zonas verdes o espacios libres en cuyo caso no prescribe. No es necesario explicar que el interesado no querrá solicitar a la Administración un certificado en el que conste la propia declaración de prescripción de la infracción. Por ello, la opción más asequible para el propietario de la construcción irregular o ilegal será esperar a que transcurra el plazo máximo de prescripción señalado en la correspondiente ley autonómica. Porque el registrador, ante una solicitud de inscripción que no cumpla el requisito de la prescripción de la infracción debe adoptar un acuerdo denegatorio.

En fin, se percibe que esta regulación, como ha advertido con brillantez T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, ha introducido «*un factor de inseguridad inde-seable*» (22), muy diverso de unas a otras Comunidades.

(22) *Manual de Derecho Urbanístico*, Madrid, 1999, 14.ª ed., pág. 234.

El hecho de que los plazos para adoptar medidas de protección y de prescripción de la infracción tengan distinta naturaleza (unos son de caducidad y otros de prescripción) (23) y, además, sean diversos, puede también originar, en algunos casos, que sobre edificaciones y viviendas inscritas en el Registro pueda la Administración utilizar los instrumentos de reacción oportunos. Es más, a mi juicio, debería la Administración en aquellos casos en que la construcción se ha levantado sobre zonas verdes, suelos protegidos o espacios libres, promover con rigor las medidas legales oportunas para reaccionar contra la ilegalidad. El hecho de que la construcción ilegal se haya incorporado a los folios registrales no sana, en absoluto, su contumaz ilegalidad.

Podrán aparecer en este momento actuaciones dirigidas a intentar legalizar la construcción, solicitando la oportuna licencia; acomodando la construcción a lo permitido en el planeamiento (24); pagando el exceso de aprovechamiento si se ha producido. Y en caso de que no sea posible la legalización, podrá promover la Administración si procede la orden de demolición de lo indebidamente construido (25). De estos acuerdos administrativos deberá darse completa noticia al Registro de la Propiedad para que se practiquen los asientos oportunos, en concreto, la anotación preventiva por expediente disciplinario, facilitando la conveniente publicidad registral.

No obstante, es muy interesante destacar que algunas Leyes autonómicas han previsto que, a pesar de haber prescrito las medidas de reacción contra las edificaciones ilegales, así como de las correspondientes infracciones, estas construcciones, por ley, son consideradas «fuera de ordenación», como había declarado en algunas ocasiones el Tribunal Supremo (26). Medida plausible, porque permite subrayar la incompatibilidad de la edificación con el Ordenamiento urbanístico y permitirá sujetar la construcción ilegal al régimen de limitaciones de estos edificios, impidiendo ampliaciones o reformas en estas construcciones ilegales. Pero, además, permitirá que la edificación se pueda incorporar sin mayores problemas a los folios registrales. Deberá ser diligente la Administración y comunicar al Registro esta consecuencia legal para que se tome constancia de la correspondiente nota marginal. Este es el caso de las leyes de **Baleares** (art. 2 de la Ley 8/1988, modificado por la Ley 6/1997),

(23) En este sentido, puede verse N. MATEOS ANDRADE y J. R. FERNÁNDEZ CANIVELL Y TORO, *El restablecimiento de la legalidad urbanística: caducidad de la acción*, Pamplona, 1999, así como la expresiva STS de 24 de abril de 1992 (RJ 3991). Por el contrario, en **Navarra**, la naturaleza de este plazo es de prescripción (art. 239 de su Ley 10/1994).

(24) Entre la jurisprudencia anterior a la reforma puede verse, entre otras muchas, la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 1992 (RJ 3219).

(25) Así, por ejemplo, la sentencia dictada por la Sala especial del artículo 61 del LOPJ, de 22 de septiembre de 1990 (RJ 8167/1992) o la STS de 22 de febrero de 1993 (RJ 538).

(26) En este sentido, sentencias del TS de 6 de febrero de 1991 (RJ 774) y 6 de octubre de 1992 (RJ 7578).

Castilla y León (art. 121.4 de su Ley de 1999), **Castilla-La Mancha** (182.4 de su Ley de 1998) y **Navarra** (art. 263 de su Ley foral de 1994). Solución, a mi juicio, digna de ser atendida.

En fin, si se permite la incorporación de estas edificaciones al Registro y la Administración no adopta ninguna de estas medidas, será cada vez más difícil reaccionar contra las mismas. La inscripción registral desplegará los beneficios de presunción de titularidad (art. 38 LH) y, sobre todo, el paso del tiempo hará indiscutible la adecuada adquisición al intervenir los instrumentos de la prescripción adquisitiva favorecida por la normativa registral. No hay que olvidar que la inscripción es equiparada a «justo título de adquisición» para prescribir (art. 35 LH), lo que supone una importante excepción al régimen de que la inscripción no convalida los actos nulos, establecido en el artículo 33 de la LH.

5. ULTIMA REFLEXION

La inseguridad jurídica generada por algunas leyes autonómicas merece una dura crítica. Complica, además, la inscripción de antiguas construcciones en el Registro de la Propiedad. No será fácil, en algunas Comunidades Autónomas, que los registradores adviertan, ante una solicitud de inscripción, si las posibles infracciones urbanísticas han prescrito. Por ello, sería conveniente generalizar un trámite previo a la inscripción de comunicación de la solicitud al Ayuntamiento competente, para que sus servicios certificaran bien la inexistencia de infracción (de manera similar a la certificación de declaración de innecesariedad de licencia de parcelación), bien la prescripción de la infracción. No es baladí la opinión del Ayuntamiento sobre esas edificaciones.

En todo caso, a mi juicio, sólo estimo que pueden invocar el citado artículo 52 para solicitar la inscripción registral las construcciones «antiguas», las existentes con anterioridad a la entrada en vigor de la LR y aquéllas levantadas sin los requisitos exigidos pero que puedan calificarse como fuera de ordenación, de conformidad con la normativa autonómica. Aunque no hay que desconocer que voces autorizadas insisten en admitir también la inscripción de aquéllas levantadas en suelo urbano o urbanizable cuando no existiera posibilidad de sancionar al titular por haber prescrito la infracción.

Es cierto que la práctica inmobiliaria pone de manifiesto que se sigue construyendo sin licencia o sin ajustarse convenientemente a la licencia otorgada y que la Administración urbanística no adopta las correspondientes medidas de protección de la legalidad. ¿Debe impedirse que sobre estas construcciones no se realicen negocios con las garantías que ofrece la fe notarial? ¿Debe por siempre impedirse el acceso de estas edificaciones a los libros registrales?

Estos interrogantes invocan la prístina idea de que la apariencia continuada de una situación no debe estar pendiente de una eterna amenaza ante posibles actuaciones de reacción. Esa continuada apariencia también conoce de la protección del Derecho, al amparo del simple principio de seguridad jurídica. Por ello, en principio, no parece desconcertante que se intente argumentar que, con relación a aquellas edificaciones sobre las cuales la Administración ya no puede imponer medidas de acomodo a la legalidad, debía permitirse su inscripción registral. Si la construcción existía, aunque se hubiera levantado de manera ilegal al no poseer licencia o no ajustarse de manera adecuada a la misma, podía considerarse que el paso del tiempo sanaba de algún modo estas deficiencias. *Tempus longissimum habetur loco tituli*. Si la Administración debía consentir esta situación, ¿qué razón se podía esgrimir para impedir su acceso al folio registral? Puede pensarse que no parece del todo correcto que el Registro ignore la existencia de esta construcción por la que la Administración debía pasar. Si la Administración no había actuado en el tiempo oportuno, su negligente inactividad no debía contar con la posterior ayuda de registradores y notarios en perjuicio de los propietarios.

Pero aunque el razonamiento jurídico pueda construir un aparente *garbuglio* para permitir la inscripción de todas aquellas construcciones ilegales, cuya infracción ha prescrito, con independencia de la fecha de su construcción, parece más oportuno mantener la pretensión del legislador de apoyarse también en la destacada función de notarios y registradores para luchar contra la ilegalidad urbanística. Y este es el criterio que está defendiendo con justicia y rigor la DGRN en las últimas resoluciones publicadas.

Además, frente a esta debilidad, debe recordarse la necesidad de ser coherentes con la protección de la legalidad. De no permitir que infractores y estafadores inmobiliarios consigan, sólo por tener paciencia, legalizar su infracción urbanística con el manto de la escritura pública y la relevante protección registral. Es cierto que la Administración urbanística tiene las facultades necesarias y suficientes para controlar la legalidad. Pero el deseable cumplimiento de la legalidad no debe despremiar otros posibles instrumentos de protección. Menos aún, admitir que, al amparo de una previsión reglamentaria, se abra la puerta de acceso al Registro a actuaciones ilegales. ¿Cómo podrá exigirse de manera coherente el correcto cumplimiento de planes, licencias, distancias, calidades y otras mil previsiones urbanísticas si, al final, se acepta que construcciones ilegales queden en cierto modo protegidas, al contar con una inscripción registral?

MERCEDES FUERTES

Catedrática E.U. de Derecho Administrativo
Universidad de León

ACTUALIDAD JURIDICA

I. Información legislativa

A) Derecho de la Unión Europea y Tratados Internacionales

1. *Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo.*—Determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior. Su texto se publica en el Boletín de Información del Colegio de Registradores, número 64, del mes de octubre pasado, páginas 2061 y siguientes. Regula, entre otras materias, como objetivo, en el artículo 1.º, las actividades de los notarios o profesionales equivalentes en los servicios de la sociedad de información, en la medida en que impliquen una conexión directa y específica con el ejercicio de la autoridad pública.

2. *Carta Penal del Estatuto de Roma.*—El BOE del 5 de octubre publica la Ley Orgánica 6/2000, de 4 de octubre, por la que se autoriza para ratificar el Estatuto de Roma de la Carta Penal Internacional firmado por España el 18 de julio de 1998.

B) Legislación nacional

1. Real Decreto-ley 10/2000, de 6 de octubre.—Medidas urgentes de apoyo a los sectores agrario, pesquero y del transporte.

2. Ley 6/2000, de 13 de diciembre, por la que se aprueban medidas fiscales urgentes de estímulo al ahorro familiar y a la pequeña y mediana empresa.

C) Leyes autonómicas

Galicia.—Ley de 10 de julio. Refunde la normativa en materia de Cámaras Agrarias.

Navarra.—Ley Foral de 3 de julio. Igualdad jurídica de las parejas estables.

País Vasco.—Ley de 26 de junio. Modificación de la Ley de Cooperativas.

II. Información de actividades

1. Actividades en el Colegio de Registradores

Se han desarrollado las siguientes:

a) Jornadas sobre «Condiciones generales de la contratación y protección de los consumidores. Dos años de la Ley 7/1998». Han tenido lugar en los días 25 y 26 de octubre, con el siguiente programa:

«El Registro de Condiciones Generales de Contratación en España».

ANTONIO PAU PEDRÓN, Decano Presidente del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.

I Mesa Redonda: «El nuevo papel de las Asociaciones de Consumidores»

Modera:

OSCAR LÓPEZ SANTOS, Director del Instituto Nacional de Consumo (INC).

Intervienen:

PEDRO SÁNCHEZ PÉREZ, Relaciones Externas de la Organización de Consumidores y Usuarios (OCU).

M.^a TERESA BENDITO CAÑIZARES, Profesora titular de Derecho Civil.

JORGE HINOJOSA BOLÍVAR, Secretario General de la Unión de Consumidores de España (UCE).

II Mesa Redonda: «El consumidor y el mercado de las telecomunicaciones»

Modera:

ANTONINO JOYA VERDE, Relaciones Institucionales de la OCU.

Intervienen:

PABLO SIERRA ROCAFORT, Director del Departamento de Asesoría de Telecomunicaciones. Despacho Anguiano y Asociados.

RICARDO DE RABASSA, Director de los Servicios Jurídicos de AMENA.

SERGIO REDONDO SERRANO, Director de la Asesoría Jurídica de AIRTEL.

JUAN PABLO NIETO MENGOTTI, Director de la Asesoría Jurídica de lo Contencioso y Consultivo de TELEFONICA MOVILES.

III Mesa Redonda: «Comercio Electrónico y Condiciones Generales»

Modera:

FERNANDO CURIEL LORENTE, Colegio de Registradores.

Intervienen:

LUIS MARÍA CABELLO DE LOS COBOS, Registrador de la Propiedad.

IÑAKI URIARTE LANDA, Director de Relaciones Institucionales y Asuntos Jurídicos de la Asociación Española de Comercio Electrónico (AECE).

ENRIQUE GARCÍA LÓPEZ, Area de Servicios Públicos de la UCE.

IV Mesa Redonda: «Las condiciones generales en los contratos bancarios»

Modera:

JOSÉ EUGENIO CASTAÑEDA MUÑOZ, Profesor Titular de Derecho de la UCM y Consejero de la OCU.

Intervienen:

JUAN CARLOS PEÑAS VÁZQUEZ, Abogado de la OCU.

RAFAEL BALBUENA TEBAR, Director de la Asesoría Jurídica Internacional del BBVA.

JAVIER GARCÍA DE LA FUENTE CHURRUCA, Director del Departamento de Documentación contractual del BSCH.

V Mesa Redonda: «Contratos de adhesión en la compraventa de vivienda»

Modera:

PILAR GARCÍA GOYENECHÉ, Registradora de la Propiedad.

Intervienen:

ANTONIO GARCÍA CONESA, Registrador de la Propiedad.

MARCOS CASADO MARTÍN, Abogado de la OCU.

MANUEL MARTÍ FERRER, Secretario General de la Asociación de Promotores Constructores de España (APCE).

GREGORIO MAYAYO CHUECA, Presidente de la Asociación Hipotecaria Española (AHE).

b) Jornada sobre «Las sociedades mercantiles en la sociedad de la información». Tuvo lugar el día 7 de noviembre, desarrollándose tres conferencias:

- «Nuevas tecnologías, Derecho Societario y Registro Mercantil», por don LUIS FERNÁNDEZ DEL POZO, Registrador de la Propiedad y Mercantil.
- «Sociedades y firma electrónica: la incorporación de las facultades de los apoderados», por doña APOL·LÒNIA MARTÍNEZ NADAL, Profesora Titular de Derecho Mercantil.
- «Los dominios en Internet», por don LORENZO PRATS ALVENTOSA, Profesor Titular de Derecho Civil.

c) Conferencia sobre arbitraje. Tuvo lugar también en el Colegio de Registradores el día 16 de noviembre, a cargo de don BERNARDO CREMADES SANZ-PASTOR, Presidente de la Corte Euroamericana de Arbitraje, bajo el título «El arbitraje societario. Arbitraje y nuevas tecnologías».

2. Curso sobre Propiedad Urbana en la Universidad de Castellón

Se ha celebrado del 2 de noviembre al 14 de diciembre, con el siguiente programa:

2 de noviembre de 2000

- «Evolución histórica de los arrendamientos urbanos en el Derecho español», por don ANGEL NEBOT APARICI, Registrador de la Propiedad.
- «Ambito de aplicación de la LAU», por el doctor MARIO CLEMENTE MEORO, Catedrático de Derecho Civil.
- «El arrendamiento de vivienda en general», por don CÉSAR BELDA, Notario.

9 de noviembre de 2000

- «La duración del contrato de arrendamiento», por el doctor JUAN JOSÉ MARÍN LÓPEZ, Catedrático de Derecho Civil.
- «Aspectos registrales del arrendamiento urbano», por don JOAQUÍN BEUNZA, Registrador de la Propiedad.
- «Arrendamiento y vivienda familiar», por don SANTIAGO SALAZAR BORT, Colaborador del Area de Derecho Civil.

16 de noviembre de 2000

- «Derechos y obligaciones en el arrendamiento urbano», por don CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ, Registrador de la Propiedad.
- «Tanteo y retracto arrendaticios», por el doctor LUIS MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, Catedrático de Derecho Civil.
- «Las mejoras en la finca arrendada», por la señora doña MARÍA JOSÉ MORALES, Abogada.

23 de noviembre de 2000

- «La cesión de contrato y el subarriendo», por don FEDERICO ARNAU MOYA, Profesor de Derecho Civil.
- «El arrendamiento de local de negocio», por don JOSÉ MANUEL MARCO COS, Magistrado.
- «Los arrendamientos en el Derecho francés», por el doctor IVES PICOD, Catedrático de Derecho Privado de la Universidad de Perpiñán.

30 de noviembre de 2000

- «Jurisprudencia de la A. P. de Castellón sobre arrendamientos urbanos», por don CARLOS DOMÍNGUEZ DOMÍNGUEZ, Magistrado.
- «Aspectos procesales de los arrendamientos urbanos», por el doctor JUAN LUIS GÓMEZ COLOMER, Catedrático de Derecho Procesal.
- «Aspectos fiscales del arrendamiento», por el doctor GERMÁN ORÓN, Catedrático de Derecho Financiero y Tributario.

14 de diciembre de 2000

- «Arrendamientos urbanos y arbitraje», por el doctor JUAN MANUEL BADENAS CARPIO, Profesor Titular de Derecho Civil.
- «La subrogación *mortis causa* del arrendamiento de vivienda», por el doctor RAFAEL VERDERA SERVER, Profesor Titular de Derecho Civil.
- «Conclusiones alcanzadas en el curso». Mesa redonda en la que intervendrán: don ANGEL NEBOT APARICI, don JUAN MANUEL BADENAS CARPIO, don FEDERICO ARNAU MOYA, don RAFAEL VERDERA SERVER, y don JOAQUÍN BEUNZA.

3. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación

El día 20 de noviembre tuvo lugar la solemne sesión inaugural del curso académico 2000-2001, leyéndose el discurso del Presidente don MANUEL ALBALADEJO GARCÍA, titulado «La responsabilidad por culpa extracontractual levísima».

4. XIII Congreso Internacional de Derecho Registral

Del 19 al 23 de marzo de 2001, la República Oriental del Uruguay acogerá al XIII Congreso Internacional de Derecho Registral, que tendrá lugar en el Hotel Conrad Internacional de la ciudad de Punta del Este, Departamento de Maldonado.

El evento fue declarado de interés nacional por el señor Presidente de la República y de interés departamental por el señor Intendente del Departamento de Maldonado.

Los temas fijados para este Congreso son:

Garantías de los derechos reales mediante el sistema de registro y el sistema de seguro. Se trata de analizar las características del seguro como medio de garantizar la recuperación del valor del derecho adquirido, frente al Registro Público de la Propiedad como mecanismo jurídico de garantía efectiva de la adquisición firme de la propiedad y los demás derechos inmobiliarios.

La publicidad registral y el derecho a la intimidad. Se intenta precisar si el principio de protección pública del ámbito de intimidad de la persona debe limitar el derecho de todos los ciudadanos a recibir información plena del contenido del Registro.

Continuación de los trabajos sobre formación del Diccionario de términos de Derecho registral. Cumple el mandato del XII Congreso Internacional de Derecho Registral, celebrado en Marrakech en noviembre de 1998.

Los trabajos deberán ser enviados antes del 15 de enero de 2001 a:

Dirección General de Registros

Comité Organizador del XIII Congreso Internacional de Derecho Registral

18 de julio 1730. 6.º piso

Montevideo (Uruguay)

JURISPRUDENCIA

I. Sentencias del Tribunal Constitucional

POR FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

1. *Sentencia de 28 de febrero de 2000.*—EXPROPIACION FORZOSA.—Alejada vulneración del derecho a la prueba y a la tutela judicial efectiva, no se admite el recurso de amparo por no haberse interpuesto recurso de casación contra la sentencia de instancia, siendo irrelevante que no se admitiera antes un recurso de amparo por prematuro.—Sala 2.^a.—Ponente: Sr. Vives Antón.

Antecedentes.—Los hechos de los que nace la pretensión de amparo son los siguientes:

a) El actor era condueño de un solar dedicado a taller mecánico de automóviles y aparcamiento, en el término de Montoro, de 15.115 metros cuadrados de extensión. Para poder duplicar la calzada de la carretera nacional de Madrid a Cádiz, que lindaba por el norte con su terreno, y transformarla en lo que hoy es la autovía de Andalucía, el Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo expropió 6.790 metros cuadrados de la finca, y cerró con vallas metálicas el acceso a la carretera.

b) La Administración, en su hoja de aprecio, valoró el justiprecio en 1.032.148 pesetas. Los expropiados, por su parte, presentaron una valoración de 82,5 millones de pesetas. Finalmente, el Jurado provincial de expropiación estableció, en virtud del artículo 43 de la Ley de Expropiación Forzosa, un precio justo que ascendía a 35,6 millones de pesetas por el terreno, a lo que añadió unos perjuicios por pérdida de rentabilidad del negocio y otros conceptos hasta alcanzar un justiprecio total de 48 millones de pesetas.

c) Los expropiados interpusieron recurso contencioso administrativo, el 7 de agosto de 1992, que fue tramitado ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo con sede en Sevilla del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía. Su Sección Segunda, por Auto de 24 de octubre de 1994, acordó recibir a prueba el proceso.

d) Los demandantes solicitaron la aportación de diversos documentos públicos y una prueba pericial. Esta, amparada en los artículos 610 y siguientes LEC, consistía en que por un economista, un profesor mercantil, un perito mercantil, un censor jurado de cuentas o un auditor, previo al examen del expediente administrativo de la expropiación, de la documentación económico-contable y tributaria de la empresa expropiada y del propio taller mecánico, se emitiera dictamen acerca de diversos particulares, que incluían la exis-

tencia y valoración de todos los daños y perjuicios ocasionados por la expropiación, incluido el futuro económico de la empresa.

e) La Sección de Sevilla admitió, por providencia de 29 de noviembre de 1994, la práctica de la prueba documental; pero en cuanto a la prueba pericial propuesta, declaró que «no ha lugar a la misma, por el momento».

f) Por providencia de 16 de febrero de 1995, se dio por finalizado el período de proposición y práctica de la prueba. Contra ella, los expropiados interpusieron recurso de súplica reiterando la necesidad de practicar la prueba pericial solicitada, e invocando el artículo 24.1 CE.

g) Por providencia de 2 de marzo, la Sección hizo saber a la parte recurrente, antes de resolver sobre su recurso, que el informe de la demarcación de carreteras del Estado de Andalucía occidental había sido recibido. El 24 de marzo siguiente, la Sección otorgó plazo para presentar el escrito de conclusiones.

Los recurrentes interpusieron nuevo recurso de súplica reiterando su solicitud de que se admitiera y practicara la prueba pericial. El recurso fue desestimado por Auto de 7 de julio de 1995, que indicó que «la razón de la denegación de la prueba pericial solicitada se debe a procurar la celeridad del procedimiento, siempre que ésta sea compatible con las garantías procesales. Tras el trámite de conclusiones, la Sección habrá de valorar la conveniencia o no de acordarla como «diligencia para mejor proveer». La Sección rechaza, en consecuencia, la imprudente afirmación de la parte al calificar el «retraso» que entiende se produce, que en modo alguno va a tolerar, dados esos términos, que orillan el desacato; y, pese a la dilación que la parte imprime al procedimiento con escritos como estos, arbitrará lo procedente en su momento para conciliar la rapidez con las garantías».

h) En lugar de formular conclusiones, los recurrentes interpusieron recurso de amparo, que fue inadmitido por su carácter prematuro mediante providencia de la Sección Cuarta, de 6 de noviembre de 1995 (registro núm. 2646/95).

i) La Sección de lo Contencioso-Administrativo de Sevilla, mediante sentencia de 26 de enero de 1996, desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el actor y sus comuneros, confirmando el justiprecio fijado por el Jurado Provincial de expropiación de Córdoba. En ella se advirtió que cabía interponer recurso de casación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo.

En sus fundamentos de derecho, la Sección razona que el criterio del Jurado sólo puede enervarse cuando se acredite un notorio error de hecho, un error legal o una errónea apreciación de la prueba merced a una, practicada en el proceso judicial, y que sea objetiva, sólida, indubitada y adornada de las garantías procesales. Seguidamente, la sentencia razona que no se admitió la prueba pericial propuesta por la «disparidad de los conceptos, la inconcreción del perito adecuado y su titulación y la innecesariedad de alguno de los pronunciamientos solicitados».

Fallo.—El Tribunal Constitucional no admite el recurso.

Fundamentos jurídicos.—1. El demandante pide amparo frente a la sentencia que desestimó su pretensión de que el justiprecio que le había abonado la Administración General del Estado por la expropiación de parte de una finca para ampliar una carretera nacional, fuera incrementado sustancialmen-

te. La razón que dio lugar a ese fallo desestimatorio fue que la Sala Contencioso-Administrativa de Sevilla apreció que el actor no había probado los daños y perjuicios que decía haber sufrido por encima de los que había valorado el jurado de expropiación forzosa de Córdoba. Aquí radica, precisamente, la vulneración constitucional que alega el señor Vega-Leal, porque una prueba esencial para acreditar su demanda, de carácter pericial, no fue admitida en términos que estima que vulneraron su derecho fundamental a la prueba y a una tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24 CE).

Con carácter previo al análisis de la demanda de amparo, sin embargo, hemos de resolver la alegación de inadmisibilidad que formula el Abogado del Estado. Afirma que la sentencia impugnada era susceptible de recurso de casación ante el Tribunal Supremo. Por lo que el actor interpuso el presente recurso de amparo sin haber agotado los recursos utilizables dentro de la vía judicial [art. 44.1.c) LOTC].

2. El recurso contencioso-administrativo versaba sobre un justiprecio de 48 millones de pesetas, reconocido por el Jurado de expropiación, y que el interesado consideraba insuficiente para indemnizar la privación patrimonial causada realmente, en especial por la menor rentabilidad del taller mecánico que quedaba instalado en la parte de la finca no expropiada. Durante el procedimiento, aportó el informe de unos agentes de la propiedad inmobiliaria que llegaban a establecer un valor de 82,5 millones de pesetas, como refleja la sentencia impugnada.

Por tanto, es claro que contra el fallo de instancia era posible suscitar un recurso de casación, tal y como alega el Abogado del Estado, con arreglo a los apartados 1 y 2 del artículo 95 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1956, redactado por la Ley 10/1992, de 30 de abril (LJCA). Así se le indicó al notificarle la sentencia. Y en el recurso ante el Tribunal Supremo, el actor hubiera podido hacer valer la lesión del derecho fundamental a la prueba que invoca en esta sede constitucional, tal y como permiten los artículos 95.1.3 LJCA y 5.4 LOPJ.

3. El sistema de protección de los derechos y libertades a través del recurso de amparo ante este Tribunal, previsto por la Constitución Española en su artículo 53.2, está regido por el principio de subsidiariedad. Los ciudadanos que estiman que un órgano judicial ha lesionado alguno de sus derechos e intereses legítimos, con vulneración de uno de los derechos fundamentales que enuncia el artículo 24 CE, deben defender su derecho constitucional ante los propios Tribunales de Justicia antes de acudir ante este Tribunal Constitucional, «quien, de este modo, actúa en su función protectora, no sólo como vía subsidiaria, sino última y definitiva» (STC 162/1991, de 18 de julio, FJ 1).

La garantía de todos los derechos y libertades fundamentales, y especialmente los que se cifran en una tutela judicial efectiva y sin indefensión, a través de un proceso justo (apartados 1 y 2 del art. 24 CE), corresponde, por lo general y en primer lugar, a los Juzgados y Tribunales de cada orden jurisdiccional especializado [art. 53.2 CE y art. 44.1.a) LOTC]. Sólo cuando éstos no protejan adecuadamente esos derechos y libertades, se podrá acudir a esta vía del recurso de amparo. Pero es preciso, como reza el párrafo a) de ese artículo 44.1 LOTC, que «se hayan agotado todos los recursos utilizables dentro de la vía judicial».

Así lo expresa también, en desarrollo del citado precepto, la jurisprudencia constitucional, que desde las sentencias 8/1981, de 31 de mayo, FJ 1; 73/1982, de 2 de diciembre, FJ 1, y 43/1983, de 20 de mayo, FJ 1, ha insistido en que

el justiciable que estima vulnerado alguno de sus derechos fundamentales en el cauce de un proceso judicial debe utilizar los recursos que ofrecen las leyes vigentes, que permitan corregir o reparar la supuesta vulneración. No se trata de cerrar la vía de amparo constitucional con un enfoque formalista, sino de cumplir una función práctica: dar a los propios órganos judiciales la posibilidad de reparar las vulneraciones de los derechos procesales que puedan cometer, ellos mismos o los Tribunales sobre los que ostentan competencia de recurso; y reservar al recurso de amparo ante este Tribunal Constitucional el carácter subsidiario que le ha atribuido la Constitución.

4. Estas ideas básicas, que han sido reiteradas y desarrolladas posteriormente en un sinnúmero de sentencias constitucionales (de las que son muestra las SSTC 139/1996, de 16 de septiembre, y 159/1999, de 14 de septiembre), deben conducir derechamente a la inadmisión del presente recurso. Es patente que cabía recurso de casación contra la sentencia que desestimó las pretensiones del actor, a tenor del artículo 95 LJCA de 1956 (redacción de 1992); circunstancia que, además, fue puesta en conocimiento de la parte quien, en cualquier caso, contaba con abogado y procurador (SSTC 36/1989, de 14 de febrero, FJ 3, y 67/1994 de 28 de febrero, FJ 3). Y en ese cauce procesal hubiera podido hacer valer la vulneración de los derechos procesales que plantea en su demanda de amparo, pues en él el Tribunal Supremo conoce del quebrantamiento de las formas esenciales del juicio que puedan cometer las Salas de instancia (art. 95.1.3 LJCA). Por consiguiente, el actor dejó de utilizar un recurso útil para remediar en la vía judicial las vulneraciones aducidas en su demanda de amparo, incumpliendo el requisito que establece el art. 44.1.a) LOTC.

La conclusión anterior no se ve alterada por el dato de que hubiera sido inadmitido mediante providencia, por prematuro [art. 50.1.a) LOTC], un primer recurso de amparo que el justiciable había interpuesto con anterioridad, directamente contra las resoluciones judiciales sobre prueba, antes incluso de que la Sala de Sevilla dictara la sentencia que impugna en este segundo recurso de amparo. Desde la STC 30/1986, de 20 de febrero, hemos sostenido que las infracciones de derechos fundamentales que se producen en el curso de un procedimiento deben ser siempre denunciadas en el momento en que tengan lugar [invocando el derecho constitucional relevante: art. 44.1.c) LOTC]; pero que sólo se debe acudir inmediatamente al recurso de amparo cuando la vulneración constitucional hace sentir sus efectos de inmediato de manera irreversible. Por el contrario, «aquellos casos en los que, como ocurre con la denegación de prueba, la presunta lesión no produce un efecto inmediato, sino que el que pueda nacer de ella sólo se pondrá de manifiesto en la sentencia», es ésta la que debe ser impugnada en sede constitucional de amparo, una vez firme y, por ende, agotados los recursos susceptibles de reparar la lesión constitucional (STC 30/1986, FJ 3, que generaliza el criterio en materia probatoria del ATC 340/1982, de 10 de noviembre, y de la STC 116/1983, de 7 de diciembre, FJ 3).

Este criterio general ha sido consolidado por la sentencia de Pleno de este Tribunal 147/1994, de 12 de mayo, que se negó a entrar a conocer de la situación de incomunicación de un preso preventivo porque sus derechos fundamentales podían ser protegidos eficazmente dentro de la causa penal abierta contra él, y todavía pendiente. Pues es «en el marco del propio proceso, cuando éste aún se encuentra pendiente, donde deben invocarse y, en su caso, repararse las vulneraciones de los derechos fundamentales que hayan

podido originarse precisamente en la sustanciación del proceso mismo, salvo que no esté abierta otra vía para remediar la vulneración actual del derecho (constitucional). Y será cuando el proceso ha finalizado —o dicho en otras palabras, cuando no quepa acudir a instancia judicial alguna que pueda apreciar y reparar la vulneración del derecho fundamental— cuando se habrá agotado la vía judicial previa y cabrá, por consiguiente, acudir a este Tribunal en demanda de amparo constitucional)» (FJ 4).

Esta doctrina no permite impugnar directamente la sentencia de instancia, cuando frente a ella cabe interponer recurso en la vía judicial, que permita reparar eventuales vulneraciones de los derechos procesales de la parte. Su consecuencia se ciñe a impedir recursos de amparo mientras el proceso judicial esté abierto, pero una vez finalizado el proceso mediante sentencia u otra resolución definitiva, ha de estarse al régimen de recursos que prevean las leyes procesales, antes de plantear el amparo constitucional.

La sentencia contencioso-administrativa, que desestimó la pretensión de justiprecio formulada por la parte, materializó los efectos negativos de la denegación de prueba a la que el actor anuda la vulneración de su derecho fundamental a la prueba pertinente y a no sufrir indefensión. Pero es notorio que, al haber recurso ordinario de casación por quebrantamiento de forma o garantías procesales, hubiera sido posible debatir y, en su caso, reparar la alegada vulneración ante el Tribunal Supremo, antes de acudir *per saltum* ante esta sede constitucional. Al no hacerlo así, la parte recurrente incumplió de manera insubsanable el requisito procesal que establece la letra a) del artículo 44.1 LOTC, lo que debe llevar a la inadmisión de su demanda de amparo (SSTC 247/1994, de 19 de septiembre, FJ 3 y 148/1997, de 29 de septiembre, FJ 2).

F. C. D.

II. Resoluciones de la Dirección General

A) RESOLUCIONES PUBLICADAS EN EL *BOE*

POR FERNANDO CURIEL LORENTE

Registro de la Propiedad

Resolución 1-9-2000
Registro de la Propiedad de Málaga, número 6
(*BOE 23-10-2000*)

ANOTACION DE EMBARGO. CONVERSION DE ANOTACION DE SUSPENSION. CADUCIDAD.

El cómputo del plazo de vigencia de una anotación de embargo extendida por conversión de la de suspensión tomada por defecto subsanable, se inicia con la fecha de la propia anotación de embargo, ya que la finalidad de la de suspensión no es sino prolongar los efectos del asiento de presentación.

Resolución 4-9-2000
Registro de la Propiedad de Bilbao, número 8
(*BOE 23-10-2000*)

GANANCIALES. DIVISION DE COSA COMUN. CONSENTIMIENTO DEL CONYUGE.

Instada por uno solo de los cónyuges la división de una finca de la que pertenece a la sociedad una mitad indivisa y realizada la adjudicación judicial de aquélla, tras la correspondiente subasta, a los propietarios de la otra mitad, no es necesario el consentimiento del cónyuge del actor, dada la doctrina jurisprudencial (sentencia de 17 de abril de 1986) que permite considerar como acto de gestión beneficiosa la solicitud de disolución de una comunidad.

Resoluciones 6, 7 y 8-9-2000
Registro de la Propiedad de Alicante, número 3
(*BOE 23-10-2000*)

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 11-9-2000

Registro de la Propiedad de Madrid, número 38

(BOE 24-10-2000)

GANANCIALES. ADJUDICACION EN PAGO DE DEUDA PRIVATIVA. CONSENTIMIENTO DEL CONYUGE.

La transmisión de un bien ganancial que un cónyuge, con el poder del otro para realizar actos a título oneroso, realiza en pago de una deuda propia, no puede estimarse, sin más, como acto a título gratuito y, por tanto, no inscribible por falta de consentimiento del cónyuge del transmitente, ya que la salida del bien del patrimonio ganancial está compensada con el crédito que en contra del cónyuge deudor nace a favor de la sociedad.

Resolución 12-9-2000

Registro de la Propiedad de Valencia, número 4

(BOE 24-10-2000)

HIPOTECA. CANCELACION PARCIAL. CARTA DE PAGO PARCIAL. REPRESENTACION.

Otorgada escritura por la que el representante de la entidad acreedora manifiesta haber percibido parte de un préstamo garantizado con hipoteca sobre tres fincas consintiendo que la hipoteca se cancele parcialmente, pero respecto de una de las fincas en su totalidad, liberando de toda responsabilidad a esta finca, puede procederse a la cancelación aunque la responsabilidad asignada a dicha finca resulte ser superior a la cantidad que se dice percibida, por cuanto respecto a la diferencia debe entenderse producida una renuncia que es, por sí sola, causa bastante para la cancelación.

Debe estimarse suficiente el poder especial concedido para cancelar hipotecas, porque no aparece condicionado a la simultánea formalización de cartas de pago.

Resolución 14-9-2000

Registro de la Propiedad de Albacete, número 1

(BOE 24-10-2000)

CONDICION RESOLUTORIA. PERMUTA DE SUELO POR OBRA FUTURA. EJERCICIO DE LA FACULTAD RESOLUTORIA. ASIENTOS POSTERIORES.

Se encuentra inscrita la cesión de una finca a cambio de obra futura bajo condición resolutoria expresa por incumplimiento, y, con posterioridad, la declaración de obra nueva y la división horizontal de la misma, así como hipotecas y anotaciones de embargo sobre algunos pisos, y una anotación de suspensión de pagos del titular registral.

El cedente insta la resolución por incumplimiento mediante acta notarial y el Registrador deniega la inscripción entre otras razones (aceptadas por el recurrente o rechazadas por el Tribunal Superior) por haber desaparecido las fincas iniciales y ser sustituidas por los distintos componentes de la propiedad horizontal y desprenderse del Registro la existencia de terceros acreedores, lo que hace imposible la reposición de la situación a su estado primitivo.

La Dirección, sin poder entrar a valorar si el acta notarial unilateral es bastante para constatar el cumplimiento de la condición resolutoria, por no haberse opuesto defecto alguno por este motivo, entiende que el defecto alegado no puede mantenerse porque la inscripción de la obra nueva y la propiedad horizontal no impedirían la constatación de la resolución de la adquisición previa, ni tampoco lo impide el nuevo marco jurídico, porque los asientos posteriores —hipoteca, embargo, suspensión de pagos— deben subsistir pese a la inscripción de la resolución.

Resolución 22-9-2000

Registro de la Propiedad de Aranjuez

(BOE 24-10-2000)

EXPEDIENTE DE DOMINIO. REANUDACION DE TRACTO. DIFERENCIAS EN LA DESCRIPCION DE LA FINCA.

Es defecto que impide la inscripción del expediente la falta de expresión de la superficie de la finca. No lo es el que, según el Registro, figure inscrita una finca, de la que se han efectuado segregaciones que, al parecer, la agotan, si bien la última inscripción de dominio es relativa al resto de la finca, aunque no se describe. Debe tenerse en cuenta que en el Auto la finca se describe de forma totalmente coincidente con la descripción de la matriz según Registro, sin que quepa prejuzgar ahora las operaciones registrales que el Registrador deba efectuar.

Resoluciones de 2 y 18-9-2000

(BOE 7-11-2000)

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 16-9-2000
(BOE 4-11-2000)

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 23-9-2000
(BOE 6-11-2000)

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 9-9-2000
(BOE 10-11-2000)

ENTES LOCALES. DACION DE BIENES EN PAGO DE OBRA. REQUISITOS.

La dación en pago de unos locales municipales en pago de la obra ejecutada no puede ser considerada por sí sola como un caso de permuta excluida del requisito de la subasta pública (arts. 80.2, Ley 7/1985, de 2 de abril, Bases Régimen Local, 80.2 Real Decreto 781/1986, Régimen Local, 112 RBEL), sino como un supuesto de negocio sui generis de arrendamiento de obra a cambio de parte de la edificación resultante. El carácter mixto administrativo-privado de ese contrato no es argumento bastante para excluir la aplicación de tal exigencia, máxime cuando también la propia realización de las obras estaría sujeta a licitación pública (arts. 76, 140, 141 LCAP). La dación en pago es, por tanto, nula y no puede acceder al Registro (cfr. arts. 18 LH y 99 RH).

Resolución 21-9-2000
(BOE 7-11-2000)

PROPIEDAD HORIZONTAL. DIVISION DE LOCAL. MODIFICACION DEL TITULO CONSTITUTIVO.

No es inscribible el acuerdo de división de un local integrante de un edificio constituido en régimen de propiedad horizontal, cuando, existiendo cin-

co escaleras, cuya consideración como subcomunidades diferentes no resulta de la inscripción de los Estatutos, se cuenta con el consentimiento de los propietarios de los departamentos de cuatro de las cinco escaleras y la oposición de los de la quinta, por ser necesaria la unanimidad.

Resolución 25-9-2000
(BOE 10-11-2000)

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 26-9-2000
(BOE 10-11-2000)

VUELO. DETERMINACION. PLAZO.

La fijación de un plazo para el ejercicio del derecho de vuelo es sustancial para una perfecta delimitación del derecho (cfr. art. 9 LH) y exigida por las normas estructurales del estatuto jurídico de los bienes (exclusión de gravámenes perpetuos e irredimibles, cfr. arts. 781, 785, 400, 515, etc. del Código Civil).

El que la ejecución de las plantas que el derecho permite levantar, totalmente determinadas en el documento, se condicione a que las ordenanzas municipales lo permitan, no deja indeterminado el contenido del derecho, sino que deja a salvo su eventual ilicitud.

Consistiendo el derecho en la edificación de dos plantas, el que la posibilidad de levantar la segunda quede condicionada a que se levante con anterioridad la primera, no significa dejar el derecho al arbitrio de una de las partes del contrato, totalmente vinculadas desde su perfección, aunque, por razones físicas, deba el derecho ejercitarse en forma sucesiva.

Resolución 27-9-2000
(BOE 6-11-2000)

HIPOTECA. DE MAXIMO. CUENTA CORRIENTE SIN ALCANCE NOVATORIO.

Constituida una hipoteca para garantizar las obligaciones derivadas de tres préstamos, de modo que se pretende su unificación mediante la utilización de una cuenta corriente cuyo saldo determina el importe de la deuda en caso de ejecución, que podrá realizarse por la vía del artículo 153 LH, no es posible su inscripción por no resultar expresamente de la escritura el pleno alcance novatorio de la cuenta corriente y la pérdida de exigibilidad aislada de cada

una de las obligaciones garantizadas. Carece de virtualidad, a tal efecto, el pacto por el que se dispone que el vencimiento de cualquiera de las obligaciones aseguradas provocará el de las restantes —que, además, sólo se incluye «a efectos hipotecarios»—.

Resolución 28-9-2000
(BOE 27-11-2000)

HIPOTECA. INTERESES VARIABLES. MAXIMO «A EFECTOS MERAMENTE HIPOTECARIOS». CERTIFICACION BANCARIA A EFECTOS DE EJECUCION.

Se cumplen las exigencias del principio de determinación, a efectos de inscripción de una hipoteca en la parte relativa a intereses variables, si se conviene un tipo máximo de cobertura hipotecaria, aunque no se establezca, también, un tipo máximo de devengo. No es óbice para la inscripción el que se exprese que la fijación de tipo máximo se realiza «a efectos meramente hipotecarios», que debe ser interpretada en el sentido de establecer una responsabilidad máxima por este concepto, eficaz tanto para los terceros como para el deudor.

En el caso de hipoteca en garantía de un préstamo que se confiesa recibido por el deudor, pero cuyo capital se ingresa en el mismo acto en una cuenta de disposición condicionada, cabe pactar, al amparo de lo dispuesto en el artículo 1.435 LEC, que la cantidad exigible se acredite mediante certificación del saldo de la cuenta expedida por la entidad de crédito, sin que deba entenderse vulnerado dicho precepto, que se remite a la legislación hipotecaria —materia relativa a cuentas de crédito—, ni el artículo 153 LH, que está previsto específicamente para el procedimiento judicial sumario, y no para el ordinario, en el que sí está prevista la oponibilidad por el demandado de las excepciones de falsedad y pluspetición.

Los obstáculos para la inscripción de la hipoteca por razón de los intereses, no deben impedir, si así lo solicita el presentante, su inscripción respecto del principal y las costas.

Resolución 29-9-2000
(BOE 7-11-2000)

ANOTACION DE EMBARGO. CANCELACION. PREFERENCIA DE CREDITOS SALARIALES.

No procede la cancelación de anotaciones de embargo anteriores a la derivada de una ejecución seguida ante un Juzgado de lo Social, al inscribirse la adjudicación resultante sobre la base de la preferencia reconocida en el artículo 32.3 del Estatuto de los Trabajadores (cfr. Resoluciones de 3 abril, 18 de julio y 12 de noviembre de 1998). Dicha preferencia es sólo una prioridad en el cobro que se hace efectiva, bien en ejecuciones colectivas, bien frente a una ejecución singular anterior a través de la tercera de mejor derecho, que no puede alterar las consecuencias de la prioridad registral (confirmada por arts. 1.518 LEC y 175.2 RH), so pena de infringirse el principio de tutela judicial efectiva (art. 24 CE).

Resolución 30-9-2000
(BOE 10-11-2000)

CALIFICACION. DATOS EXTRARREGISTRALES.

Conocido por el Registrador, por escrito recibido del Juzgado que no ha causado asiento alguno, que existe abierto procedimiento abreviado contra el representante de la entidad otorgante de una escritura presentada, no procede la suspensión de la inscripción ni la prórroga del asiento aplicando el artículo 432.1.d) RH, por cuanto que el Registrador, al realizar la calificación al amparo de lo dispuesto en el artículo 18 LH, debe atenerse a los datos resultantes del título presentado y de los libros del Registro.

Resolución 3-10-2000
(BOE 10-11-2000)

ANOTACION DE EMBARGO. HEREDERO DEL TITULAR: ACREDITACION.

No cabe practicar anotación de un embargo trabado en procedimiento seguido contra quien se dice que es heredero del titular registral por deudas del propio heredero sin que se acredite la condición de heredero con alguno de los títulos sucesorios previstos en el artículo 14 LH.

Resolución 5-10-2000
(BOE 10-11-2000)

PROPIEDAD HORIZONTAL. ELEMENTOS COMUNES. ELEMENTOS PRIVATIVOS: ACCESO INSUFICIENTE.

La mera constitución del régimen de propiedad horizontal puede ser indicio de que serán elementos comunes todos los que no sean considerados como privativos, si, a mayor abundamiento, como en el caso presente, uno de los elementos privativos se apoya en otro, sin que se establezca servidumbre u otro derecho que configure jurídicamente esa situación.

No se cumple el requisito de que los elementos privativos tengan acceso a vía pública o a elemento común si su acceso se produce a través de una faja de terreno perteneciente a otro elemento privativo, sin constituirse siquiera una servidumbre al efecto.

Resoluciones 6 y 13-10-2000
(BOE 27-11-2000)

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 absolu-

tamente independiente de las otras, estando sujeta por ello al requisito de la licencia municipal o a justificar la innecesariedad de la misma.

Resolución 9-10-2000
(BOE 27-11-2000)

EXPEDIENTE DE DOMINIO. INMATRICULACION. ANTIGÜEDAD DE UN AÑO. DESCRIPCION DE FINCAS. EDIFICACION. REQUISITOS URBANISTICOS. TITULO DEL PROMOTOR. CALIFICACION.

La exigencia de la antigüedad de un año que para la inmatriculación de determinados títulos públicos impone el artículo 298 RH, en su redacción anterior a 1998, no tiene aplicación al expediente de dominio.

La falta de identificación de las fincas es motivo para suspender la inmatriculación, sin que deban tenerse en cuenta documentos que no tuvo a la vista el Registrador para realizar su calificación.

Las exigencias que la legislación en materia urbanística impone para el acceso al Registro de las declaraciones de obra nueva, son aplicables cuando se pretende directamente la inmatriculación de una finca edificada.

La necesidad de expresar en el auto el título material alegado y probado por el promotor del expediente no implica que su validez pueda ser objeto de calificación por el Registrador, pues ello supondría poner en cuestión el acierto de una decisión reservada a la autoridad judicial.

No existe interrupción de tracto cuando los promotores del expediente alegan haber adquirido del titular registral.

Cuando la última inscripción de dominio tiene antigüedad inferior a treinta años, es preceptivo que el auto judicial exprese que se han realizado las notificaciones necesarias y la forma en que se han realizado (cfr. art. 202 LH).

Resolución 11-10-2000
(BOE 10-11-2000)

TRACTO SUCESIVO. CANCELACION JUDICIAL.

No procede la cancelación de la inscripción de constitución del régimen de propiedad horizontal de una finca cuando resulta de una sentencia dictada en procedimiento en que no han sido parte todos los titulares registrales afectados por la cancelación. Ni la firmeza de la sentencia, ni el llamamiento generalizado, permite acceder a lo solicitado, pues se vulneraría el principio de tutela judicial efectiva del artículo 24 CE, máxime si, como ocurre en el caso planteado, los titulares están favorecidos por los efectos de los artículos 34 y 38 LH.

Resolución 18-10-2000
(BOE 25-11-2000)

HIPOTECA. INTERESES VARIABLES. CESION: RENUNCIA A LA NOTIFICACION.

Se cumplen plenamente las exigencias del principio de determinación en cuanto a la inscripción de una hipoteca en la parte relativa a la cobertura de intereses variables, y procede, por tanto, su inscripción, si se fija un límite temporal y una cifra máxima de cobertura, aun cuando esta cifra máxima resulte de aplicar al capital el tipo inicial de interés (lo que únicamente puede provocar que, de hecho, si los intereses han evolucionado al alza, no puedan percibirse por el acreedor todos los intereses devengados durante las tres anualidades últimas por resultar una cantidad superior al máximo garantizado).

Es inscribible el pacto por el que el deudor renuncia al derecho a ser notificado de la cesión del crédito hipotecario, por no ser la notificación un requisito para la validez de la cesión ni, por tanto, para su inscripción, sino sólo determinante del alcance de la cesión frente al deudor (cfr. arts. 151 LH y 176 y 242 RH).

Resolución 17-10-2000

(BOE 28-11-2000)

HIPOTECA. INTERESES VARIABLES. CESION: RENUNCIA A LA NOTIFICACION.

Se cumplen plenamente las exigencias del principio de determinación en cuanto a la inscripción de una hipoteca en la parte relativa a la cobertura de intereses variables, y procede, por tanto, su inscripción, si se fija un límite temporal y una cifra máxima de cobertura, aun cuando esta cifra máxima resulte de aplicar al capital el tipo inicial de interés (lo que únicamente puede provocar que, de hecho, si los intereses han evolucionado al alza, no puedan percibirse por el acreedor todos los intereses devengados durante las tres anualidades últimas por resultar una cantidad superior al máximo garantizado).

Es inscribible el pacto por el que el deudor renuncia al derecho a ser notificado de la cesión del crédito hipotecario, por no ser la notificación un requisito para la validez de la cesión ni, por tanto, para su inscripción, sino sólo determinante del alcance de la cesión frente al deudor (cfr. arts. 151 LH y 176 y 242 RH).

Registro Mercantil

Resolución 5-9-2000

Registro Mercantil de Valencia I

(BOE 23-10-2000)

RECURSO GUBERNATIVO. REPRESENTACION

La interposición del recurso mediante apoderado exige acreditar la representación en forma auténtica, debiendo estimarse suficiente, por economía de procedimiento, que la acreditación se realice en la fase de recurso de alzada.

Resolución 13-9-2000

Registro Mercantil de Navarra

(BOE 24-10-2000)

DENOMINACION. ADJETIVO «LABORAL».

La inclusión del término «laboral» al principio de la denominación de una sociedad, que era laboral y deja de serlo por los acuerdos que se formalizan, no debe impedir la inscripción de la modificación acordada por cuanto en el lugar en que se sitúa no induce a confusión sobre la clase de sociedad («Laboral... SL») y, por otro lado, la denominación se encuentra ya inscrita, y el asiento bajo la salvaguardia de los Tribunales.

Resolución 19-9-2000
Registro Mercantil de Cádiz
(BOE 24-10-2000)

JUNTA GENERAL. ACREDITACION DE ACUERDOS MEDIANTE ACTA NOTARIAL.

El requerimiento al Notario para que, presente en la Junta, levante acta de sus acuerdos, debe ser objeto de acuerdo del Consejo de Administración, no bastando la intervención del Presidente y Secretario del mismo.

La falta de acreditación de dicho acuerdo debe ser considerada defecto subsanable, puesto que puede justificarse documentalmente en un momento posterior.

Resoluciones 20 y 21-9-2000
Registro Mercantil de Cádiz
(BOE 23-10-2000)

ADMINISTRADORES. RENUNCIA.

Es inscribible la renuncia de los administradores realizada en Junta General, aun cuando en dicha Junta, por no haber candidatos para llevar la administración, se acuerde la disolución de la sociedad y no se proceda al nombramiento de liquidadores por el mismo motivo (falta de candidatos), no estando obligados los renunciantes a permanecer en el cargo, ni, mucho menos, a desempeñar el de liquidadores.

Resolución 15-9-2000
(BOE 7-11-2000)

AUDITOR. CUENTAS DE EJERCICIO CERRADO. NOMBRAMIENTO.

No es inscribible el acuerdo de Junta General por el que se nombra Auditor para verificar las cuentas correspondientes a un ejercicio cerrado, por cuanto para tal supuesto el nombramiento debe ser efectuado por el Registrador Mercantil o por el Juez de 1.^a Instancia —arts. 205 LSA y 350 RRM— (no se entra, por no haberse planteado, en la cuestión relativa a la solicitud formulada por la entidad recurrente en el sentido de que el Registrador considere de oficio nombrado el referido auditor).

Resolución 22-9-2000
(BOE 10-11-2000)

ADMINISTRADORES. RENUNCIA. ACTA DE JUNTA.

Es inscribible la renuncia de los administradores realizada en Junta General, aun cuando en dicha Junta, por no haber candidatos para llevar la Administración, se acuerde la disolución de la sociedad y no se proceda al nombramiento de liquidadores por el mismo motivo (falta de candidatos), no estando obligados los renunciantes a permanecer en el cargo, ni, mucho menos, a desempeñar el de liquidadores.

El requerimiento al Notario para que, presente en la Junta, levante acta de sus acuerdos, debe ser objeto de acuerdo del Consejo de Administración, no bastando la intervención del Presidente y Secretario del mismo.

La falta de acreditación de dicho acuerdo debe ser considerada defecto subsanable, puesto que puede justificarse documentalmente en un momento posterior.

Resolución 30-9-2000
(BOE 7-11-2000)

JUNTA GENERAL. ACTA DE LOS ACUERDOS. REQUISITOS.

Se entiende correcta el acta de acuerdos de Junta General de SL que se elevan a públicos en la que se expresa que los acuerdos se adoptaron por unanimidad, que los socios presentes representan el cien por cien del capital social, que se da lectura al acta, quedando firmada en el acto por la totalidad de los socios, puesto que queda patente, a efectos de su consignación en la inscripción (cfr. art. 113 RRM), la fecha y el modo de aprobación del acta —al final de la reunión el mismo día de su celebración—.

Resolución 4-10-2000
(BOE 4-11-2000)

AUMENTO DE CAPITAL. DELEGACION DE FACULTADES EN CONSEJO.

Acordado en Junta General de SA un aumento de capital hasta una cifra determinada, delegando en el Consejo de Administración la facultad de señalar la fecha y condiciones de ejecución del acuerdo, no es inscribible el acuerdo del Consejo de aumentar el capital en una cifra inferior, por no tratarse del supuesto de «capital autorizado» (art. 153.1.b, LSA), sino del de ejecución de un acuerdo determinado en cuanto a la cifra de capital a aumentar, que no admite fraccionamiento ni ejecución parcial (art. 153.1.^a, LSA).

Resolución 1-10-2000
(BOE 10-11-2000)

SOCIOS. SEPARACION. ACUERDO INDIVIDUALIZADO. DERECHO DE VOTO.

A efectos de acordar la separación de un socio —en este caso, Administrador— y apreciar la existencia de conflicto de intereses prevista en el artículo 52.1 LSRL, que priva del derecho de voto, el acuerdo debe adoptarse individualizadamente, sin hacer extensiva la privación del derecho de voto acumulativamente a todos los socios que se encuentren en situación similar.

Cuando el socio excluido haga uso del derecho que le concede el artículo 99.2 LSRL por ostentar una participación social igual o superior al 25 por 100, la resolución judicial tiene carácter constitutivo respecto de la separación, de modo que, mientras no recaiga y sea firme, el socio sujeto al procedimiento sigue ostentando el derecho de voto y los demás inherentes a su condición.

Para la inscripción del acuerdo de separación no es indispensable que se acredite la valoración y reembolso de la participación del socio válidamente excluido.

Resolución 10-10-2000
Registro Mercantil Central
(BOE 6-11-2000)

DENOMINACION. «.COM». ALCANCE DIFERENCIADOR.

La coincidencia de la denominación solicitada con la de otra sociedad ya inscrita queda desvirtuada si junto al nombre se añade el sufijo «.com», cuya utilización no debe entenderse prohibida aun cuando se trate de uno de los términos utilizados como denominación genérica de campos de Internet de primer nivel (en el caso se solicita la denominación «Internet.com, S.L.» y existen «Internet, S.A.» e «Internet Centre, S.L.»).

Resolución 2-10-2000
Registro de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento
(BOE 10-11-2000)

RECURSO GUBERNATIVO. PROCEDIMIENTO.

El recurso gubernativo contra nota de calificación del Registrador de Hipoteca Mobiliaria se tramita por el procedimiento establecido en el Reglamento del Registro Mercantil (cfr. art. 73 LHM).

B) RESOLUCIONES COMENTADAS

POR JUAN MARÍA DÍAZ FRAILE
y MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA

REPRESENTACION. EFECTOS DE UN TESTAMENTO RESPECTO A LAS FACULTADES DEL APODERADO.—LA ESCRITURA DE VENTA OTORGADA POR LOS APODERADOS, EN VIDA DE LA PODERDANTE Y SUBSANADA A SU MUERTE POR LOS PROPIOS APODERADOS, QUE SON TAM-

BIEN HEREDEROS DE LA PODERDANTE, AUN CUANDO CONLLEVE LA INEFICACIA DEL LEGADO DE LA MISMA FINCA, DEBE ESTIMARSE REALIZADA VALIDAMENTE POR LA VIGENCIA Y SUFICIENCIA DEL PODER EN LA FECHA DE LA COMPRAVENTA (RESOLUCIÓN DE 16 DE MARZO DE 2000. BOE DE 20 DE ABRIL DE 2000).

RESOLUCION de 16 de marzo de 2000, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Manresa, don Secundino José García Cueco, contra la negativa del Registrador de Barcelona, número 23, don Juan María Díaz Fraile, a inscribir una escritura de compraventa, en virtud de apelación del señor Registrador.

En el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Manresa, don Secundino José García Cueco, contra la negativa del Registrador de Barcelona, número 23, don Juan María Díaz Fraile, a inscribir una escritura de compraventa, en virtud de apelación del señor Registrador.

Hechos.—I. El 25 de enero de 1996, mediante escritura otorgada ante don Secundino José García Cueco, Notario de Manresa, don Francisco y don Ignasi Carreras Riera, en calidad de apoderados mancomunados de doña Soledad Roy Ponsa, vendieron a la sociedad «Residencial Mollerusa, Sociedad Limitada», que compró la vivienda que se describe en la escritura citada, la cual, presentada en el Registro de la Propiedad de Barcelona, número 23, para su inscripción, fue calificada con los defectos subsanables de inexpressión de la cuota en comunidad y el de la falta de referencia a la situación arrendaticia. Dichos defectos fueron subsanados en escritura de rectificación autorizada por el Notario de Manresa don Antoni Alfons Roselló Mestre, el 16 de julio de 1996, por los señores Carreras Riera, tanto en calidad de apoderados como herederos de doña Soledad Roy Ponsa, quien falleció el 14 de marzo de 1996, bajo testamento.

II. Presentadas copias de las citadas escrituras, acompañadas por copias autorizadas del testamento y del poder, en el Registro de la Propiedad de Barcelona, número 23, fueron calificadas con la siguiente nota: «Presentado el precedente documento, en unión de escritura de rectificación autorizada por el Notario de Manresa, don Antonio Alfons Roselló Mestre, de fecha 16 de julio de 1996, así como de copia auténtica del testamento otorgado el día 10 de junio de 1995, ante el Notario de Manresa, don Jesús Cembrano Zaldívar, por doña Soledad Roy Ponsa, titular registral de la finca transmitida, y del certificado del Registro de Últimas Voluntades y de defunción de la misma, y tras su examen y calificación conjunta (arts. 18 de la Ley Hipotecaria, 117 del Reglamento Hipotecario y Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 31 de marzo de 1950, entre otras), se suspende su inscripción por insuficiencia de las facultades representativas de los apoderados de la parte vendedora y consiguiente falta de poder de disposición sobre la finca objeto de la compraventa (arts. 1.259 y 1.714 del Código Civil), por cuanto que: a) El poder en base al que actúan los apoderados de la vendedora no comprende la facultad de revocación de mandas o legados, la cual, por otro lado, responde al carácter de acto personalísimo propio de los actos testamentarios, lo que exige intervención personal y directa del causante (véase art. 869, núm. 2 del Código Civil: «si el testador enajena...» y art. 306 del Código de Sucesiones de Cataluña) o, al menos, la intervención de persona

expresa y especialmente autorizada por aquél a tal fin; y la finca objeto de venta había sido legada como cosa cierta y determinada por doña Soledad Roy Ponsa a su ahijada doña Soledad Aguilar Roy en virtud de la cláusula primera del testamento antes citado. *b)* Por ello, se ha de considerar insuficiente a tal efecto un poder general que incluya en su ámbito «genéricamente» actos de enajenación de inmuebles, cuya interpretación ha de ser rigurosa y estricta, según reiterada jurisprudencia registral, a fin de evitar extralimitaciones en el uso del poder que redunden en perjuicio de los intereses del poderdante o alteren los términos de su voluntad (confróntense Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 19 de junio de 1990, 18 de octubre de 1989, etc.); *c)* La jurisprudencia del Tribunal Supremo, acogiendo la doctrina de los comentaristas, ha sentado la conclusión de que la mera enajenación de la cosa legada no implica por sí la revocación tácita del legado si dicha enajenación no va acompañada de la voluntad revocatoria del testador, cuya voluntad no puede colegirse con certeza en este caso de pretendida revocación tácita de un legado de cosa específica y concreta ordenado en testamento próximo en su fecha al fallecimiento de la testadora, en virtud de un poder general que puede responder a múltiples objetos compatibles con la subsistencia del legado (de hecho fue empleado para la aceptación de una herencia deferida a favor de la ahora causante, según es de ver en la inscripción núm. 1 de la finca 16.592, al folio 190, del tomo 2.674, libro 218, de la sección 1.ª B); Véanse sentencias del Tribunal Supremo de 24 de diciembre de 1880, 28 de octubre de 1930 y 13 de junio de 1994; *d)* Esta corriente jurisprudencial hace rechazar a la doctrina el efecto revocatorio del legado en los casos de enajenaciones forzosas, de vicios del consentimiento en el negocio transmisivo, de insuficiencia del poder, e, incluso para algunos autores en los supuestos de enajenaciones que no hayan sido efectuadas directamente por el propio testador, dado que el artículo 869, número 2 del Código Civil establece como causa de ineficacia del legado la enajenación hecha por el testador («si el testador enajena...», y según el artículo 743 del Código Civil, «serán ineficaces... las disposiciones testamentarias sólo en los casos expresamente prevenidos en este Código»). Así, Albaladejo y Sánchez Calero. *e)* Esta misma corriente jurisprudencial ha sido acogida recientemente por el Código de Sucesiones de Cataluña, consagrando normativamente algunos de los supuestos contemplados por la citada jurisprudencia que desvirtúan la presunta voluntad revocatoria del testador, supuestos basados en el común denominador de la falta de intención del causante de dejar ineficaz el legado (confróntense arts. 129, 306 y 307) y que ha de imponer la misma solución en cualquier otro caso en que concurra la misma *ratio iuris*. *f)* Repárese en que, dada la doble condición de los representantes de la vendedora de apoderados de la misma y herederos suyos, la admisión del efecto revocatorio del legado operado por una enajenación efectuada en base a un poder general produciría un doble efecto: Un beneficio propio para los representantes (al revocarse el legado no se subroga en el mismo el precio por la cosa, cuyo precio estaría destinado a integrar la masa hereditaria), lo que determina una situación de interés contrario a la voluntad expresada por la testadora al ordenar el legado, que se pone especialmente de manifiesto al otorgar una escritura de rectificación cuyo resultado, según se pretende, sería el de consolidar la revocación del legado; y, con ello, un perjuicio para los intereses de la legataria nombrada, quien, no mediando revocación de la disposición testamentaria en que se ordena el legado, adquiere desde la muerte del testador por la mera delación

e *ipso iure* la propiedad de la cosa legada con eficacia real (véanse art. 881 del Código Civil y arts. 265 y 267 del Código de Sucesiones de Cataluña, art. 6, núm. 4 del Código Civil y Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 21 de mayo de 1993, 4 de marzo de 1993 y 20 de septiembre de 1989, entre otras). El defecto se califica de subsanable por ser posible su subsanación mediante presentar escritura de ratificación de la venta o de renuncia al legado por la legataria nombrada. No se toma anotación preventiva de suspensión por defecto subsanable por no haber sido solicitada (art. 65 de la Ley Hipotecaria). Contra la presente nota de calificación se podrá interponer recurso gubernativo ante el excelentísimo señor Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en el plazo y forma determinados en los artículos 112 y siguientes del Reglamento Hipotecario. Barcelona, a 10 de diciembre de 1996. El Registrador. Firmado, Juan María Díaz Fraile.

III. El Notario autorizante de la escritura interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación, y alegó: Que existe una doble calificación. Que cuando el Registrador vuelve a calificar la escritura, una vez subsanada, por los herederos de la transmitente por haber fallecido ésta en el ínterin, parece hacer decaer la eficacia de una compraventa perfecta en el momento en que se otorgó, suspendiéndose la inscripción, sin que el Registrador domine y aclare qué clase de ineficacia afecta al negocio de compraventa, el cual tendrá, según la nota de calificación, vía abierta al Registro con la ratificación o renuncia de la legataria. Que la solución al supuesto de hecho de este recurso exige tener en cuenta que mediante el otorgamiento de un testamento, el testador no ve limitado ni condicionado ni un ápice el poder de disposición que tiene sobre los bienes que forman su patrimonio. Son, por tanto, plenamente válidos todos los actos de disposición o administración que realice después de otorgar el testamento: a) Es válida cualquier tipo de disposición *mortis causa*; b) Igualmente es válido cualquier otro acto *inter vivos* sobre el patrimonio del testador, sea de disposición o administración, sea a título oneroso o gratuito, sea voluntario o forzoso, y, por supuesto, sea ejecutado personalmente o por medio de un representante legal o voluntario. Que no puede ser de otra manera, ya que el testamento sólo surte efectos desde la muerte del testador y, por tanto, sus disposiciones se refieren al caudal relicto en el estado en que se encuentra a la apertura de la sucesión. Que hay que concluir que la escritura calificada es un acto entre vivos perfectamente válido al que ni quita ni pone la existencia de un testamento anterior. Que respondiendo a la calificación del Registrador hay que señalar: I. Que incurre en dos órdenes de confusiones: A) Confunde los conceptos de interpretación estricta e interpretación restrictiva. Que mediante la primera se incluyen en el ámbito de la disposición legal o negocial que ha de ser interpretada sólo aquellos aspectos enunciados en su tenor literal, sin extensión a otros distintos aunque puedan ser conexos (no más pero tampoco nada menos). Mediante la interpretación restrictiva, en cambio, quedan excluidos de la disposición supuestos que aún estando comprendidos en la letra, no son conformes con la finalidad, antecedentes, etcétera, de la disposición, son ejemplos de interpretación restrictiva los preceptos que regulan los retractos o el artículo 1.115 del Código Civil. Que es constante la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, que las facultades concedidas en los poderes son de interpretación estricta, pero nunca ha expresado que los poderes sean de interpretación restrictiva, es decir, que el apoderado ostente menos facultades que las expresadas, y esto es lo que pretende el Registrador recurrido. Esta tesis se

opone a la constante jurisprudencia, y puede verse por todas las sentencias del Tribunal Supremo la de 20 de noviembre de 1989, entre otras. Que la interpretación objetiva o declaracionista en defensa del tercero de buena fe es la sostenida por parte de la doctrina, la cual se impone con mayor rigor tratándose de poderes que constan en escritura pública, cuya copia se exhibe al tercero. Que mera aplicación de esta doctrina es la eficacia del poder aún después de revocado o extinguido, conforme al artículo 1.738 del Código Civil; precepto aplicable sin discusión cuando el apoderado exhibe una escritura pública para justificar el apoderamiento. B) Que paralelamente a lo anterior, el Registrador confunde la subsistencia del «legado-disposición *mortis causa*» con la subsistencia en el patrimonio del causante del «legado-objeto». Se trata de dos conceptos evidentemente distintos. Si la cosa legada no forma parte del patrimonio del testador, el legatario no la adquiere. II. Que la calificación hace patente un empleo fuera de contexto de la jurisprudencia y de la doctrina. Que el Registrador cita en la nota de calificación tres sentencias del Tribunal Supremo (24 de diciembre de 1880, 28 de octubre de 1930 y 13 de junio de 1994) que no tienen nada que ver con el caso que se trata, sino que también llevan a la conclusión contraria a la que defiende en la nota. Que el examen de estas sentencias lleva a la conclusión de que si el testador enajena la cosa legada no siempre se revoca el legado; pero esto no quiere decir, como pretende el Registrador, que el legatario deba ratificar la enajenación para que sea perfectamente eficaz e inscribible en el Registro, sino que el legatario tiene derecho a otra cosa. La doctrina científica concuerda con dicha conclusión, a menos que se lea con un mínimo detenimiento. III. Que la nota del Registrador hace patente cierto exceso de sus funciones calificadoras.

IV. El Registrador de la Propiedad, en defensa de su nota, informó: 1. La cuestión de la doble calificación. Que la nueva calificación que se realiza a raíz de la nueva presentación de la documentación realizada el 24 de julio de 1996, no tiene por base un cambio de criterio jurídico o interpretativo por parte del Registrador, sino la existencia y aportación de nuevos documentos que no pudieron ser examinados en la primera calificación y que ponen de manifiesto una nueva situación jurídica acreedora de una nueva calificación. Que el señor Notario debe tener en cuenta lo establecido en el artículo 108 del Reglamento Hipotecario. 2. La eficacia revocatoria de los legados por los actos de enajenación realizados por el testador, sus requisitos y excepciones. Que las verdaderas cuestiones sujetas a debate en este recurso (véase art. 117 del Reglamento Hipotecario), son básicamente tres: a) la posible eficacia revocatoria de los legados de cosa concreta y determinada de las enajenaciones realizadas por el testador y sus requisitos; b) la interpretación estricta de los poderes y la insuficiencia de facultades en el presente caso, y c) la posible subsanación del defecto mediante ratificación de la compraventa. 2.2. Requisitos de la revocación de los legados mediante actos de enajenación posteriores. Interpretación del artículo 869, número 2 del Código Civil. Que hay que centrarse en el requisito esencial de la voluntariedad de la enajenación hecha por el testador, con referencias a determinados supuestos de enajenaciones inválidas que carecen de eficacia revocatoria. Que los autores y jurisprudencia dicen sobre este punto que únicamente son revocatorias las enajenaciones personales y voluntarias o procedentes de un acto propio y querido por el testador. Que cabe citar las sentencias del Tribunal Supremo de 24 de diciembre de 1880, 28 de octubre de 1930, 29 de septiembre de 1986 y 13 de junio

de 1994. Que hay que añadir: *a)* Que los supuestos de ineficacia de las disposiciones testamentarias han de ser objeto de interpretación estricta, según resulta del artículo 743 del Código Civil, así como del artículo 129 del Código de Sucesiones de Cataluña; *b)* Que el requisito de la personalidad del acto queda implícito en el artículo 869 del Código Civil, y se ha de predicar igualmente en el ámbito del derecho sucesorio catalán (en particular arts. 306 y 307 del Código de Sucesiones de Cataluña). 2.3. La interpretación estricta de los poderes y la insuficiencia de facultades en el presente caso. Que no cabe interpretar las facultades otorgadas en una escritura de poder al margen del conjunto de instituciones jurídicas y disposiciones legales de carácter imperativo que tengan relación por su ámbito de aplicación con el caso concreto que se trate. Que no se puede olvidar que la teoría de la representación está sujeta a ciertos límites que definen su ámbito. Que el poder empleado para realizar la compraventa calificada es un poder general y no especial. Que hay que interpretar de forma estricta las facultades concedidas en los poderes, conforme a la Resolución de 19 de junio de 1990, sentencias del Tribunal Supremo de 3 de noviembre de 1982 y la doctrina científica. 2.4. La posible subsanación del defecto mediante renuncia al legado por parte del legatario o mediante la ratificación de la compraventa. Que los artículos 1.259 y 1.714 del Código Civil, citados en la nota de calificación, tratan del tema de representación sin poder, que son aplicables tanto para los casos de inexistencia de poder, como en el de insuficiencia del mismo para realizar un concreto negocio. Que el instrumento que usa el legislador para estos casos es el de la ratificación de lo hecho por el representante sin poder (art. 1.259.2.º del Código Civil) o la ratificación de la gestión por parte del dueño del negocio (art. 1.892). Que esta posibilidad de ratificación posterior es a la que alude la nota de calificación. Que el contrato celebrado a nombre de otro por quien no tenga autorización o representación legal sea nulo (art. 259.2.º del Código Civil), pero la doctrina discute acerca de si el legislador emplea el término «nulo» en un sentido estricto, o si se refiere a un tipo de ineficacia distinto. Tales variaciones se perciben también en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que ha sentado muy diversos pronunciamientos al respecto (sentencias de 9 de marzo de 1932, de 14 de diciembre de 1940, 7 de julio de 1944 y de 5 de febrero de 1969). Lo que en cualquier caso resulta evidente es que cualquiera que sea la solución por la que se opte en dicha polémica, no se está en ningún caso, ante un acto jurídico plenamente válido que son aquéllos a los que nuestro ordenamiento jurídico (art. 18 de la Ley Hipotecaria) otorga acceso al Registro de la Propiedad. Que en cuanto al tema de ratificación no resulta incompatible con la declaración de ineficacia civil del contrato calificado, constituyendo una *conditio iuris* a la que se subordina el negocio celebrado por el representante sin poder o con poder insuficiente y que admite expresamente el artículo 1.259.2.º del Código Civil, no obstante, haber declarado previamente la sanción de nulidad del contrato. Por último, en cuanto a la posible subsanación del contrato mediante la renuncia al legado por parte del legatario, toda vez que la renuncia opera sus efectos *ex tunc* produciéndose el congruente acrecimiento de la masa hereditaria y deviniendo ineficaz la propia cláusula testamentaria que ordenaba el legado por ministerio de la citada renuncia voluntaria del legatario. Que las objeciones del Notario recurrente se centran en la subsanación mediante ratificación de la compra por parte del legatario. Acerca de ello cabe hacer constar lo siguiente: *a)* Que dicha ratificación sobre contar con el amparo del artículo 1.259.2.º del Código Civil, constituye en

cualquier caso un modo de renuncia del propio legado, por lo que reconduce al supuesto antes visto, debiendo cumplir la exigencia de producirse en instrumento público (art. 1.008 del Código Civil), lo cual es requisito general para el acceso y eficacia registral de cualquier documento que se presente a calificación (art. 3 de la Ley Hipotecaria); *b)* Que, en cualquier caso, ha de señalarse la extrañeza que produce en este informante el repudio del señor Notario a la posible subsanación del defecto a través de la indicada ratificación.

V. El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña revocó la nota del Registrador fundándose en que ninguna prohibición de disponer afectaba al objeto de la compraventa, ni por parte del testador, ni consecuentemente por parte de sus apoderados. De otro lado, ni en interpretación estricta ni en interpretación restrictiva puede llegarse a la conclusión de que en los poderes estaban excluidas aquellas facultades de disposición; ni, finalmente, existe disposición legal alguna que determine de modo expreso o implícito que para la disposición de un bien objeto del legado se requieren poderes especiales cuando aquello se realiza bajo forma de representación.

VI. El Registrador apeló el auto presidencial, manteniéndose en las alegaciones contenidas en su informe.

Fundamentos de Derecho.—Vistos los artículos 1.258, 1.259 y 1.445 del Código Civil y 18 de la Ley Hipotecaria.

1. Son hechos relevantes para la resolución del presente recurso los siguientes: *a)* con fecha 10 de junio de 1995, doña Soledad R. P. otorga testamento legando a una ahijada una vivienda; *b)* con fecha 27 de diciembre siguiente, otorga poder a favor de sus parientes don Francisco y don Ignasi C. R., que les faculta con carácter mancomunado para vender toda clase de bienes; *c)* con fecha 25 de enero de 1996, los citados apoderados venden la finca legada; *d)* el 14 de marzo siguiente fallece la testadora y poderdante; *e)* ante la existencia de ciertos defectos en la escritura de venta, don Francisco y don Ignasi, en su doble cualidad de herederos y apoderados de doña Soledad, otorgan una escritura complementaria de la anterior de venta, subsanando los defectos; *f)* el Registrador suspende la inscripción por falta de consentimiento de la legataria, estimando que existe insuficiencia del poder, ya que la venta tiene como consecuencia la revocación de un legado, que es un acto personalísimo y, además, produce como consecuencia un beneficio propio para los apoderados que acarrea una situación contraria a la voluntad de la testadora.

2. Sin prejuzgar las consecuencias que los hechos expresados puedan producir en la eficacia del legado, es lo cierto que las mismas no pueden afectar a la adquisición cuestionada, tanto por la necesaria protección de quienes de buena fe —y ésta se presume siempre— confiaron en la apariencia de un poder vigente (confróntense arts. 1.738 y 434 del Código Civil), como porque la existencia de un testamento anterior, en modo alguno limita, en vida del testador, el alcance y eficacia de los poderes por él otorgados, ya sean generales para disponer, o limitados a la disposición del concreto bien legado; así se infiere de la propia naturaleza del testamento, en cuanto acto de última voluntad, que sólo alcanza eficacia a la muerte del testador, y que no limita la facultad del testador para su revocación (art. 739 del Código Civil), ni, consiguientemente, menoscaba sus actos de disposición *inter vivos* —ya realizados personalmente, ya por medio de apoderado— de los que puede resultar la ineficacia, total o par-

cial de la disposición testamentaria. El eventual beneficio de los apoderados escapa a la calificación registral, y nada impide que judicialmente puedan alcanzarse las consecuencias de los hechos expuestos.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso interpuesto, confirmando el auto presidencial.

Madrid 16 de marzo de 2000.—El Director general, *Luis María Cabello de los Cobos y Mancha*.

Excmo. Sr. Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

COMENTARIO

SUMARIO: I. EL SUPUESTO DE HECHO Y LA CUESTION DEBATIDA.—II. LA CALIFICACION DEL REGISTRADOR.—III. EL CRITERIO DE LA DIRECCION GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO Y SU ARGUMENTACION.—IV. COMENTARIOS: 1. REQUISITOS DE LA REVOCACIÓN DE LEGADOS MEDIANTE ACTOS DE ENAJENACIÓN POSTERIORES. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 869, NÚMERO 2, DEL CÓDIGO CIVIL: A) *Evolucion histórica*. B) *Los requisitos de la eficacia revocatoria*. 2. LA INTERPRETACIÓN Estricta DE LOS PODERES Y LA INSUFICIENCIA DE FACULTADES CONFERIDAS MEDIANTE PODER GENERAL PARA VENDER INMUEBLES PREVIAMENTE LEGADOS. LA NECESIDAD DE PODER ESPECIAL. 3. EL TIPO DE INEFICACIA DEL NEGOCIO TRANSMISIVO CELEBRADO MEDIANTE PODER GENERAL RESPECTO DE COSA PREVIAMENTE LEGADA POR EL PODERDANTE. POSIBLE CONVALIDACIÓN DEL NEGOCIO MEDIANTE LA RENUNCIA AL LEGADO POR EL LEGATARIO UNA VEZ ABIERTA LA SUCESIÓN. 4. LA POSICIÓN DEL TERCERO QUE CONTRATA CON EL «FALSUS PROCURATOR». LOS REQUISITOS Y LÍMITES DEL PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURÍDICA. 5. EL ALCANCE DE LA CALIFICACIÓN EN MATERIA DE DOCUMENTOS NOTARIALES EN CASOS DE FRAUDE DE LEY.

I. EL SUPUESTO DE HECHO Y LA CUESTION DEBATIDA

La cuestión objeto de examen por parte de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 16 de marzo de 2000, presentaba los siguientes antecedentes de hecho relevantes, que resume la propia Resolución:

- a) con fecha 10 de junio de 1995, doña Soledad R. P. otorga testamento legando a una ahijada una vivienda;
- b) con fecha 27 de diciembre siguiente otorga poder general a favor de sus parientes don Francisco y don Ignasi C. R., que les faculta con carácter mancomunado para vender toda clase de bienes;
- c) con fecha 25 de enero de 1996, los citados apoderados venden la finca legada a cierta sociedad en formación constituida el inmediato anterior 16 de enero, todavía no inscrita en la fecha del otorgamiento de la escritura de venta;
- d) el 14 de marzo siguiente fallece la testadora y poderdante;
- e) ante la existencia de ciertos defectos en la escritura de venta, don Francisco y don Ignasi, en su doble cualidad de apoderados y herederos de doña

Soledad (acreditando este último extremo mediante aportar copia del testamento en que se contiene la institución de herederos a su favor y la ordenación del antes referido legado a favor de la ahijada de la causante), otorgan una escritura complementaria de la anterior de venta, subsanando los defectos;

f) el Registrador, apercibido del contenido del citado testamento aportado junto con la segunda escritura complementaria, suspende la inscripción de la venta por falta de consentimiento de la legataria, estimando que existe insuficiencia del poder, ya que la venta tiene como consecuencia la revocación de un legado, que es acto personalísimo y, además, produce como consecuencia un beneficio propio para los apoderados que acarrea una situación contraria a la voluntad de la testadora, generando un conflicto de intereses que determina la aplicabilidad de los criterios legales prohibitivos de la autocontratación.

Es, pues, objeto de debate en esta Resolución una cuestión que implica el estudio de la institución civil del legado de cosa concreta y determinada, sus posibles causas de revocación, en particular a través de su enajenación, la delimitación de la suficiencia de poderes para enajenar bienes previamente legados y, finalmente, el ámbito de la calificación registral de tales situaciones.

Es tesis central de este comentario, que ya avanzamos, en contra del criterio sostenido por la Resolución de 16 de marzo de 2000, la de entender que la enajenación de cosa legada mediante apoderado, requiere el otorgamiento de poder especial al efecto, de forma que siendo el poder meramente general, la enajenación no determinará la consecuencia de la revocación del legado y la paralela eficacia de la venta celebrada, sino que el legado mantendría su propia vigencia y eficacia por no cumplirse el presupuesto en que basa el efecto revocatorio el artículo 869.2 del Código Civil, que no es otro que el de la voluntad presunta o tácita del testador de dejar sin efecto la manda.

En definitiva, las verdaderas cuestiones sujetas a debate en este estudio, debidamente sistematizadas, son básicamente tres: *a)* la posible eficacia revocatoria de los legados de cosa concreta y determinada de las enajenaciones realizadas por el testador y sus requisitos; *b)* la interpretación estricta de los poderes, y la insuficiencia de facultades de los poderes generales para la venta de cosa legada; *c)* la posible subsanación de la falta de eficacia de la venta de cosa legada hecha por apoderado general mediante renuncia al legado por parte del legatario directamente o mediante ratificación de la compraventa; y, por último, la interpretación de tales situaciones por los Registradores de la Propiedad al calificar las escrituras en que se hayan documentado tales transmisiones.

II. LA CALIFICACION DEL REGISTRADOR (1)

La calificación antes sintetizada se desarrolló en los siguientes términos literales:

«Presentado el precedente documento, en unión de escritura de rectificación autorizada por el Notario don ..., de fecha 16 de julio de 1996, así como

(1) Autor del presente estudio.

de copia auténtica del testamento otorgado el día 10 de junio de 1995, ante el Notario don ..., por doña Soledad R. P., titular registral de la finca transmitida, y del certificado del Registro de Últimas Voluntades y de defunción de la misma, y tras su examen y calificación conjunta (arts. 18 de la Ley Hipotecaria, 117 del Reglamento Hipotecario y Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 31 de marzo de 1950, entre otras), se suspende su inscripción por insuficiencia de las facultades representativas de los apoderados de la parte vendedora y consiguiente falta de poder de disposición sobre la finca objeto de la compraventa (arts. 1.259 y 1.714 del Código Civil), por cuanto que:

a) el poder en base al que actúan los apoderados de la vendedora no comprende la facultad de revocación de mandas o legados, la cual, por otro lado, responde al carácter de acto personalísimo propio de los actos testamentarios, lo que exige intervención personal y directa del causante (véase art. 869, núm. 2 del Código Civil: «si el testador enajena...» y art. 306 del Código de Sucesiones de Cataluña) o, al menos, la intervención de persona expresa y especialmente autorizada por aquél a tal fin; y la finca objeto de venta había sido legada como cosa cierta y determinada por doña Soledad R. P. a su ahijada doña Soledad A. R., en virtud de la cláusula primera del testamento antes citado;

b) por ello, se ha de considerar insuficiente, a tal efecto, un poder general que incluya en su ámbito «genéricamente» actos de enajenación de inmuebles, cuya interpretación ha de ser rigurosa y estricta, según reiterada jurisprudencia registral, a fin de evitar extralimitaciones en el uso del poder que redunden en perjuicio de los intereses del poderdante o alteren los términos de su voluntad (confróntense Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 19 de junio de 1990, 18 de octubre de 1989, etc.);

c) la jurisprudencia del Tribunal Supremo, acogiendo la doctrina de los comentaristas, ha sentado la conclusión de que la mera enajenación de la cosa legada no implica por sí la revocación tácita del legado si dicha enajenación no va acompañada de la voluntad revocatoria del testador, cuya voluntad no puede colegirse con certeza en este caso de pretendida revocación tácita de un legado de cosa específica y concreta ordenado en testamento próximo en su fecha al fallecimiento de la testadora, en virtud de un poder general que puede responder a múltiples objetos compatibles con la subsistencia del legado (de hecho fue empleado para la aceptación de una herencia deferida a favor de la ahora causante). Véanse sentencias del Tribunal Supremo de 24 de diciembre de 1880, 28 de octubre de 1930 y 13 de junio de 1994;

d) esta corriente jurisprudencial hace rechazar a la doctrina el efecto revocatorio del legado en los casos de enajenaciones forzosas, de vicios del consentimiento en el negocio transmissivo, de insuficiencia de poder, e, incluso para algunos autores, en los supuestos de enajenaciones que no hayan sido efectuadas directamente por el propio testador, dado que el artículo 869 número 2 Código Civil establece como causa de ineficacia del legado la enajenación hecha por el testador («si el testador enajena...»), y según el artículo 743 del Código Civil, «serán ineficaces... las disposiciones testamentarias sólo en los casos expresamente prevenidos en este Código»). Así, ALBALADEJO Y SÁNCHEZ CALERO;

e) esta misma corriente jurisprudencial ha sido acogida recientemente por el Código de Sucesiones de Cataluña, consagrando normativamente algu-

nos de los supuestos contemplados por la citada jurisprudencia que desvirtúan la presunta voluntad revocatoria del testador, supuestos basados en el común denominador de la falta de intención del causante de dejar ineficaz el legado (confróntense arts. 129, 306 y 307) y que ha de imponer la misma solución en cualquier otro caso en que concurra la misma *ratio iuris*;

f) repárese en que, dada la doble condición de los representantes de la vendedora de apoderados de la misma y herederos suyos, la admisión del efecto revocatorio del legado operado por una enajenación efectuada en base a un poder general produciría un doble efecto: un beneficio propio para los representantes (al revocarse el legado no se subroga en el mismo el precio por la cosa, cuyo precio estaría destinado a integrar la masa hereditaria), lo que determina una situación de interés contrario a la voluntad expresada por la testadora al ordenar el legado, que se pone especialmente de manifiesto al otorgar una escritura de rectificación cuyo resultado, según se pretende, sería el de consolidar la revocación del legado; y, con ello, un perjuicio para los intereses de la legataria nombrada, quien, no mediando revocación de la disposición testamentaria en que se ordena el legado, adquiere desde la muerte del testador por la mera delación *e ipso iure* la propiedad de la cosa legada con eficacia real (véanse art. 881 del Código Civil y arts. 265 y 267 del Código de Sucesiones de Cataluña, art. 6 núm. 4 del Código Civil y Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 21 de mayo de 1993, 4 de marzo de 1993 y 20 de septiembre de 1989, entre otras). El defecto se califica de subsanable por ser posible su subsanación mediante presentar escritura de ratificación de la venta o de renuncia al legado por la legataria nombrada».

III. EL CRITERIO DE LA DIRECCION GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO Y SU ARGUMENTACION

La Dirección General de los Registros y del Notariado en su Resolución de 16 de marzo de 2000, si bien deja a salvo las consecuencias que «judicialmente puedan alcanzarse de los hechos expuestos», revoca la calificación hecha por el Registrador en base a la siguiente argumentación:

«Sin prejuzgar las consecuencias que los hechos expresados puedan producir en la eficacia del legado, es lo cierto que las mismas no pueden afectar a la adquisición cuestionada, tanto por la necesaria protección de quienes de buena fe —y ésta se presume siempre— confiaron en la apariencia de un poder vigente (confróntense arts. 1.738 y 434 del Código Civil), como porque la existencia de un testamento anterior, en modo alguno limita, en vida del testador, el alcance y eficacia de los poderes por él otorgados, ya sean generales para disponer, o limitados a la disposición del concreto bien legado; así se infiere de la propia naturaleza del testamento, en cuanto acto de última voluntad, que sólo alcanza eficacia a la muerte del testador, y que no limita la facultad del testador para su revocación (art. 739 del Código Civil), ni, consiguientemente, menoscaba sus actos de disposición *inter vivos* —ya realizados personalmente, ya por medio de apoderado— de los que pueda resultar la ineficacia, total o parcial de la disposición testamentaria». Tras lo cual concluye afirmando el Centro Directivo que, «el eventual beneficio de los

apoderados escapa a la calificación registral, y nada impide que judicialmente puedan alcanzarse las consecuencias de los hechos expuestos».

Cuatro son los aspectos fundamentales de esta argumentación en los que se centra nuestra discrepancia con la citada Resolución, por entender que carecen del suficiente apoyo lógico y jurídico:

1.º dado que el centro neurálgico de la calificación registral recurrida estriba en la tesis de que no cabe reconocer eficacia revocatoria (ni en cualquier otro sentido modificatoria) de un legado, ordenado mediante disposición testamentaria, al otorgamiento de un acto dispositivo realizado en base a un poder general sobre la misma cosa legada, resulta improcedente no entrar a juzgar «las consecuencias que los hechos expresados [antecedentes de la Resolución] puedan producir en la eficacia del legado». Con esta actitud elusiva de la citada cuestión se falta a la obligada congruencia del fallo o resolución del caso, pues se obvia el pronunciamiento sobre la cuestión fundamental del asunto planteado;

2.º no se discute, por así impetrarlo la seguridad del tráfico, la necesaria protección de quienes de buena fe confiaron en la apariencia de un poder vigente, ni que la buena fe se presuma, pero claro es que tal presunción legal de buena fe simplemente dispensa de su prueba al favorecido por la misma, pero no impiden la apreciación de elementos probatorios contrarios a ella, pues se trata de una mera presunción *iuris tantum* y no *iuris et de iure*, ya que para que este segundo supuesto se dé, la Ley concreta aplicable debe imponer una prohibición en orden a impedir la destrucción de la presunción mediante prueba en contrario (cfr. arts. 1.250 y 1.251 del Código Civil), prohibición que en este caso no se da (cfr. arts. 1.738 y 434 del Código Civil);

3.º tampoco se discute que el testamento, como acto de última voluntad, no limite la facultad del testador para su revocación, ni impida que ésta pueda tener lugar mediante la realización de actos dispositivos *inter vivos* realizados por el propio testador. Por tanto, esta afirmación de la Resolución comentada está fuera de contexto, pues, así procediendo, vuelve a faltar a la congruencia obligada la Resolución que, tratando de refutar una tesis, afirma lo que antes nadie había negado. Claramente la calificación registral recurrida había centrado su objeción en la imposibilidad jurídica de que la revocación tácita de la disposición testamentaria en que se ordenaba el legado tuviera lugar mediante acto dispositivo otorgado en nombre del testador por un apoderado general, pues es tesis esencial en que se basa la calificación que tal eficacia revocatoria sólo puede ser anudada a un acto personalísimo del testador (por sí o por un tercero con mandato especial —no general—), tesis que la Resolución aquí comentada y combatida no alcanza a refutar, ni siquiera en grado de tentativa, pues sencillamente no analiza este último y fundamental aspecto de la cuestión;

4.º finalmente, la afirmación de que «el eventual beneficio de los apoderados escapa a la calificación registral», no precisa las razones que abonen su fundamentación, y en cierto sentido supone una delimitación incorrecta de la cuestión planteada, pues ningún beneficio, no siendo antijurídico, debe erigirse en obstáculo a la inscripción registral del negocio jurídico del que traiga causa. Y es que, ciertamente, no es *per se* el beneficio eventualmente obtenido por los poderdantes y herederos cuya expectativa sobre el caudal relicto se ve acrecida por la contraprestación pecuniaria abonada por la venta del bien

antes legado y después, en base a un poder general, por los mismos vendido, sino la situación de contraposición de intereses o yuxtaposición de intereses controvertidos entre sí que se produce en la persona de los herederos y apoderados, lo que empaña la imparcialidad y neutralidad de intereses que debe presidir la actuación de todo apoderado, y cuya violentación debe ser evitada en una interpretación recta y atenta a la justificación y finalidad de las normas que imponen la proscripción de la autocontratación en nuestro Ordenamiento jurídico.

Veremos detalladamente cada uno de estos aspectos a continuación.

IV. COMENTARIOS

Principiaremos nuestros comentarios analizando la esencia de la cuestión planteada, esto es, los requisitos de la revocación de legados mediante la realización de actos de enajenación posteriores, prestando especial atención a la interpretación del artículo 869, número 2 del Código Civil.

1. REQUISITOS DE LA REVOCACIÓN DE LEGADOS MEDIANTE ACTOS DE ENAJENACIÓN POSTERIORES. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 869, NÚMERO 2 DEL CÓDIGO CIVIL

Hagamos un breve repaso de la evolución histórica en la materia.

A) *Evolución histórica*

Hoy es causa de ineficacia del legado el hecho de que en el período de la *vacatio testamenti* el testador transmita el objeto del legado en los términos del artículo 869.2.º del Código Civil. Hay, pues, revocación cuando un legado, válido y objetivamente eficaz, pierde su valor por no subsistir la voluntad de quien lo dispuso manifestada implícitamente en la enajenación de la cosa legada.

Este supuesto de revocación tácita tiene ascendencia romana, en donde fue conocido y regulado, según han dejado acreditado romanistas como GAYO, BIONDI O GANGI (2).

Brevemente, se pueden señalar como grandes hitos en la evolución histórica de esta figura, a partir del Derecho romano justiniano, los siguientes:

— En el Derecho justiniano se consideraba que el legado *iure civili* mantiene su eficacia, admitiendo sólo la revocación expresa y concediendo la *exceptio doli quasi contra voluntatem defuncti petat*, y excluyendo la convalidación. Según esta doctrina, la enajenación voluntaria de la cosa legada supone revocación, pero no *ipso iure*, por lo que la *exceptio* debe suponerse en diversas decisiones: la donación de la cosa legada extingue el legado. BIONDI afirma, para este período, que sostener que la enajenación conlleve siempre revoca-

(2) Hace un brillante estudio de las aportaciones de estos romanistas, FÉLIX HERNÁNDEZ GIL, a quien sigo en este punto, publicado en la revista *La Ley*, vol. 1, 1981, págs. 1006 a 1013.

ción automática es tan excesivo como lo opuesto. En general, puede concluirse que la revocación del legado no es la consecuencia legal y absoluta de la enajenación, y que se ha de hacer valer a través de la *exceptio doli*, que se concede caso por caso; la enajenación supone revocación, no por sí misma, sino en cuanto hace desaparecer en el caso concreto la voluntad del disponente.

La principal discusión sobre el tema entre los romanistas se centra en si cualquier enajenación supone revocación del legado o si sólo se produce la revocación tácita con la enajenación cuando el disponente tuviera el *animus adimendi* o intención de revocar. La jurisprudencia, extractada por BIONDI, está lejos de afirmaciones absolutas en uno u otro sentido, propendiéndose, en opinión del citado autor, a la discriminación y al análisis. Así concluye que la enajenación hecha *necesitate urgente* no supone revocación. Por el contrario, la donación de la cosa legada implica revocación.

Dado que la enajenación conduce a la revocación por vía de *exceptio*, el legatario de la cosa enajenada debía probar sólo la existencia y validez del legado. Era el heredero quien oponiendo la *exceptio doli*, debía demostrar que la enajenación supuso revocación. De aquí deriva la presunción de eficacia del legado, salvo prueba de la revocación.

— En nuestro Derecho histórico también se dio cabida a la revocación implícita o nuda voluntate (tácita *ademptio* del Derecho romano).

Así, en el Fuero Real (3,5,2), el legado quedaba sin efecto, cuando el testador, después de hacerlo, enajenaba por cualquier título la cosa legada.

— Las Partidas cambiaron esta doctrina y distinguieron según que el acto de enajenación fuera a título oneroso o a título gratuito. La enajenación a título gratuito realizada por el testador de la cosa legada, indicaba cambio de voluntad y revocación del legado, pero la enajenación de la misma cosa por título oneroso debía entenderse que respondía más bien a la existencia de una necesidad por falta de recursos y no a la voluntad de revocar, a no ser que pudiese probarse lo contrario.

— El proyecto de Código Civil de 1851 no entra en distinciones, estableciendo la revocación del legado en todos los casos de enajenación, partiendo de la necesaria existencia real y cierta de una voluntad revocatoria (art. 685), que actúa a modo de condición del efecto revocatorio indicado.

— Con ello, llegamos hasta el vigente Código Civil, cuyo artículo 869.2.º dispone que «el legado quedará sin efecto si el testador enajenaba, por cualquier título o causa, la cosa legada o parte de ella, entendiéndose en este último caso que el legado queda sólo sin efecto respecto de la parte enajenada. Si después de la enajenación volviera la cosa al dominio del testador, aunque sea por la nulidad del contrato, no tendrá, después de este hecho, fuerza el legado, salvo el caso en que la readquisición se verifique por pacto de retroventa». Cuyo artículo es el que en el presente caso se somete a interpretación, de la que resultará, como se verá, que el efecto revocatorio no está dotado de automatismo, sino que se liga exclusivamente a aquellos casos en que exista una real y verdadera voluntad del testador de producir la revocación y dejar sin efecto el legado.

Como se puede observar en la reseña histórica de esta materia, existe una evolución con distintas etapas y matices, que no permiten concluir afirmando la existencia de una oposición total, entre nuestro Derecho histórico anterior al Código Civil y la regulación de este último, ya que en todo caso, y al margen de la evolución experimentada en el ámbito de las presunciones y en el juego

de las acciones y excepciones, existe el denominador común de no generar un efecto revocatorio automático por el hecho de la enajenación, sino por la existencia de una voluntad *adimendi*, y cuyo efecto revocatorio está sometido en la actualidad a los siguientes requisitos y límites que paso a examinar.

B) *Los requisitos de la eficacia revocatoria*

Al margen de otros requisitos señalados por la doctrina que carecen de interés a nuestros efectos, por no mediar discusión alguna sobre ellos, como los relativos al concepto y extensión de la enajenación o el relativo a la aplicación exclusiva del artículo 869.2.º a los legados de especie o cualidad, como lo es el legado de cosa específica y determinada, nos centraremos en el requisito esencial de la voluntariedad de la enajenación hecha por el testador, con referencias a determinados supuestos de enajenaciones inválidas que carecen de eficacia revocatoria.

Dicen sobre este punto los autores y la jurisprudencia de forma concluyente que únicamente son revocatorias las enajenaciones personales y voluntarias o procedentes de un acto propio y querido por el testador.

El requisito de la personalidad del acto, dice FÉLIX HERNÁNDEZ GIL (3), está implícito en la frase con que se inicia el artículo 869.2.º: «si el testador enajenada». Puesto que tan sólo la voluntariedad en la enajenación fundamenta la presunción de revocación, las transmisiones de la propiedad de la cosa legada realizadas sin la voluntad del titular no son revocatorias; de este carácter carecerán las enajenaciones impuestas (expropiación por cualquiera de las causas que la Ley prevé) y las enajenaciones forzadas (enajenación a través de cualquiera de los procesos de ejecución regulados en la Ley de Enjuiciamiento Civil). En general, si sólo revoca el legado la enajenación voluntaria, deben excluirse del artículo 869.2.º todas las situaciones que producen una transmisión de propiedad al margen de la voluntad del testador.

No se exige, sin embargo, que la enajenación se realice a través de un acto personalísimo del testador, puesto que no se excluye toda forma de representación en la manifestación de la voluntad de aquél, pero para que la enajenación llevada a cabo por representante voluntario sea eficaz para revocar el legado, **se exige en todo caso que el testador hubiere facultado para transmitir la concreta cosa objeto del legado.** Si la enajenación se produce sin un consentimiento expreso y específico, la revocación no tiene lugar. Por tanto, no hay revocación si se ha dejado al representante la facultad de escoger entre varios el objeto de la enajenación, ni en general cuando la representación provenga de un poder general que faculte para actuar sobre cualesquiera bienes o derechos del conjunto del patrimonio del testador. En definitiva, se precisa actuar mediante poder especial.

Este principio básico de la voluntariedad, que entronca con el principio básico en materia sucesoria de primar por encima de las demás la voluntad del testador, haciendo de ella la Ley de la sucesión, y que enlaza asimismo con el carácter personalísimo de los actos testamentarios, sirve igualmente para guiar a los autores en la interpretación de los supuestos en que, no obstante la nulidad de la enajenación, persiste el efecto revocatorio.

(3) HERNÁNDEZ GIL, FÉLIX, en *opus cit.*, pág. 1010.

Partiendo de la idea de que es esencial a la revocación la real y demostraba voluntad de enajenar y no el resultado práctico de la enajenación, dice ALBALADEJO (4) que es revocatoria toda enajenación hecha personal y voluntariamente por el testador, incluso la inválida —salvo que la invalidez proceda de carencia de una voluntad de enajenar verdadera y libre—, y, por tanto, aunque no sea eficaz legalmente para enajenar. Así, en particular, las enajenaciones anulables por causa no circunscrita a los vicios del consentimiento, puede llegar a revocar el legado, pero no hay presunción de revocación en enajenaciones anulables por vicios del consentimiento. De otra parte, cuando la enajenación adolece de nulidad absoluta, la presunción de revocación puede subsistir cuando la ineficacia se haya originado por causas que no eliminen la voluntad, como en caso de afectar el motivo de la nulidad a la forma o a la causa del contrato o cuando supongan infracción de prohibición legal (cfr. art. 6, núm. 3 del Código Civil).

En definitiva, el *animus adimendi* no existirá en supuestos impositivos de una libre y efectiva voluntad por parte del testador, es decir, en los supuestos de enajenaciones forzosas, de vicios del consentimiento en negocio transmissivo, en los supuestos de insuficiencia de poder o defectos en la representación, y en general en cualquier otro supuesto de falta de una real y efectiva voluntad en el enajenante al concluir el negocio, como sucedería en los supuestos de enajenación absolutamente simulada.

De la misma forma, concluye nuestra mejor doctrina que, en base al mismo principio de la voluntariedad, en los supuestos de enajenaciones bajo condición sucesiva sólo hay voluntad de enajenar si se realiza en evento que actúa como condición, y, por consiguiente, sólo se producirá el efecto revocatorio, para el caso y momento de que se cumpla la condición.

La cita de los **autores que han sostenido estos criterios**, sería muy extensa. Vagan como botón de muestra las siguientes citas:

1.º) ALBALADEJO (5): «para que sea posible estimar la voluntad revocatoria, la enajenación debe de proceder del testador (que deba proceder de él lo dice literalmente el artículo: “si el testador enajenaba...”) personalmente —el subrayado es del autor citado—, según lo expuesto al hablar de la transformación. No es revocatoria, pues, ni la enajenación que procede de tercero (como si el poder de disponer de la cosa no correspondía a su dueño, el testador, y quien lo tiene decide enajenarla), ni la que lleva a cabo el representante legal o el voluntario (salvo cuando enajenó por instrucciones recibidas de enajenar la cosa legada) ni la que el testador se ve obligado a soportar (como si la cosa legada le fue expropiada, o se hipotecó, e impagada la obligación asegurada, aquella es enajenada en la ejecución hipotecaria, o los acreedores del testador promueven su venta para cobro de sus créditos), ni si la pierde porque alguien la usucape o la adquiera a non dominio, etcétera».

2.º) Llegó YAGÜE (6): «Asimismo, de la misma forma que concluíamos en el apartado primero que la transformación tenía que circunscribirse a la persona del testador, en el caso de la enajenación, ésta ha de provenir exclusivamente del testador. Ahora bien, habría asimismo revocación, si enajena un tercero el bien,

(4) ALBALADEJO GARCÍA, MANUEL, en su obra *Comentarios al Código Civil*, en el comentario al artículo 869, págs. 133 a 171.

(5) ALBALADEJO, *opus cit.*, pág. 146.

(6) LLEDÓ YAGÜE, FRANCISCO, *Derecho de Sucesiones*, vol. II, pág. 586.

a la sazón legado, sin mandato del dueño, pero éste ratifica después (arts. 1.259, 1.892, especialmente). Es decir, tiene que manifestarse una voluntariedad iure propio en la enajenación que lleve a cabo el testador. Es decir, un deseo de desprenderse del bien, sin que exista animus revertendi. Así, no habría revocación en una enajenación judicial, por no ser voluntaria, el legado subsiste (sentencia de 24 de diciembre de 1880)».

3.º) HERNÁNDEZ GIL, FÉLIX (7): «Si la enajenación se ha producido sin el consentimiento, la revocación no tiene lugar; tampoco si se ha dejado al representante la facultad de escoger entre varios el objeto de la enajenación.

4.º) LACRUZ BERDEJO (8): «También se funda en la presunta voluntad del causante el apartado segundo del artículo 869. A la enajenación con pacto de retro debe asimilarse la hecha bajo término o condición resolutorios. La condición suspensiva, en tanto en cuanto no haya vencido, no supone inequívocamente la voluntad de revocar... tampoco supone revocación, pese a la letra del citado artículo 869.2.º, la nulidad de la enajenación por vicio o defecto en la voluntad de enajenar».

En cuanto a la **jurisprudencia**, mantiene una línea paralela a la de los autores. Así, cabe citar las siguientes sentencias del Tribunal Supremo, todas ellas en el sentido de rechazar la revocación automática del legado por la enajenación de la finca en ausencia del principio de voluntariedad del testador:

1.º) La sentencia de 24 de diciembre de 1880, antes del Código Civil, afirmó que no era revocatoria la enajenación de la cosa legada efectuada en ejecución de una hipoteca, precisamente porque la enajenación judicial no es de carácter voluntaria, considerando que entonces el legado se convierte en legado de cosa ajena.

2.º) La sentencia de 28 de octubre de 1930 declaró que el legado de cierto solar, que había sido posteriormente permutado por otro distinto por el testador, no había sido revocado, pues no mediaba voluntad revocatoria por parte del testador, sino la voluntad de transformar o subrogar el objeto del legado.

3.º) En la sentencia de 29 de septiembre de 1986, se discute en torno a la subsistencia o revocación de un legado de cosa específica, en particular una finca rústica, que los herederos de la testadora consideraban ineficaz por revocación tácita en virtud de haber sido objeto de concentración parcelaria, en la que tuvo lugar la aportación al expediente de la concreta finca legada a cambio de las correspondientes fincas de reemplazo. El Tribunal Supremo descarta la posible revocación del legado y sostiene su eficacia. Así razona el Alto Tribunal, que «expresada la voluntad mortis causa en testamento válido, no puede quedar la misma sin efecto como no hayan sobrevenido, o la revocación de éste en forma expresa y legal o el otorgamiento de otro testamento de contenido incompatible o contrario al del antecedente, o si se da el caso de la revocación real (por destrucción material del testamento)... La última voluntad no afectada por alguna de esas modalidades de ineficacia sobrevenida, perdura fuera de ellas en cuanto tal expresión... de última voluntad: cuestión distinguible

(7) HERNÁNDEZ GIL, FÉLIX, *opus cit.*, págs. 1010 y 1011.

(8) LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS, *Derecho de Sucesiones*, Edit. Bosch, 1981, pág. 305.

de las de si su cumplimiento ha devenido imposible y de la manera como haya de dársele la siempre debida efectividad. La subsistencia del legado sobre las fincas de reemplazo debe ser examinado en presencia del principio de que la concentración parcelaria aspira a dar satisfacción a la finalidad social, lo que es propio de todo ordenamiento de reforma, dejando inalterado, en lo posible, respetando la equidad y la autonomía privada, el estado de derecho existente y en el cual se incide sólo en aquella medida que resulte estrictamente precisa para lograr la finalidad social. Deben, por ello, permanecer inalterados los elementos subjetivos siempre que se logre, no obstante ello, la reforma estructural de la propiedad rústica... a ello obedece el que la parcela de reemplazo sea el objeto en que reaparecen los derechos de dominio y los demás derechos reales y situaciones jurídicas que tuvieron por base las fincas sujetas a concentración y que —según enfáticamente se asegura—, pasarán a recaer, inalterados, sobre aquella parcela de reemplazo, según se establece en el artículo 65 de la Ley de concentración parcelaria».

De nuevo vemos cómo el Tribunal Supremo rechaza el efecto revocatorio y propone, en este caso, la solución de la conversión del objeto del legado que pasa a recaer sobre las fincas de reemplazo, como consecuencia de la aplicación imperativa de una Ley especial de concentración parcelaria que responde a una concreta finalidad social. Y es que, ciertamente, cabe admitir por vía de excepción la posibilidad de que se den simultáneamente una declaración de eficacia de una transmisión y al tiempo la afirmación de la eficacia del legado de la cosa transmitida, respecto de lo que hay que recordar que dicha transformación del objeto legado, subrogando una cosa en el lugar de otra, ha de provenir —y por los mismos fundamentos que en el caso de la enajenación voluntaria— de una real y efectiva voluntad del testador, o bien de un supuesto de subrogación forzosa impuesta en aplicación de leyes imperativas al propio testador, como en los casos de concentración parcelaria, expropiación forzosa o de una eventual ejecución hipotecaria sobre el bien legado.

4.º) Por último, la sentencia de 13 de junio de 1994 es ciertamente concluyente al declarar que, «La doctrina cuando estudia el precepto (art. 869 del Código Civil) es unánime al establecer una primera conclusión: es imprescindible que la enajenación o transformación de la cosa se produzca voluntariamente por el testador (o por representante autorizado —es decir, según hemos visto, aquél que ostente un poder especial— o por tercero sin poder, pero cuya actuación haya sido ratificada por el propietario —como puede observarse, añadimos, la posible ratificación aludida en su nota por el Registrador no resulta ser idea tan incongruente). Que lo decisivo para entender que queda sin efecto un legado... es la voluntad tácita... del testador expresada por medio de una transformación o enajenación de la cosa, se desprende incluso del propio texto del artículo. Una segunda conclusión también generalmente admitida por la doctrina —sigue diciendo el Tribunal— es la que afirma que las enajenaciones de carácter forzoso, como hechos independientes de la voluntad del testador, no pueden tener carácter revocatorio porque les falta el elemento intelectual en que basar la presunción de que el causante quiso revocar el legado. Ejemplo característico de enajenación forzosa que no extingue el legado es la expropiación forzosa. No empece la intervención del donante en el trámite de justiprecio de la expropiación porque colaborar y no discutir el hecho irremediable de una expropiación no puede equipararse a la enajenación voluntaria». Tras cuyas argumentaciones, el Tribunal Supremo termina desestimando la casación que se interpuso por infracción del artículo 869 del Código Civil, al entender los recurrentes

que dicho precepto establece una revocación automática del legado en todo caso de transmisión, y ello en base al argumento inmutable de que dicha enajenación para producir tal efecto revocatorio debe responder a una voluntad real y efectiva del testador.

Antes de concluir este apartado, es preciso subrayar una última idea básica y esencial:

— Los supuestos de ineficacia de las disposiciones testamentarias han de ser objeto de interpretación estricta, según resulta del artículo 743 del Código Civil (*«serán ineficaces en todo o en parte las disposiciones testamentarias, sólo en los casos expresamente prevenidos en este Código»*), así como del artículo 129 del Código de Sucesiones de Cataluña (*«los testamentos... así como la institución, el legado y demás disposiciones que contengan, perderán la eficacia si el testador los revoca»*).

2. LA INTERPRETACIÓN ERICTA DE LOS PODERES Y LA INSUFICIENCIA DE FACULTADES CONFERIDAS MEDIANTE PODER GENERAL PARA VENDER INMUEBLES PREVIAMENTE LEGADOS. LA NECESIDAD DE PODER ESPECIAL

Es idea unánimemente compartida que la **doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado** es constante en el sentido de exigir a Notarios y Registradores que interpreten de forma estricta las facultades concedidas en los poderes, encontrando su fundamento dicha interpretación estricta en el ámbito inmobiliario en el artículo 1.713 del Código Civil (*«para transigir, enajenar, hipotecar o ejecutar cualquier otro acto de riguroso dominio, se necesita mandato expreso»*). Tal unanimidad me excusa de una exposición pormenorizada de dicha doctrina. Valga como mero recordatorio las siguientes frases del Centro Directivo: *«la interpretación en materia de poderes ha de desenvolverse en un ámbito estricto para evitar que averiguaciones más o menos aventuradas puedan dar lugar a extralimitaciones perjudiciales para los intereses del apoderado»*. La Resolución de 19 de junio de 1990 insiste aún más en la necesidad de *«cautela y rigor en la interpretación de los poderes»*. Dice al respecto, a modo de glosa, el Notario y Registrador de la Propiedad, AVILA NAVARRO que, *«Esta interpretación estricta es lógica: por muy amplios criterios que se sustenten respecto a la libertad individual y de la propiedad, y a la gestión por los propietarios de sus propios intereses, ha de exigirse rigurosamente la suficiencia y la prueba de los poderes cuando se trata de gestionar intereses ajenos»*.

Finalmente, cabe citar, para concluir, la Resolución de 12 de abril de 1996, según la cual, *«está fuera de discusión que la suficiencia del poder queda sometida a la calificación del Registrador, ya que, en cuanto aquélla atañe a las facultades apropiadas para el acto dispositivo que pretende inscribirse, afecta a la validez del propio acto»*.

Es ésta una doctrina que emanada en ámbito de la calificación jurídica propia de los Registradores y de la actuación de los Notarios, es extrapolable con carácter general a cualquier ámbito de interpretación judicial o extrajudicial de las facultades conferidas a los representantes voluntarios en las escrituras de poder.

Pues bien, dado que de lo que se trata es de imponer una interpretación estricta, parece importante partir de la **distinción entre interpretación es-**

tricta e interpretación restrictiva, para determinar si en todo caso esta última debe quedar en todo caso proscrita o no. Dicen al respecto los autores (CASTAÑ, PUIG BRUTAU, etc.) que la interpretación declarativa se dirige a explicar el texto legal, aunque para ello tenga que precisar el alcance de las palabras usadas.

Añaden que la interpretación declarativa no siempre puede quedar limitada a ser una interpretación literal, en el sentido de comprobar que el texto es claro y su letra manifiesta fielmente su contenido. Si la Ley o los contratos usan palabras que tienen más de un sentido, el intérprete ha de señalar cuál es el procedente y, por ello, sin dejar de ser la interpretación declarativa, puede dar un sentido estricto o lato a tales palabras. Puede tratarse de preceptos o pactos que hablen del «hombre», «parientes», «enajenación», etcétera. Así, la interpretación declarativa será estricta si llega a la conclusión de que al hablar del «hombre» se refiere sólo a varón, mientras que sería amplia o lata si entendiera que se refiere a hombre y mujer. Lo mismo cabe decir respecto de la palabra «parientes», según que se entienda referida solamente a los consanguíneos o también a los afines, así como respecto de la palabra «enajenación», según que se interprete sólo referida a transmisiones del dominio, o se extienda para abarcar asimismo la constitución de gravámenes.

Por tanto, cuando se interpretan unas palabras en sentido estricto o lato, no se pasa por ello a las interpretaciones restrictiva y extensiva. Así, cuando entre los posibles sentidos de las palabras se determina cuál es el más ajustado al contenido de la Ley, nada se restringe ni se extiende y la interpretación sigue siendo meramente declarativa.

Por consiguiente, la interpretación declarativa no experimenta ninguna corrección por obra del intérprete, aunque alguna de sus palabras hayan sido entendidas en sentido lato o estricto. En cambio, las interpretaciones restrictiva y extensiva son manifestaciones de una interpretación correctora o crítica, en el sentido de que el intérprete llega a la conclusión de que es necesario rectificar la letra de la disposición, aunque esté redactada con palabras claras y precisas para que concuerden con su espíritu o finalidad.

Tras esta aclaración, veamos una cláusula común de poder general para vender bienes inmuebles, redactada conforme a los modelos al uso. Dice así la cláusula: «...C) comprar y vender por precio confesado, de contado o aplazado, permuta y por cualquier otro título oneroso enajenar y adquirir bienes muebles e inmuebles... K) otorgar documentos públicos y privados congruentes con las facultades expresadas, incluso complementarios, aclaratorios y de rectificación...» Siguiendo una interpretación literalista de la transcrita cláusula, toda compraventa de inmuebles otorgada en base a dicho poder habría de entenderse incluido en su ámbito válidamente, al margen de cualesquiera otras consideraciones jurídicas. Así, siguiendo tal interpretación, habría de aceptarse como perfectamente válidos cualesquiera de los siguientes supuestos:

- compraventa de fincas sujetas a un régimen de prohibición de disponer en virtud de resolución judicial o administrativa;
- ventas de fincas sujetas a un régimen de sustitución fideicomisaria;
- ventas de inmuebles o establecimientos mercantiles otorgadas en base a poderes que facultaran para enajenar y que hayan sido otorgados por menores de edad o incapaces;
- ventas de inmuebles o derechos reales realizados en base a un poder otorgado concurriendo en el otorgante vicios del consentimiento;

- ventas de inmuebles sujetos a un régimen de inalienabilidad, por ejemplo, por pertenecer al ámbito de los bienes del dominio público;
- ventas de inmuebles pertenecientes al patrimonio de un menor sujeto a la patria potestad del poderdante realizadas por tercero en base a un poder general, prescindiendo del carácter personal que revisten los deberes y facultades inherentes a la patria potestad;
- ventas de inmuebles otorgadas a favor, en calidad de comprador, del mismo apoderado, en base a un poder general que no salve expresamente la posibilidad de autocontratar;
- ventas de bienes hechas a favor del tutor del poderdante (habiendo otorgado el poder antes de la declaración de incapacidad);
- venta de bienes determinados legados en un testamento previo por el poderdante, siendo el poder general y no especial. Se ha de reparar, para este supuesto, en que el poder no contiene entre las facultades que otorga la de revocar legados, ni podría contenerla, dado que la revocación de disposiciones testamentarias se ha de realizar a través de actos personalísimos (cfr. art. 738 del Código Civil).

En muchos de los casos citados el obstáculo a la inscripción en el Registro de la Propiedad de tales enajenaciones lo será otro diferente al de la insuficiencia de poderes, por constar previamente inscritos o anotados bien la prohibición de enajenar, bien la cláusula testamentaria de sustitución fideicomisaria, bien la declaración judicial de incapacidad, bien el carácter de dominio público del inmueble, etcétera. Pero aquí se contemplan tales situaciones no como situaciones jurídicas inscritas, sino como situaciones que se acreditan documentalmente al Registrador mediante la presentación de los títulos de los que resulten, de forma coetánea o previa a la propia documentación relativa a la enajenación y, acaso como complementaria a la misma. Así, por ejemplo, en el caso de que para acreditar la titularidad del disponente se presente el título sucesorio otorgado por el titular registral vigente, integrado por un testamento abierto en el que se contenga, además de la institución de heredero a favor del referido transmitente, la cláusula de sustitución fideicomisaria.

Es evidente que en la interpretación de los contratos y, en particular, de los poderes, se ha de cohonestar su contenido con otras instituciones jurídicas que puedan venir relacionadas con el caso concreto de que se trate. Así, por ejemplo, fuera del caso particular que nos ocupa, es evidente que un poder otorgado para contratar en los más amplios términos, no comprende la facultad de celebrar un contrato matrimonial, o un contrato sucesorio (allí donde se admite la vocación paccionada), ni un poder que atribuya facultades para renunciar derechos se podrá interpretar en el sentido de atribuir potestades para renunciar, verbigracia, los derechos y facultades propios de la patria potestad, ni podrá interpretarse que comprenda la facultad de renunciar al derecho de alimentos, ni un poder que atribuya facultades para transigir, podrá ser aplicado para transigir derechos no susceptibles de transacción, como los relativos al estado civil de las personas o a las cuestiones matrimoniales, así como tampoco cabrá interpretar una cláusula de sometimiento a arbitraje como extensiva a cuestiones que no puedan ser objeto del mismo (por ejemplo, las ya resueltas por sentencia firme), ni cabrá realizar a través de un poder general aquellos actos que tengan carácter personal o personalísimo, como sería el supuesto de haber recibido el poderdante el encargo de fijar el precio en una compraventa en los supuestos del artículo 1.447 del

Código Civil, dado su carácter fiduciario, ni podrá mediante poder general, por la misma causa, otorgarse un testamento (art. 670 del Código Civil: «*el testamento es un acto personalísimo; no podrá dejarse su formación, en todo ni en parte, al arbitrio de un tercero, ni hacerse por medio de comisario o mandatario*»), ni realizar un acto de revocación de disposición testamentaria (art. 738 del Código Civil: «*el testamento no puede revocarse, en todo ni en parte, sino con las solemnidades necesarias para testar*»).

Es decir, no cabe interpretar las facultades otorgadas en una escritura de poder al margen del conjunto de instituciones jurídicas y disposiciones legales de carácter imperativo que tengan relación por su ámbito de aplicación con el caso concreto de que se trate. No cabe, pues, que por la vía del apoderamiento se produzcan infracciones en los principios, por ejemplo, de inalienabilidad de los bienes de dominio público, o en aquellos que rigen la materia de la capacidad de las personas o los que definen los supuestos de vicios del consentimiento, o los que establecen el carácter personalísimo de determinados actos, o los que declaran la irrenunciabilidad de determinados derechos, etcétera.

En relación con este tema, no se puede olvidar que la **teoría de la representación** está sujeta a ciertos **límites que definen su ámbito**, y que en general excluyen la misma en materias como las referentes al Derecho de familia (reconocer hijos naturales, adopción de niños, completar la capacidad de obrar del menor emancipado, etc.), al estado civil de las personas (contraer matrimonio, ejercitar el derecho de opción por una determinada vecindad civil, etc.), en que los actos deben realizarse personalmente por los interesados, así como en materia de Derecho sucesorio, especialmente considerando que el fundamento de la vocación hereditaria descansa en la voluntad del causante, considerándose como actos personalísimos los de otorgamiento de testamento y su revocación, así como los encargos de confianza realizados en orden a la institución de heredero o a la distribución de la herencia, allí donde se admiten, o el encargo de confianza y, por tanto, personalísimo que resulta del nombramiento de albacea o ejecutor testamentario, cuyo ejercicio es incompatible con su delegación mediante poder general (art. 909 del Código Civil: «*El albacea no podrá delegar el cargo si no tuviese expresa autorización del testador*»). En todos estos casos, como máximo, se admitirá que el interesado actúe por medio de un «nuncius» o de un procurador con poder especial.

Llegados a este punto se impone la precisión de observar que para poder realizar con eficacia revocatoria una enajenación mediante apoderado de un bien inmueble previamente legado, es necesario un poder especial y no general, es decir, en que el apoderado recibe del poderdante una autorización especial y concreta en relación con la finca objeto del legado, siendo la voluntad del poderdante la que viene a integrar la estructura del negocio celebrado. Por ello, se ha de recordar cómo la idea de poder especial —como señalan DIEZ-PICAZO y GULLÓN— «*aparece en la Ley como exigencia para determinados actos*». Dicen los autores citados que «*quiere decirse que en determinados casos, la Ley admite que un determinado acto jurídico sea realizado por medio de un representante, siempre que el poder de representación sea especial. El hecho de que en el poder especial —siguen diciendo— el acto y el bien o interés estén especialmente contemplados por el poderdante, supone una cierta voluntad del acto por parte de éste y de sus efectos jurídicos, de manera que no sólo asume las consecuencias del eventual pacto que el representante pueda realizar, sino*

que se manifiesta una voluntad sobre el acto concreto». Es evidente que esta distinción es plenamente aplicable a nuestro caso.

De hecho, el negocio representativo celebrado por el representante con el tercero, presenta la peculiaridad de que produce o presupone una disociación entre la persona que materialmente realiza el negocio y la que asume sus consecuencias y efectos jurídicos. Tal cuestión ha sido ampliamente estudiada en la doctrina, en la que se han elaborado numerosas teorías que van desde la teoría de la voluntad, según la cual la única voluntad relevante es la del representado, hasta la teoría de la declaración que traslada la esencia del negocio a la voluntad del representante, de manera que la declaración de voluntad que conforma el negocio representativo se forma en el representante, pero vincula los efectos de tal declaración en el representado. Esta última es la teoría más extendida en la doctrina para los supuestos de representación ordinaria, es decir, a excepción de los supuestos de nombramiento de mero *nuncius* o emisario (9). Siendo, pues, la voluntad del representante la que, siempre que actúen dentro del ámbito de las facultades concedidas, viene a integrarse en la estructura negocial, es lógico que se exija poder especial (esto es, en que el poderdante manifieste una voluntad respecto del acto concreto) para aquellos actos que por su carácter personalísimo implican la necesidad de una voluntad real, efectiva y concreta sobre los mismos por parte de aquél en cuya cabeza van a parar los efectos que tales actos. Esta idea entran cada con el criterio interpretativo basado en la investigación de la voluntad verdadera de los contratantes, al margen de la discusión sobre si se ha de seguir una interpretación subjetiva u objetiva.

3. EL TIPO DE INEFICACIA DEL NEGOCIO TRANSMISIVO CELEBRADO MEDIANTE PODER GENERAL RESPECTO DE COSA PREVIAMENTE LEGADA POR EL PODERDANTE. POSIBLE CONVALIDACIÓN DEL NEGOCIO MEDIANTE LA RENUNCIA AL LEGADO POR EL LEGATARIO UNA VEZ ABIERTA LA SUCESIÓN

Cabe plantear la cuestión de cuál sería el tipo concreto de ineficacia civil del negocio jurídico transmisivo celebrado mediante poder general respecto de cosa previamente legada por el poderdante, si nulo, si anulable, si rescindible, etcétera.

La respuesta a este tema de la modalidad de ineficacia puede inferirse de las disposiciones legales reguladoras de las actuaciones por tercero sin poder o con poder insuficiente, y en particular de los artículos 1.259 y 1.714 del Código Civil, que tratan del tema de la representación sin poder. En el negocio representativo, una de las partes realiza el negocio valiéndose de un representante que ejecuta materialmente el negocio, pero actuando en interés y por cuenta del representado o persona en quien recaen los efectos del negocio. Pero, como se desprende de las citadas disposiciones, para que tal suceda, ya se ha indicado que es necesario que el representante actúe dentro de los límites del poder de representación, lo cual es predicable tanto para el supues-

(9) RIVERO HERNÁNDEZ, en *La voluntad negocial y la representación*, en el libro homenaje a Ramón María Roca Sastre.

to de inexistencia del poder, como en el de insuficiencia del mismo para realizar aquel concreto negocio.

A tal situación del representante que actúa sin poder, se refiere el artículo 1.259.2.º del Código Civil cuando dice que: *«El contrato celebrado a nombre de otro por quien no tenga su autorización o representación legal será nulo, a no ser que lo ratifique la persona a cuyo nombre se otorgue antes de ser revocado por la otra parte contratante»*, a cuyo supuesto *se equipara el del representante que actúa con un poder insuficiente* con base a lo dispuesto por los artículos 1.714 y 1.727.2 del mismo Código, a cuyo tenor *«en lo que el mandatario se haya excedido, no queda obligado el mandante sino cuando lo ratifica expresa o tácitamente»*. De lo dicho se desprende que la actuación del representante sin poder, frente a la verdadera representación, viene a ser como un supuesto de la gestión de negocios sin mandato (arts. 1.888 y sigs. del Código Civil), y esta similitud permite al legislador adoptar idéntica solución para lograr que lo hecho por el representante sin poder o el gestor sin mandato repercuta en la esfera jurídica de la persona en cuyo interés y por cuenta del cual se actuó. El instrumento que utiliza el legislador para ello es el de la ratificación de lo hecho por el representante sin poder (vid. art. 1.259.2.º del Código Civil) o la ratificación de la gestión por parte del dueño del negocio (art. 1.892), que los exegetas indican que en esencia supone una declaración unilateral de voluntad procedente de la persona por la cual se actúa y en cuyo mérito le afectan posteriormente las consecuencias de los actos realizados por el *falsus procurator* o gestor sin mandato.

Esta posibilidad de ratificación posterior ha generado tradicionalmente controversia en nuestra doctrina acerca de la interpretación del sentido de la expresión del artículo 1.259.2.º del Código cuando establece que: *«El contrato celebrado a nombre de otro por quien no tenga su autorización o representación legal será nulo»*, pues se discute acerca de si el legislador emplea el término *«nulo»* en un sentido estricto, o si se refiere a un tipo de ineficacia distinto. Tales vacilaciones se perciben también en la jurisprudencia que ha sentado muy diversos pronunciamientos al respecto. Así la sentencia de 9 de mayo de 1932, entre otras, se atiene a la literalidad del artículo, y califica de nulo el contrato realizado por el representante que obra sin poder o con poder insuficiente. La sentencia de 14 de diciembre de 1940, distingue la ratificación de la confirmación del contrato anulable, y con base a ello recusa la tesis de la anulabilidad para explicar esta nulidad ex artículo 1.295.2.º del Código. Dicha sentencia, y otras de posterior fecha semejantes a ella, hablan de inexistencia de contrato por falta del concurso del consentimiento, si bien esta declaración de inexistencia queda muy mitigada por cuanto admiten que este elemento esencial pueda aparecer posteriormente (así, la de 25 de julio de 1946). Otra sentencia de 7 de julio de 1944, dice que la nulidad del artículo 1.259 del Código se asemeja más a la inexistencia que a la anulabilidad, pero matiza seguidamente que no hay aquí *«un acto propiamente inexistente, sino un negocio jurídico en estado de suspensión, subordinado a una conditio iuris, de tal modo que, en definitiva, si la ratificación se da, se considera el negocio como válido y eficaz desde el principio, a favor y en contra del representado, y por el contrario, si la ratificación no se produce, será el negocio nulo e ineficaz para aquél»* (así, sentencia de 5 de febrero de 1969).

Más recientemente el Alto Tribunal se reafirma en esta última tesis, y así afirma en su sentencia de 11 de octubre de 1990 que: *«Si bien el artículo 1.259 del Código Civil, dice que el contrato celebrado a nombre de otro por quien no*

tenga su autorización o representación legal es nulo, ese mismo precepto y el 1.727 admiten que el negocio concluido en nombre del representado sin poder de representación o con extralimitación de poder puede ser ratificado por la persona a cuyo nombre se otorgó, ratificación que purifica el negocio (ratihabitio mandato reputatur) y lo hace válido desde su origen y durante la pendencia de la conditio iuris que la ratificación supone (sentencias de 14-12-40; 7-7-44; 27-5-58; 25-10-75; 15-11-77; 18-9-87, etc.). Si la expresada doctrina se pone en conexión con la subrogación del heredero en la situación jurídica del causante, que se opera por efecto de la sucesión mortis causa, y con la aceptación pura y simple de una herencia determinante de confusión entre los derechos del causante y los del heredero, ha de concluirse que en el presente caso se ha producido una verdadera y propia ratificación del contrato de compraventa llevada a cabo por el heredero único, que además es el que celebró dicho contrato como mandatario y a quien únicamente podría perjudicar esa ratificación».

En la misma línea se pronuncia la sentencia de 17 de junio de 1991, en la que haciendo pedagogía jurídica distingue el instituto civil de la ratificación de otras figuras próximas pero distintas como la confirmación de actos anulables o la renuncia a las acciones de anulabilidad, afirmando lo que sigue: *«Este saneamiento posterior les viene a dar plena validez —ratihabitio mandato comparatur—, como si se hubieran celebrado con apoderamientos legales y suficientes. No se trata ni se ha producido una actividad confirmatoria, en cuanto ésta purifica a los posibles pactos anulables (art. 1.313 del Código Civil), bien mediante la convalidación de los vicios originarios de que adolecen, convirtiendo en regular lo que era negocio irregular, o bien mediante la dejación y renuncia de las acciones de anulabilidad que asisten a los interesados en el asunto convenido, no obstante perdurar los defectos originarios, sino y siguiendo lo expuesto, se trata de un verdadero y eficaz acto ratificativo, llevado a cabo durante la subsistencia del contrato de venta, ya que no se produjo acto revocatorio alguno, y al que haya que atribuirle efectos retroactivos, pues se cumplió la condición suspensiva que vedaba su dinámica de eficacia, en tanto no se produjese y consolidara en forma definitiva, el estado de pendencia de que adolecía el convenio, sujeto a la necesaria aprobación, lo que no puede reputarse, como un nuevo negocio, sino la afirmación perfección del ya existente y relacionado».*

Por su parte, la sentencia de 25 de febrero de 1994 destaca dos notas adicionales para completar la caracterización de esta figura de la ratificación de la actuación del gestor, éstas son, la de operar sus efectos retroactivamente y la de poderse formular de forma tácita deducida de la propia conducta del pseudo-representado. En efecto, dice al respecto esta sentencia:

«...Con la ratificación a posteriori del dominus se acepta lo realizado por su gestor y asume sus consecuencias, transformando lo realizado por el gestor en una actuación plenamente representativa que despliega todos sus efectos en orden a la representación (ratihabitio mandato aequiparatur); es decir, ni se combate, ni se niega esa anterior "autorización representativa" y, en consecuencia, ningún inconveniente jurídico puede oponerse a la ratificación tácita realizada por los dueños de la finca que respetaron con pulcritud, de manera total, pura y simple, sin alteración alguna, lo pactado por aquéllos a quienes habían otorgado dicha "autorización representativa", aunque ésta no se expresase en el negocio, que quedó purificado y plenamente eficaz, sanando todo posible defecto con carácter retroactivo».

No creo que sea del mayor interés, desde un punto de vista práctico, mediar en tan viva polémica doctrinal y jurisprudencial, contribuyendo a dogmatizar en exceso con referencia a las categorías de ineficacia jurídica. Lo que en cualquier caso resulta evidente es que cualquiera que sea la solución por la que se opte en dicha polémica, no nos encontraremos en ningún caso ante un acto jurídico plenamente válido, que son aquéllos a los que nuestro Ordenamiento jurídico (art. 18 de la Ley Hipotecaria) otorga acceso al Registro de la Propiedad.

Finalmente, en cuanto al tema de la **ratificación**, ya vemos cómo la misma no resulta incompatible con la declaración de ineficacia civil del contrato calificado, constituyendo, en palabras del Tribunal Supremo, una *conditio iuris* a la que se subordinaba el negocio celebrado por el representante sin poder o con poder insuficiente, y que admite expresamente el artículo 1.259.2.º del Código Civil, no obstante haber declarado previamente la sanción de nulidad del contrato. Esta ratificación es evidente que en nuestro caso de venta de cosa legada mediante poder general corresponde otorgarla al propio testador, como dueño del negocio que es, y en quien evidentemente quedan residenciadas tanto la potestad o poder dispositivo sobre su completo patrimonio, incluidos, obviamente, los bienes sobre los que hubiese podido ordenar un legado, como la propia facultad de revocar los legados y demás disposiciones de última voluntad que hubiese podido ordenar por vía testamentaria, con la particularidad, como vengo repitiendo, que esta última facultad revocatoria ha de ejercitarla de forma personal y directa —o mediante *nuncius*—, por tener la consideración legal de actos personalísimos.

Ahora bien, cabe plantearse la cuestión de la ratificación para la hipótesis de que sobrevenga el fallecimiento del testador antes de haber prestado su asentimiento ratificador a la venta celebrada. En esta hipótesis, cabría sostener la ineficacia definitiva del contrato celebrado por el representante con poder insuficiente ante la imposibilidad de cumplir la *conditio iuris* a que queda sometida la validez del citado contrato, haciendo tránsito a un supuesto de inexistencia de la relación contractual por falta de la necesaria concurrencia de voluntades entre las partes contratantes.

Sin embargo, esta solución extrema no casa bien con el conjunto jurisprudencial recaído en la exégesis del artículo 1.259.2.º del Código Civil, que está inspirado en el principio del *favor actis*. Es por ello, que ningún obstáculo serio se adivina a la posible atribución de la facultad convalidatoria de la ratificación a favor de los herederos del causante, como subrogados en la propia personalidad jurídica de aquellos en las relaciones jurídicas que no se hayan de extinguir por el fallecimiento de su titular. Este es el criterio seguido explícitamente por la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 1990, ya citada, en la que se afirma que: «Si la expresada doctrina [la posible ratificación realizada sin poder o con poder insuficiente] se pone en conexión con la subrogación del heredero en la situación jurídica del causante, que se opera por efecto de la sucesión mortis causa, y con la aceptación pura y simple de una herencia determinante de confusión entre los derechos del causante y los del heredero, ha de concluirse que en el presente caso se ha producido una verdadera y propia ratificación del contrato de compraventa llevada a cabo por el heredero único, que además es el que celebró dicho contrato como mandatario y a quien únicamente podría perjudicar esa ratificación».

Ahora bien, el Tribunal Supremo, como vemos, no se apoya exclusivamente en la idea de la subrogación del heredero en la situación jurídica del cau-

sante, sino también, atendiendo a criterios de justicia material, acude a la idea de que el heredero que ratifica es la única persona a quien podría perjudicar esa ratificación, lo cual, además, no es un mero criterio de equidad, sino que en materia contractual se apoya en diversos preceptos que imponen la conmutatividad de las prestaciones recíprocas y que proscriben el enriquecimiento injusto. Precisamente por faltar este último requisito de ser el único perjudicado por la ratificación, resulta impropio que la ratificación del contrato de compraventa de cosa legada la realice el heredero del causante, quien lejos de verse perjudicado por tal enajenación se vería beneficiado por la misma, ya que el precio que integra la contraprestación pasaría a integrarse en la masa hereditaria como un activo más de la misma, siendo así que el legado revocado por la ratificación de la compraventa figura en tal masa, pero como pasivo o carga de la misma, de la que se libera el heredero por su revocación. Ello determinaría una situación de interés contrario a la voluntad expresada por el testador al ordenar el legado. Dicha contradicción de intereses resultaría más patente en el caso de que el apoderado, cuya intervención se pretende ratificar, coincida con la propia persona del heredero que otorga el acto de la ratificación.

Dicha situación de interés enfrentado a la voluntad del causante permitiría entender aplicables las relativas a la prevención de tales supuestos y que corresponden al principio general del derecho de evitar las situaciones de enriquecimiento injusto. Cabe recordar en este punto la idea expresada por la Dirección General de los Registros y del Notariado en su Resolución de 20 de octubre de 1994, según la cual: «No debe omitirse que la regla general es desfavorable al autocontrato (cfr. arts. 1.459 del Código Civil y 267 del Código de Comercio) y que, en este caso, el que tiene el poder para vender la finca que vende es el que libremente fija el precio por el que la compra para sí (cfr. en cambio, art. 1.449 del Código Civil), y el que «confiesa» por la vendedora que ésta ya lo ha recibido (cfr. en cambio, arts. 1.231 y 1.232 del Código Civil)». Por ello hay que plantearse la posibilidad de que se entienda atribuida la facultad de ratificar a quien siendo sucesor del *de cuius* a quien siendo sucesor del mismo a título particular le sucede en plenitud en la relación jurídico-real que el causante tenía sobre la concreta cosa objeto del legado, y en quien concurre la circunstancia antes vista de ser el único perjudicado por la propia ratificación. Esta intervención del legatario podría revestir una doble modalidad, la consistente en una renuncia del legado deferido y la de un acto de afirmación o consentimiento ratificador de la enajenación realizada con poder insuficiente.

En cuanto a la posible **subsanción** del contrato mediante la renuncia al legado por parte del legatario, no parece que ofrezca objeciones, toda vez que la renuncia opera sus efectos *ex tunc*, produciéndose el consiguiente acrecimiento de la masa hereditaria y deviniendo ineficaz la propia cláusula testamentaria que ordenaba el legado por ministerio de la citada renuncia voluntaria del legatario. Las posibles objeciones se centrarían en la subsanción mediante ratificación de la compra por parte del legatario.

Acerca de dicha posible ratificación, cabe hacer constar que, sobre contar con el amparo del artículo reiteradamente citado 1.259.2.º del Código Civil, convergen en favor de la misma las siguientes razones:

1.º constituye dicha ratificación una forma de renuncia del propio legado, por lo que se reconduce el supuesto al anteriormente visto;

2.º el legatario sucede a título particular al causante (no a título universal), pero de forma plena y exclusiva en la relación jurídico-real que tenía sobre la cosa en forma de dominio;

3.º evita la intervención ratificadora de quien presenta una situación de conflicto de intereses con el cumplimiento de la voluntad del testador, es decir, del heredero, que puede desembocar en un supuesto de enriquecimiento injusto, con el consiguiente lucro cesante en la persona del legatario;

4.º evita, por último, la solución maximalista de entender inexistente el contrato que, además de representar un dogmatismo jurídico que se compadece mal con la jurisprudencia vertida sobre el artículo 1.259.2.º del Código Civil, cierra la puerta a toda consideración sobre los intereses del tercero con quien contrató el *falsus procurator*, y que en ausencia de un conflicto real, por avenirse a la ratificación el legatario, deben ser atendidos si no existen razones que contravinieran la presunción de su buena fe.

4. LA POSICIÓN DEL TERCERO QUE CONTRATA CON EL «FALSUS PROCURATOR». LOS LÍMITES Y REQUISITOS DEL PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURÍDICA

Ciertamente, cuando hablamos de un contrato de mandato con poder de representación, como pone de manifiesto PUIG BRUTAU, existe una relación jurídica que enlaza directamente a las partes verdaderamente interesadas en los efectos del acto representativo, por lo que el 1.727.1.º del Código Civil dispone que «*el mandante debe cumplir todas las obligaciones que el mandatario haya contraído dentro de los límites del mandato*». Ahora bien, si el mandatario excede los límites del poder atribuido, el Código le hace único responsable frente a la persona con la que ha contratado (vid. art. 1.725), y ello al margen de la posible ratificación del contrato celebrado por parte del *dominus*.

Así pues, el tercero que contrata con el mandatario, no queda desprotegido, sino que tiene acción contra aquél por incumplimiento del contrato. En el ejercicio de tal acción, el tercero podrá con frecuencia obtener una satisfacción completa de la prestación que reclame. Ahora bien, tratándose de prestaciones no fungibles ni genéricas, sino específicas y determinadas, como sucede en la compraventa de bienes inmuebles, es evidente que la ejecución forzosa por vía judicial a que pueda conducir la acción del tercero no podrá ser una ejecución *in natura*, sino de tipo indemnizatorio, como sucedería en el supuesto que vengo contemplando de venta de cosa legada mediante un poder general. La situación comentaba guarda analogías con la de los supuestos en que el mandatario contrata con terceros tras la revocación de su poder o la muerte del mandante. Para tales casos, el Código subordinaba la validez y eficacia de lo hecho por el mandatario a un doble requisito: la ignorancia de la revocación o de la muerte del mandante por parte del mandatario y la buena fe del tercero (art. 1.738 del Código). Por tanto, lo decisivo es el conocimiento del mandatario, y no el del tercero.

No obstante, existen determinados supuestos en que en la relación externa entre mandante y tercero, la protección de este último está avalada por razones singulares. Así resulta palmario que será de aplicación el mencionado artículo 1.738 cuando ignora la revocación del poder o la muerte del mandante, tanto el apoderado como la persona que con él, a través de su representante, ha contratado. Sin embargo, surge cuestión cuando sólo el

mandatario conoce el hecho del mandato pero el tercero la ignora. Ante tal situación el Código Civil establece una solución matizada, que consiste en diferenciar según que el mandato otorgado tuviese por objeto contratar con personas determinadas, es decir, tuviesen carácter especial y no meramente general, para cuyo supuesto se establece la regla de que la revocación no puede perjudicar a los terceros si no se les ha hecho saber (vid. art. 1.734). La solución del Código parece equilibrada, ya que sostener dicha regla de forma indiscriminada, es decir, sosteniendo la eficacia del contrato en todo caso, supondría dar prioridad a la seguridad del tercero en perjuicio de los intereses de quien se ve sometido a una relación contractual no consentida por él, en contra del principio contractualista básico en nuestro Derecho de la voluntariedad.

Aún con todo, cabe admitir por hipótesis determinados supuestos en que el tercero que contrató ignorando la revocación del poder general o su limitación para determinados casos (como el de la imposibilidad de emplear el poder para vender una cosa previamente legada a que reiteradamente vengo haciendo referencia), pueda intentar en sede judicial defender la validez y eficacia del acto representativo, no sólo por haber ignorado la revocación o limitación, sino por no existir ninguna razón para considerar que de forma directa o indirecta haya podido conocerla, lo cual exigirá un examen de las circunstancias de hecho precedentes, coetáneas, y subsiguientes a la celebración del propio acto representativo, lo cual requerirá la intervención de la autoridad judicial en sede de un procedimiento de plena cognición.

Desde un punto de vista práctico, esta situación puede parecer contraria al principio de seguridad jurídica que rigen en materia de contratación inmobiliaria. Pero, por un lado, hay que poner de manifiesto que dicho principio está sometido a ciertas excepciones. Así, se ha de recordar, siquiera sea brevemente, que la eficacia de numerosos contratos, aún cuando estén dotados de forma pública notarial, dependen en cuanto a su desenvolvimiento jurídico posterior de posibles y variadas vicisitudes jurídicas. Así, un contrato de compraventa podrá quedar afectado por una sanción de nulidad como consecuencia de la circunstancia sobrevenida de una declaración de quiebra con retroacción de efectos a fecha anterior al contrato (art. 878 del Código de Comercio). Igualmente dicha compraventa podrá devenir ineficaz como consecuencia de una acción reivindicatoria, o como consecuencia de un procedimiento de ejecución de créditos «superprivilegiados», etcétera. En sentido inverso, un negocio de compraventa inicialmente ineficaz, por ejemplo, ilicitud del objeto (art. 1.271 del Código Civil) por el carácter demanial del mismo, podrá devenir sobrevenidamente eficaz si media un expediente de desafectación previo, desde cuya nueva condición patrimonial será posible dar cumplimiento ulterior al citado contrato.

Por otro lado, en este conflicto entre el principio consensualista que ampara el derecho del poderdante, en los supuestos de revocación o limitación de facultades examinados, para no verse sometido a una relación contractual no consentida ni querida por él, y el principio de seguridad jurídica que protege a los terceros contratantes, se ha de reparar en la circunstancia de que el contrato celebrado, extralimitándose las facultades representativas, no deviene ineficaz de forma absoluta, sino que genera acción del tercero frente al mandatario, que quedará obligado como lo está quien vende una cosa ajena, y cuyos efectos y obligaciones de posible responsabilidad contractual por falta de cumplimiento son innegables, y ello sin perjuicio de la restitución de las

recíprocas prestaciones intercambiadas, de forma que el tercero se verá reintegrado en el *integrum* del precio pagado por la cosa.

Por último, hay que recordar que el principio de seguridad jurídica en el ámbito inmobiliario requiere, para su pleno desenvolvimiento, la previa inscripción registral de los correspondientes títulos, de forma que no mediando ésta no cabe entender quebrantado tal principio. Otra cosa es pretender que para obtener tal seguridad jurídica, el Registro haya de inscribir títulos que adolezcan de determinados vicios, como el examinado de insuficiencia de poderes, lo cual veda el principio de legalidad a que están sometidos los Registradores en su actuación, de forma que por imperativo del artículo 18 de la Ley Hipotecaria, sólo deben acceder al Registro de la Propiedad actos dispositivos plenamente válidos. De no respetar este principio, la existencia de posteriores actos dispositivos sobre el mismo inmueble podría dar lugar de forma eventual a la aparición de un tercero inscrito protegido por el principio de la fe pública registral del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, que hiciera, caso de practicarse las inscripciones solicitadas, inútil cualquier intervención posterior en un posible litigio en torno a la cosa objeto del legado en la sede que le es propia, es decir, en el ámbito del procedimiento judicial que pueda corresponder. Es el criterio que parece haber guiado a la Dirección General de los Registros y del Notariado en su Resolución de 20 de octubre de 1994, a que después volveremos y que, por lo que ahora interesa, declara que: «*La previa revocación del poder hace que en la venta del inmueble falte la concorde voluntad de vendedor y comprador y, consiguientemente, que falte el específico consentimiento negocial exigido como básico en todo negocio bilateral (cfr. arts. 1.261.1.º del Código Civil) y no hay en el presente caso razones suficientes ni de justicia ni de seguridad del tráfico para hacer excepción a la consiguiente ineficacia del contrato*». Como se aprecia claramente, se considera que la regla general en estos casos es la de la ineficacia, siendo, pues, la excepción la de la eficacia.

Y es que los efectos de una inscripción pueden llegar a producir, como es bien sabido, no sólo presunciones de legitimación, sino, incluso, verdaderas adquisiciones *a non domino*, condicionando así un posible pronunciamiento judicial posterior. Sin embargo, frente a tales efectos de una inscripción practicada, una inscripción suspendida en virtud de una calificación suspensiva o denegatoria, conviene recordarlo, no genera efecto de cosa juzgada y, según declara el artículo 101 del Reglamento Hipotecario, «*se entenderá limitada a los efectos de extender, suspender o denegar la inscripción..., y no impedirá el procedimiento que pueda seguirse ante los Tribunales sobre la validez o nulidad del título...*» Por tanto, parece preferible no prejuzgar registralmente una situación que directamente aparece sometida a patologías jurídicas y a evidente riesgo de litigiosidad, desnaturalizando la función cautelar y preventiva de la calificación registral.

5. EL ALCANCE DE LA CALIFICACIÓN EN MATERIA DE DOCUMENTOS NOTARIALES EN CASOS DE FRAUDE DE LEY

Es evidente que no todo supuesto calificable como de insuficiencia de poderes debe ser interpretado como constitutivo de un supuesto de abuso malicioso de poder, ni determinante de un supuesto de fraude de ley. Ahora bien, sería ingenuo negar que en determinados casos las extralimitaciones en

los usos y aplicaciones concretas que se pueden hacer de las facultades concedidas en un poder general pueden derivar en verdaderos casos de fraude legal. Tales supuestos, en cuanto están ligados a una intencionalidad concreta, pueden escapar del control de la calificación registral, como escapan los casos de dolo o intimidación en la formación de la voluntad, o los supuestos de rescisión por lesión u otros, pues la determinación de la concurrencia de estos factores exige la práctica de pruebas de todo tipo, no sólo documentales, que han de ser residenciadas en sede judicial. Ahora bien, ello no quiere decir en modo alguno que la calificación esté restringida a operaciones mecánicas de aplicación formal de determinados preceptos, ni que al Registrador le esté vetado acudir a la hermenéutica y a la interpretación contextual, cuando el contexto resulte de la propia documentación sujeta a calificación y de los datos obrantes en el propio Registro.

Así, la propia Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 8 de abril de 1991, afirma que el principio de la buena fe exige, para apreciar el carácter fraudulento de un negocio, bien la intencionalidad subjetiva de burlar una norma, o también —añade explícitamente— podrá atribuirse dicho carácter al negocio en caso de producir un resultado antijurídico, de forma que si, según lo dicho, el Registrador carece de medios para indagar en la conciencia o «psique» de los contratantes averiguando su intencionalidad subjetiva, no cabe duda de que podrá apreciar tal carácter fraudulento cuando de forma objetiva resulte de la documentación la existencia de un resultado antijurídico. Así resulta, por ejemplo, de la Resolución de 4 de marzo de 1993, en la que se lee textualmente lo siguiente: «*el Registro ha de ser instrumento de seguridad y no debe socavarse su prestigio haciéndole cobijo de fantasías y fraudes*».

Que el Registrador puede ponderar las circunstancias concurrentes del caso para apreciar las presunciones legales, y entre ellas la de la buena fe, lo pone de manifiesto, entre otras, la Resolución de 20 de octubre de 1994, en la que se resuelve un supuesto en que el recurrente alegaba que el acto que había otorgado en uso de cierto poder que le había sido conferido por su esposa y después revocado, era eficaz, alegando para justificarlo el artículo 1.738 del Código Civil y afirmando que al tiempo de contratar ignoraba la revocación y que así había de ser presumido en base al principio de la buena fe. La Dirección General sale al paso de esa idea de que el Registrador ha de aplicar a todo trance el principio de presunción de buena fe, y al respecto sostiene «*que resulta excesivo en el presente caso, partir de una presunción de ignorancia de la revocación por el apoderado, pues el deber de intercomunicación que asume conforme a la buena fe (art. 1.258 del Código Civil), implica la posibilidad de conocer de forma inmediata la revocación, y esta posibilidad pasa a probabilidad e, incluso, a presunción, cuando poderdante y apoderado son entre sí cónyuges, lo que permite presumir la constante comunicación entre los cónyuges, aunque físicamente no tuvieran el mismo domicilio*».

El Centro Directivo modaliza, pues, en su interpretación el artículo 1.738 del Código Civil, dando realce a la voluntad del representado cuando no existe suficiente fundamento para excepcionar la regla general del concurso verdadero de voluntades para hacer surgir el contrato, y así señala que: «*La previa revocación del poder hace que en la venta del inmueble falte la concorde voluntad de vendedor y comprador y, consiguientemente, que falte el específico consentimiento negocial exigido como básico en todo negocio bilateral (cfr. arts. 1.261.1.º del Código Civil) y no hay en el presente caso razones suficientes*

ni de justicia ni de seguridad del tráfico para hacer excepción a la consiguiente ineficacia del contrato. No debe omitirse que la regla general es desfavorable al autocontrato (cfr. arts. 1.469 del Código Civil y 267 del Código de Comercio) y que, en este caso, el que tiene el poder para vender la finca que vende es el que libremente fija el precio por el que la compra para sí (cfr., en cambio, art. 1.449 del Código Civil), y el que "confiesa" por la vendedora que ésta ya lo ha recibido (cfr., en cambio, arts. 1.231 y 1.232 del Código Civil). Téngase, finalmente, en cuenta que nuestro ordenamiento expresa supuestos (cfr. art. 55-III del Código Civil y respecto de los terceros que conocen la revocación, art. 1.738 del Código Civil), en que la previa revocación del poder hace inexistente el consentimiento negocial formado por la declaración del apoderado y la de la otra parte, aunque el apoderado no haya conocido la revocación, requisito, pues éste —el de la notificación al apoderado— que no es esencial para que la revocación produzca efectos.

De la documentación que obra en el Registro —sigue diciendo la Dirección General— aparece que la enajenación que se pretende inscribir no resulta consentida por el titular registral, y si bien ha sido otorgada en su nombre, el otorgante no tenía ya poder suficiente, por lo cual no será inscribible sin la oportuna ratificación hecha por el titular registral (cfr. art. 1.269 del Código Civil)».

Hemos de recordar que en cuanto a la posibilidad de conocimiento de la existencia del legado, realizando una interpretación de posibles contextos que acompañen la venta de la cosa legada que venimos estudiando en este trabajo, tal posibilidad existe ciertamente, e incluso la probabilidad y aún la presunción de conocimiento de dicho legado por parte de los herederos como, por ejemplo, en el caso de que en éstos concurren conjuntamente la cualidad de tales y la de apoderados generales y familiares próximos del testador (supuesto frecuente en la práctica tratándose de poderdantes de edad avanzada), conjunto de circunstancias que dibujan una relación de confianza entre los mismos y el testador o testadora que genera aquella probabilidad (10). Circunstancias contextuales que, resultando acreditadas de forma documental y fehaciente, el Registrador no podrá desatender en el ejercicio de su facultad calificadora.

En conclusión, cabe afirmar que las razones expresadas cuestionan la interpretación del conjunto de los preceptos en juego en esta compleja materia llevada a cabo por la Dirección General de los Registros y del Notariado en su Resolución de 16 de marzo de 2000, pues revelan su carencia de sólido fundamento, según extensamente se ha expuesto en las páginas precedentes.

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

(10) Vid. el supuesto de hecho que dio lugar al Auto del Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 24 de abril de 1997.

HIPOTECA. UNILATERAL. CANCELACION.—NO ES BASTANTE PARA LA CANCELACION DE UNA HIPOTECA CONSTITUIDA UNILATERALMENTE CON LA NOTIFICACION AL ACREEDOR DE LA CONSTITUCION DE LA HIPOTECA, PARA QUE DESDE ENTONCES COMIENZE A CONTAR EL PLAZO DE DOS MESES PREVISTO EN EL ARTICULO 141 LH, SINO QUE ES PRECISO QUE SE ADVIERTA EXPRESAMENTE AL ACREEDOR QUE, TRANSCURRIDOS DOS MESES SIN QUE CONSTE EN EL REGISTRO LA ACEPTACION LA HIPOTECA PODRA CANCELARSE A PETICION DEL DUEÑO DE LA FINCA, SIN NECESIDAD DEL CONSENTIMIENTO DE LA PERSONA A CUYO FAVOR SE CONSTITUYO (RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 3 DE JUNIO DE 2000. BOE DE 27 DE JULIO DE 2000).

RESOLUCION de 3 de junio de 2000, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por don Javier Hoyal Pedrajo, en nombre de «Standar de Venezuela Española, Sociedad Anónima», contra la negativa del Registrador número 14 de Madrid, don Luis Izquierdo Guillén, a inscribir una escritura de cancelación de hipoteca unilateral.

En el recurso gubernativo interpuesto por don Javier Hoyal Pedrajo, en nombre de «Standar de Venezuela Española, Sociedad Anónima», contra la negativa del Registrador número 14 de Madrid, don Luis Izquierdo Guillén, a inscribir una escritura de cancelación de hipoteca unilateral.

Hechos.—I. Mediante escritura autorizada el 20 de febrero de 1996 por el Notario de Madrid, don Valerio Pérez de Madrid y Palá, la sociedad «Standar de Venezuela Española, Sociedad Anónima» constituyó hipoteca unilateral sobre determinadas fincas en garantía de un préstamo que le había concedido la sociedad «Central Hispano International, Inc.». El día 23 de octubre de 1996, «Standar de Venezuela Española, Sociedad Anónima» otorgó ante el Notario de Madrid don Ignacio Sáenz de Santamaría Vierna, escritura por la que se cancela dicha hipoteca, después de expresar en la parte expositiva de aquélla lo siguiente: «III. Que en dicha escritura (la de constitución de la hipoteca) se requirió al Notario autorizante para que notificase a la sociedad “Central Hispano International, Inc.”, la constitución de la citada hipoteca unilateral, a los efectos establecidos en el artículo 141 de la Ley Hipotecaria, lo que se efectuó mediante envío de copia simple de la misma por correo certificado y con aviso de recibo al domicilio de la citada sociedad el día 20 de febrero de 1996, tal y como resulta de la nota puesta en la primera copia de la escritura de constitución de hipoteca unilateral antes mencionada».

II. Presentada la referida escritura de cancelación de hipoteca unilateral en el Registro de la Propiedad número 14 de Madrid, fue objeto de la siguiente calificación: «Suspendida la inscripción del precedente documento, por el defecto subsanable de no resultar del mismo haberse realizado la notificación con los requisitos y formalidades previstos en los artículos 141 de la Ley Hipotecaria y 237 de su Reglamento. Contra esta calificación registral, cabe el oportuno recurso gubernativo. Madrid, a 18 de marzo de 1997. El Registrador (Firma ilegible). Fdo.: Luis Izquierdo Guillén».

III. Don Javier Hoyal Pedrajo, en nombre y representación de «Standar de Venezuela Española, Sociedad Anónima», interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: Que en la interpretación de los artículos 141 de la Ley Hipotecaria y 237 de su Reglamento, existe una prolongada

diferencia de criterio entre la Dirección General de los Registros y del Notario, por un lado, que exige que revista carácter de intimación notarial el requerimiento que ha de hacerse al acreedor (en particular, las Resoluciones de 29 —sic— de septiembre de 1987, 6 y 29 de noviembre de 1990 y 4 de abril de 1991), y el Tribunal Supremo, por otro, según cuya doctrina, el carácter expreso del requerimiento de aceptación ha de inferirse de la mención que en el título cancelatorio haga el Notario que lo practicó, y ello en aplicación del principio de la fe pública notarial y de lo prescrito por los artículos 18 de la Ley Hipotecaria y 98 de su Reglamento y concordantes (entre otras, la sentencia de 11 de marzo de 1991, establece lo siguiente: «...puesta en conocimiento que es necesario matizar, si se trata simplemente de comunicar una información o noticia, o si más bien constituye un acto que reviste carácter requisitorio, es decir, “para que adopte una determinada actitud”, expresión reglamentaria que debe traducirse en “que haga o se abstenga de hacer alguna cosa”. Y frente a este dualismo, hay que inclinarse por el reconocimiento de que el citado artículo 141 no contiene un verdadero requerimiento o exhortación requisitoria, ya que a la persona beneficiada con la hipoteca unilateral no se le comunica para que haga algo o deje de hacer algo, simplemente se le da noticia de la existencia de la formalización hipotecaria, y se le deja en absoluta libertad para que proceda según sus intereses. A la vista de esta exégesis resulta obligada la desestimación del motivo, pues el párrafo cuarto del artículo 202 del Reglamento Notarial de 1944, autoriza a los Notarios discrecionalmente para efectuar las notificaciones que no tengan carácter requisitorio, por medio de copia, cédula o carta remitida por correo certificado con acuse de recibo, siempre que la ley expresamente no lo prohíba»); y, dado que el Notario autorizante expresa bajo su fe que se produjo la comunicación mediante envío de copia de la escritura de constitución de la hipoteca por correo certificado y con acuse de recibo al domicilio de la sociedad acreedora, debe entenderse suficientemente cumplido el requisito exigido por la ley.

IV. El Registrador de la Propiedad en defensa de la nota informó: 1.º Que lo que se discute es si una hipoteca unilateral, no aceptada, puede cancelarse con una simple notificación, o hace falta algo más, especial requerimiento o advertencia en la que expresamente se haga constar que transcurridos dos meses sin que conste en el Registro la aceptación por el acreedor, el dueño de la finca puede cancelar la hipoteca sin consentimiento de la persona a cuyo favor se constituyó; 2.º Que, dados los textos legales y la doctrina unánime de las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 6 y 22 —sic— de noviembre de 1990, 4 de abril de 1991 y 28 de octubre de 1992, la solución es clara: No basta la simple notificación, sino que la seguridad del tráfico exige algo más, una advertencia de que transcurridos dos meses se puede cancelar, de modo que el acreedor tenga plena conciencia de los efectos que pueden producirse por no aceptar; y 3.º Que la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 1991, que cita el recurrente, lo que aclara es que no es necesario un requerimiento en el sentido de imponer al acreedor una determinada conducta —aceptar o no aceptar la hipoteca—, lo que no se afirma por el informante, porque sería contrario a la libertad del acreedor, sin que, por tanto, dicha sentencia desvirtúe la necesidad de un requerimiento en forma de advertencia en el sentido ya expuesto.

V. El Notario autorizante de la escritura calificada informó: 1.º Que las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 6

y 21 de noviembre de 1990, 4 de abril de 1991 y 28 de octubre de 1992, que cita el Registrador, se refieren al supuesto, bien diferente al que es objeto de este recurso, en que el acreedor hipotecario únicamente había tenido conocimiento de la existencia de la hipoteca a través de la expedición de copia de la escritura correspondiente, sin que se le hiciese notificación o intimación al respecto; mientras que en el presente supuesto se ha notificado a ese acreedor la existencia de la hipoteca «a los efectos del artículo 141 de la Ley Hipotecaria» y, por tanto, también a los efectos de lo establecido en el párrafo segundo del mismo artículo, sin que la intimación o requerimiento debe tener forma «sacramental»; 2.º Que, no obstante, el expediente está incompleto al no haberse traído a él la escritura de constitución de la mencionada hipoteca, donde debe constar el resultado de la notificación, intimación o requerimiento efectuado por el Notario autorizante de dicha escritura, y convendría comprobar también si la inscripción en el Registro de la Propiedad refleja la notificación o requerimiento.

VI. El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Madrid confirmó la nota del Registrador fundándose en que, conforme al artículo 141 de la Ley Hipotecaria y a la referida doctrina de esta Dirección General, es necesario que el requerimiento notarial que se verifique contenga la advertencia de las consecuencias jurídicas que pueden derivarse de la no aceptación de la hipoteca en el plazo que se señala; sin que pueda entenderse cumplida dicha exigencia mediante la mera referencia en la notificación notarial de la existencia de la hipoteca de que se realiza «a los efectos establecidos en el artículo 141 de la Ley Hipotecaria», como sucedió en el supuesto objeto del recurso, ya que ni el tenor literal del precepto mencionado ni la finalidad del mismo consienten la interpretación pretendida por el recurrente.

VII. El recurrente apeló el auto presidencial, ratificando sus anteriores alegaciones y añadió que si dicho auto reconoce que en la notificación notarial consta que se pone en conocimiento del acreedor la existencia del gravamen «a los efectos establecidos en el artículo 141 de la Ley Hipotecaria», debe ser suficiente a los efectos debatidos.

Fundamentos de Derecho.—Vistos los artículos 141 de la Ley Hipotecaria y 237 del Reglamento Hipotecario; la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 1991; y las Resoluciones de 6 y 21 de noviembre de 1990, 4 de abril de 1991 y 28 de octubre de 1992.

1. Se debate sobre la posibilidad de cancelar una hipoteca constituida unilateralmente a la vista únicamente de la escritura otorgada por el dueño de las fincas hipotecadas, en la que se expresa que en la escritura de constitución del gravamen se requirió al Notario autorizante para que notificase a la sociedad favorecida la constitución de dicha hipoteca, a los efectos establecidos en el artículo 141 de la Ley Hipotecaria, «lo que se efectuó mediante envío de copia simple de la misma por correo certificado y con aviso de recibo al domicilio de la citada sociedad el día 20 de febrero de 1996, tal y como resulta de la nota puesta en la primera copia de la escritura de constitución de hipoteca unilateral antes mencionada».

En el presente caso no se cuestiona la forma en que se ha notificado a la sociedad favorecida por la hipoteca la constitución de la misma, sino que el Registrador alega como defecto que del documento presentado no resulta haberse realizado la notificación con los requisitos y formalidades establecidos en los artículos 141 de la Ley Hipotecaria y 237 del Reglamento Hi-

potecario. En concreto, según su preceptivo informe, considera que una hipoteca unilateral no aceptada no puede cancelarse con una simple notificación al acreedor, sino que hace falta especial requerimiento o advertencia en la que expresamente se haga constar que transcurridos dos meses sin que conste en el Registro la aceptación por el acreedor, el dueño de la finca puede cancelar la hipoteca sin consentimiento de la persona a cuyo favor se constituyó.

2. Es doctrina de este Centro Directivo (vide las Resoluciones citadas en los vistos) que, conforme a los artículos 141 de la Ley Hipotecaria y 237 del Reglamento Hipotecario, no es bastante el conocimiento de la hipoteca por el acreedor favorecido para que, desde entonces, se empiece a contar el plazo de los dos meses a que estos preceptos se refieren, ya que para que empiece a correr este plazo se necesita una especial intimación o requerimiento en el que se determinará expresamente que transcurridos los dos meses sin hacer constar en el Registro la aceptación, la hipoteca podrá cancelarse a petición del dueño de la finca, sin necesidad del consentimiento de la persona en cuyo favor se constituyó. Se trata, con esta cautela, de avisar al favorecido no sólo de la existencia de la formalización de la hipoteca sino también del carácter claudicante de esa situación registral. Por ello ha de confirmarse el criterio del Registrador, toda vez que la escritura calificada —único documento presentado— no acredita que la notificación a la sociedad acreedora favorecida por la hipoteca contenga advertencia alguna sobre la posibilidad de cancelación del gravamen a instancia del dueño de la finca hipotecada en los términos reglamentariamente establecidos.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar el Auto apelado y la nota del Registrador en los términos que resultan de los anteriores fundamentos de derecho.

Madrid, 3 de junio de 2000.—La Directora general, *Ana López-Monís Gallgo*.

Excmo. Sr. Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

COMENTARIO

El problema que aborda la presente resolución es cómo debe notificarse la constitución de una hipoteca unilateral al acreedor como requisito previo imprescindible para la cancelación de la misma, sin consentimiento del acreedor, y directamente por el hipotecante. En concreto, y en este caso se debate si basta con el envío de una copia simple de la escritura de constitución de la hipoteca, o si por el contrario, es necesario el requerimiento notarial expreso al que se refiere el artículo 141 LH.

Es decir, si cuando el artículo 141 LH habla de requerimiento está utilizando el término en su sentido estricto o, sin embargo, cabe hacer una interpretación amplia del mismo, equiparándolo a una notificación o simple puesta en conocimiento por cualquier medio.

Lo que importa no es tanto la forma adecuada sino las consecuencias que implica cada una de ellas. De este modo, una simple notificación (o el envío de la copia de la escritura), se limita a poner en conocimiento la constitución de la hipoteca, mientras que el requerimiento es una especial intimación al

acreedor para que acepte o no esa hipoteca, advirtiéndole que, si no lo hace, aquélla podrá cancelarse por el hipotecante sin su consentimiento.

Los artículos 141 LH y 237 RH son muy claros y utilizan expresamente el término requerimiento, y no otro, como podía haber sido «notificación, comunicación o informe». Luego, parece que, en principio, el legislador quiere otorgarle el significado estricto que establece el diccionario de la Real Academia Española de: «aviso, manifestación o pregunta que se hace generalmente bajo fe notarial, a alguna persona exigiendo o interesando de ella que exprese y declare su actitud o respuesta». Es decir, parece que quiere implicar cierta respuesta por parte del requerido, y no sólo poner en conocimiento del mismo determinados hechos; o sea, con el mismo se impone a una persona determinada el deber de efectuar una declaración de voluntad, o de no hacerla.

Sin embargo, la STS de 11 de marzo de 1999, no lo interpreta así, sembrando la confusión en esta materia, al menos con respecto a la cancelación de la hipoteca unilateral (art. 141 LH), pues el sentido que otorga a dicho «requerimiento» es una simple notificación, ya que dice: «el artículo 141 no contiene un verdadero requerimiento o exhortación requisitoria, ya que a la persona beneficiada con la hipoteca unilateral no se le comunica para que haga o deje de hacer algo, simplemente se le da noticia de la existencia de la formalización hipotecaria, y se le deja en absoluta libertad para que proceda según sus intereses».

Esta argumentación del Tribunal Supremo, que hace suya el recurrente, no es del todo acertada, tal y como manifiesta PAU PEDRÓN (1), diciendo que es sorprendente que el Tribunal Supremo afirme eso cuando el artículo 237 RH establece el contenido obligatorio de esa comunicación. Se olvida, entonces, la propia letra de dicho artículo, en la que expresamente se determina que el requerimiento tiene la función no sólo de comunicar la constitución de la hipoteca, sino, además, de advertir que si transcurren dos meses desde tal requerimiento, se cancelará dicha inscripción sin el consentimiento del acreedor. Así también lo ha entendido la jurisprudencia registral. Baste ver, a este respecto, las Resoluciones de 23 de septiembre de 1987, 6 y 21 de noviembre de 1990, 4 de abril de 1991, 28 de octubre de 1992, en las que se reitera la idea de que para cancelar una hipoteca unilateral es preciso que se haga el requerimiento o especial intimación en el que «se determinará expresamente que transcurridos los dos meses sin hacer constar en el Registro la aceptación, la hipoteca podrá cancelarse a petición del dueño de la finca sin necesidad del consentimiento de la persona a cuyo favor se constituyó».

Parece, según ha entendido la DGRN, que para cancelar estas hipotecas no basta con que transcurran dos meses desde que se notificó o comunicó al favorecido con la hipoteca la constitución de ésta, sino que es necesario ese requisito más del requerimiento o especial exhortación advirtiendo de las consecuencias de su no-aceptación.

Pero, aceptando entonces, que es absolutamente necesario esa comunicación de las consecuencias de la no-aceptación, me planteo un nuevo problema. ¿Basta para cumplir las exigencias del 141 LH y 237 RH que se comunique al acreedor la constitución de la hipoteca y las consecuencias de su no respuesta, o, por el contrario, es necesario el acto expreso requisitorio que

(1) Cfr. PAU PEDRÓN, A., *La hipoteca unilateral: constitución, aceptación, cancelación*, Ed. Tecnos, 1996, pág. 20.

trata de intimarle o compelerle a que haga algo, tras esa notificación, fin último del requerimiento? En otras palabras, esta problemática responde a la polémica en torno a la finalidad del requerimiento.

En este punto, como en tantos otros, la doctrina se encuentra dividida. Para unos autores, y tradicionalmente, el requerimiento es verdadera intimación, que exige por parte del que lo recibe una respuesta: hacer o no hacer algo. Así se ha manifestado ROCA SASTRE, SANZ FERNÁNDEZ, DE LA RICA Y ARENAL y CHICO Y ORTIZ (2).

Sin embargo, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS sostiene que el requerimiento sólo pretende avisar o comunicar; en concreto, dice que es un simple aviso de la posible cancelación consecuente (3). Esta opinión es, asimismo, defendida por PAU PEDRÓN (4), que considera que basta que el acreedor hipotecario conozca la constitución de la hipoteca, pues la finalidad del requerimiento es «el anuncio al acreedor de que se ha constituido la hipoteca», debido, según este autor, a que el Registro de la Propiedad no se presume conocido, y al carácter recepticio del acto constitutivo unilateral que exige comunicación.

Sin embargo, si volvemos al sentido que tiene la palabra requerimiento y lo que implica, se ha de sostener que el requerimiento no es un acto unilateral, sino que exige siempre una respuesta, que se concretará, generalmente, en hacer o no hacer algo. Y estas respuestas están implícitas en el propio requerimiento, pues son siempre necesarias para la efectividad o no de su presupuesto. En este sentido se manifiesta la gran mayoría de la doctrina notarial, diferenciándolo en este aspecto de la mera notificación o comunicación. Por ejemplo, GIMÉNEZ ARNAU (5) distingue el requerimiento de la notificación en que aquél pretende del requerido una actitud no meramente pasiva, sino activa; AVILA ALVAREZ (6) considera que si la notificación

(2) ROCA SASTRE, R. M., y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho Hipotecario*, tomo VII, Ed. Bosch, Barcelona, 1998, pág. 570: «El artículo 141 LH, al establecer el referido requerimiento al acreedor, a fin de conseguir excitarle o provocarle a que se decida por aceptar o rechazar la hipoteca que se le brinda, interpretando su silencio, transcurridos dos meses, como rechazo de la hipoteca...» SANZ FERNÁNDEZ, A., *Comentarios a la nueva Ley Hipotecaria*, Madrid, 1945, pág. 406, dice que el requerimiento del 141 consiste en «una intimación al acreedor para que acepte o rechace la hipoteca». DE LA RICA Y ARENAL, R., *Libro homenaje a don Ramón de la Rica y Arenal*, tomo I, Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid, 1976, pág. 423, comenta que debe recordarse al requerido «el acto intimatorio del requerimiento», en cuya virtud se le requerirá para que acepte o rechace la hipoteca constituida, adviniéndole, además, de las consecuencias de su no-aceptación. CHICO Y ORTIZ, J. M., *Estudios sobre Derecho Hipotecario*, tomo I, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1994, págs. 1480-1482, recoge las ideas de DE LA RICA en el sentido de que la finalidad del requerimiento es intimar al acreedor a que acepte o rechace la hipoteca, además de que debe advertírsele de que si no contesta en el plazo de dos meses, se cancelará la inscripción.

(3) PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derechos reales. Derecho Hipotecario*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1986, pág. 521, «el requerimiento no trata tanto de provocar la actuación del favorecido en el sentido de aceptar o no, como de avisarle de la posible cancelación; es decir, de cumplir una precaución legal, puesto que va a cancelarse una situación registral de beneficio que puede quizá responder ya a un derecho legítimamente adquirido por el favorecido».

(4) PAU PEDRÓN, A., *La hipoteca unilateral...*, ob. cit., pág. 21.

(5) GIMÉNEZ-ARNAU, E., *Derecho notarial*, EUNSA, Pamplona, 1976, pág. 747.

(6) AVILA ALVAREZ, P., *Derecho notarial*, Bosch Casa editorial, Barcelona, 1986, pág. 287, «Teoría y práctica del acta de notificación o requerimiento», en volumen

es la comunicación de una noticia, el requerimiento es una exhortación a una persona para que haga algo o se abstenga de hacerlo, y asimismo, considera la contestación del requerido como una de las fases integrantes en el requerimiento.

Teniendo en cuenta que el aceptar o no está implícito en el propio requerimiento, que el legislador usa esa palabra y no la de «notificación», y por último y creo que fundamental, que lo que pretende este artículo es que el acreedor conozca la constitución de hipoteca a su favor (hipoteca que ya se encuentra inscrita y sólo depende de su aceptación para que empiece a producir efectos) para que proceda a aceptarla o no, la actitud del acreedor requerido adquiere una importancia vital y fundamental. Por todo ello, no puede minusvalorarse la actuación posterior y consecuente con dicho conocimiento del acreedor hipotecario, pues si dicha actuación posterior consiste en aceptar la hipoteca, ésta se hará eficaz; mientras que si consiste en no hacer nada, no aceptarla, esto equivale a rechazarla, o lo que es lo mismo, a negarle eficacia, convirtiéndose la hipoteca en un derecho no eficaz, no válido, cuya existencia ya no tiene sentido y que como tal debe procederse a su cancelación.

Luego, cuando se comunica al acreedor la constitución de la hipoteca y sus consecuencias, se pretende mucho más: o que se consolide o que se rechace un derecho. Por lo tanto, creo que en este caso está plenamente justificada la utilización de un requerimiento en sentido estricto que implica por parte del requerido ese hacer o no hacer algo. Pues el no hacer trae como consecuencia la cancelación, y en consonancia con lo establecido en los artículos 82.1 LH y 179 RH, para esa cancelación es preciso, por regla general, que preste su consentimiento a ello el titular registral perjudicado, tal y como exige el principio de legitimación registral que pretende proteger al titular, de manera que ningún acto relativo al derecho del cual es titular pueda llevarse a cabo sin su consentimiento o aprobación. Consecuentemente, si de modo excepcional, en este caso, se permite la cancelación sin el consentimiento del acreedor hipotecario, por lo menos y para salvaguardar este principio general, parece cuando menos conveniente que se le haga un requerimiento expreso, pues de este modo, al requerir, exhortar e intimar de alguna manera al acreedor, es probable que se justifique más la cancelación, cuando éste no responda a dichos requerimientos, que si simplemente se le comunica la constitución de la hipoteca. Pues al requerir, su no aceptación ya iba implícita en dicho requerimiento, y es por tanto como si al no contestar se manifestara su voluntad de perder esa hipoteca constituida a su favor, dándose cumplimiento a la exigencia derivada del principio de legitimación de que ningún titular puede ser privado de su derecho sin su consentimiento; cosa que nunca ocurriría con una notificación.

RECURSO GUBERNATIVO. PROCEDENCIA PESE AL CONSENTIMIENTO PARA LA INSCRIPCION PARCIAL. FORMA DE LA NOTA RECURRIDA.— LA CONFORMIDAD DEL INTERESADO A UNA INSCRIPCION PARCIAL NO SIEMPRE IMPLICA RENUNCIA A QUE EL REGISTRADOR EXPRESE LOS MOTIVOS DE LA DENEGACION DE LA INSCRIPCION. LA SOLICITUD DE INSCRIPCION DE TODOS LOS PACTOS CON TRASCENDENCIA REAL IMPLICA QUE PUEDA SER RECURRIDA LA NOTA QUE EXPRESA LOS PACTOS QUE NO HAN SIDO INSCRITOS, YA QUE ESTO SIGNIFICA QUE, A JUICIO DEL REGISTRADOR, CARECEN DE TRASCENDENCIA REAL (RESOLUCIÓN DE 12 DE JUNIO DE 2000. BOE DE 27 DE JULIO DE 2000).

RESOLUCION de 12 de junio de 2000, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por Caja de Ahorros de Asturias, frente a la negativa del Registrador de la Propiedad de Pravia, don Juan Ignacio de los Mozos Tuya, a inscribir determinados pactos de una escritura de préstamo con garantía hipotecaria, en virtud de apelación del Registrador.

En el recurso gubernativo interpuesto por don Jesús María Alcalde Barrio, en nombre y representación de la Caja de Ahorros de Asturias, frente a la negativa del Registrador de la Propiedad de Pravia, don Juan Ignacio de los Mozos Tuya, a inscribir determinados pactos de una escritura de préstamo con garantía hipotecaria, en virtud de apelación del Registrador.

Hechos.—I. Por escritura otorgada el 1 de julio de 1997 ante el Notario de Mieres don Andrés Santiago Guervos, la Caja de Ahorros de Asturias concedió a don A. M. I. y doña R. V. G. un préstamo por importe de 18.000.000 de pesetas, a un interés inicial de seis cuatro enteros setecientos cincuenta milésimas por ciento anual, sujeto a revisión. Entre otros pactos se convino lo siguiente: «Tercera. Devolución del préstamo y sus intereses:... Asimismo, se pacta que la parte prestataria pueda anticipar la cancelación, a cuyo efecto habrá de satisfacer la liquidación que del préstamo sea practicada por la Caja. Sexta: Las cantidades vencidas y no satisfechas a sus respectivos vencimientos devengarán día a día, y por ende, con base en el año natural, el interés vigente en cada momento incrementado en ocho puntos, que será liquidado en el momento de su pago. Octava: Vencimiento anticipado. No obstante el plazo pactado, se producirá su vencimiento anticipado, con facultad correlativa de la Caja de exigir, con ejecución hipotecaria, cuanto se le deba por principal y accesorios, en cualquiera de los siguientes supuestos: c) Por incumplimiento de la parte prestataria de cualquiera de las obligaciones que por el contrato asuma respecto a pago de contribuciones y primas de póliza de seguro. e) Si ocurriese siniestro en la finca hipotecada que minorice el valor de la misma en más de un 20 por 100, si no se repone la garantía. Novena: En garantía del principal del préstamo, es decir, dieciocho millones de pesetas, de sus intereses ordinarios de dos años al tipo inicialmente convenido, esto es, por 2.430.000 pesetas, de sus intereses moratorios de tres años al tipo inicialmente convenido más ocho puntos, esto es, por 7.965.000 pesetas, de tres millones seiscientos mil pesetas para costas y gastos, y de una cantidad máxima de quinientas mil pesetas para responder de primas de seguro, contribuciones... la parte prestataria constituye hipoteca sobre la finca... Decimocuarta: La parte prestataria se obliga a asegurar contra daños la finca o fincas hipoteca-

das, en cantidad no inferior a dieciocho millones seiscientas mil pesetas, en Compañía de reconocida solvencia, obligándose a continuar este seguro mientras la deuda subsista y a pagar las primas dentro del plazo que fija la póliza. La prestataria autoriza expresa e irrevocablemente a la Caja, hasta la cancelación del préstamo, para que directamente ejerza las siguientes facultades: a) Abonar las primas del seguro y recoger los recibos si lo estimase oportuno... Decimosexta: Los bienes hipotecados han sido valorados de conformidad con la Orden de 30 de noviembre de 1994, del Ministerio de Economía y Hacienda, a los efectos previstos en la Ley de 25 de marzo de 1981, y Real Decreto de 17 de marzo de 1982, reguladores del mercado hipotecario. Vigésima: Las partes solicitan del señor Registrador de la Propiedad correspondiente: 1) La inscripción en los Registros a su cargo de las cláusulas de trascendencia real obrantes en la presente escritura, sin perjuicio de la plena eficacia civil y procesal de las de carácter obligacional».

II. Presentada copia de dicha escritura en el Registro de la Propiedad de Pravia, fue inscrita parcialmente, según nota extendida a su pie, que dice: «Inscrito el precedente documento donde indica el cajetín extendido al margen de la descripción de la finca comprendida en el mismo. Conforme establece el artículo 434 del Reglamento Hipotecario, no han sido objeto de inscripción: La cláusula primera bis completa; de la cláusula tercera, las palabras finales de la misma «que» y «sea practicada por la Caja»; de la cláusula cuarta, en el primer párrafo, las palabras «y la fórmula de la tasa anual equivalente incorporada como anexo a esta escritura»; en el apartado 1, desde las palabras finales «dentro de la cuota...» hasta el final del apartado; y del apartado 2, el último párrafo; las cláusulas quinta, sexta y séptima completas; de la cláusula octava, los apartados b), c), d), e) y g) y del apartado f), las palabras «esta escritura no se pudiera inscribir en el Registro de la Propiedad por causa imputable a la parte prestataria, o, una vez inscrita»; de la cláusula novena, los referentes a los intereses moratorios y primas de seguros, así como la responsabilidad total; de la cláusula undécima, los apartados b), y el c) desde la palabra «vistos» inclusive; de la cláusula duodécima, el apartado 1, completo; y de la cláusula decimocuarta al final, excepto la cláusula decimoquinta que ha sido objeto de inscripción, el párrafo quinto hasta el punto y seguido. La vivienda objeto de hipoteca se encuentra en construcción, pendiente de acreditar la terminación de las obras conforme establece el artículo 37.2 de la Ley del Suelo y Ordenación Urbana. Pravia, 2 de agosto de 1997. El Registrador. Fdo.: Juan Ignacio de los Mozos Touya».

III. Don Jesus María Alcalde Barrio, en representación de Caja de Ahorros de Asturias, interpuso recurso gubernativo frente a la negativa a inscribir los siguientes pactos de la escritura —limitados a aquellos a que se refiere la apelación a resolver— y sobre la base de los siguientes argumentos: en relación con la cláusula tercera parece entender el Registrador que practicar una liquidación por la Caja supone contravenir lo dispuesto en el artículo 1.256 del Código Civil, cuando está amparada por el artículo 1.255 del mismo Código; que la licitud del pacto se ve reforzada por analogía con lo dispuesto en el artículo 153.5 de la Ley Hipotecaria, siendo además una posibilidad admitida por el artículo 1.435 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para todos los contratos mercantiles otorgados por entidades de crédito, ahorro y financiación; y que además, no puede obviarse que el sistema alternativo sería, bien un acuerdo entre las partes, inimaginable en estos supuestos, bien una sentencia en juicio ordinario, por lo que la posibilidad de que la liquidación se

practique por la Caja puede ser perfectamente convenida, sin perjuicio de ulterior comprobación, pues de lo contrario se estaría imponiendo al prestatario una pesada carga habida cuenta de lo complejo de la liquidación con los actuales sistemas mixtos de amortización, aparte de que, confesado recibido el préstamo y asumida la obligación de pagar intereses, el deudor habría de acreditar el haber realizado los pagos puntuales, solución más onerosa que la convenida; que la cláusula sexta en que se pactan intereses moratorios ha de entenderse lícita y establecida en beneficio de ambas partes, pues no es infrecuente que el prestatario, por motivos de tesorería u otros, le convenga mantener a modo de prórroga que le permita ponerse al corriente en los pagos abonando intereses de demora; que no puede entenderse esa «prestación accesorio» como una «obligación accesorio», desvinculada de la principal, por lo que los intereses moratorios son asegurable con hipoteca con la finalidad de reforzar el cumplimiento de la obligación principal; que vinculada como está la inscripción de dicha cláusula a la de constitución de hipoteca no cabe aceptar la fundamentación jurídica de la nota que la rechaza, pues si bien el artículo 114 de la Ley Hipotecaria establece como límite en orden a la reclamación de intereses frente a tercero de cinco anualidades, pero no establece que hayan de ser calculados al tipo establecido para los ordinarios; que por el contrario, de las Resoluciones de 23 de febrero de 1996, 8, 11, 12 y 13 de marzo de 1996 y otras, se deduce la admisibilidad de una garantía por intereses como la convenida en la escritura calificada; que en este caso se establece un tope a la responsabilidad por intereses moratorios, garantizándose de manera diferenciada, y constituyendo hipoteca expresa en su garantía, lo que es conforme con la doctrina de las Resoluciones de 23 de febrero, 8, 11, 12 y 13 de marzo y 1 y 2 de abril de 1996; por lo que se refiere a la negativa a inscribir determinados apartados de la cláusula octava, como causas de vencimiento anticipado, se ha de distinguir: La relativa al impago de la prima del seguro no puede rechazarse por falta de garantía cuando en la estipulación novena se garantiza una determinada suma por tal concepto, y en la decimo cuarta se establece la obligación de tener asegurada la finca contra daños por determinada cantidad, estipulación ésta cuya trascendencia real resulta del artículo 110.2 de la Ley Hipotecaria y ha sido admitida por Resolución de 22 de julio de 1996; que la causa de vencimiento como consecuencia del deterioro de la finca tiene trascendencia real, pues aunque el artículo 1.129.3 del Código Civil se refiera al deudor, el tercer poseedor, aunque no responda personalmente de la obligación garantizada, ha de soportar la ejecución y está obligado a mantener la garantía real, siendo aquella eficacia reconocida en Resoluciones de 23 y 26 de octubre de 1987; y en cuanto a la negativa a inscribir la cláusula decimosexta ha de entenderse que no es innecesaria, pues la valoración de los bienes con arreglo a las disposiciones que cita es requisito para la titulación de los préstamos, tal como señala el artículo 5.2 de la Ley del Mercado Hipotecario.

IV. El Registrador informó que al haberse extendido la nota de despacho al amparo del artículo 434 del Reglamento Hipotecario, que autoriza a inscribir solamente los pactos con trascendencia real denegando los personales sin expresión de causa o motivo, cuando se cuente con el consentimiento de los interesados —en este caso en la cláusula vigésima— lo procedente para conocer aquellos motivos hubiera sido presentar de nuevo el título para la extensión en forma de nota de calificación, por lo que entendía que no es posible el recurso al no existir nota de calificación; que el pacto sobre cancelación del

préstamo, según liquidación hecha unilateralmente por la Caja, sobre ser personal, es contrario al artículo 1.256 del Código Civil, 10 de la Ley General de Protección de Consumidores y Usuarios, y Directiva del Consejo de 5 de abril de 1993; que no se cuestiona la licitud del pacto sobre intereses moratorios sino tan sólo si es inscribible conforme a los artículos 114, 115 y 146 de la Ley Hipotecaria y 220 de su Reglamento al sobrepasar, junto con los ordinarios, el límite que para su garantía establecen dichas normas; que pese a que el recurrente afirme que no se debate sobre el límite temporal de las cinco anualidades, ésta es la cuestión central, desfigurando en su argumentación el sentido de las Resoluciones que cita; que el criterio mantenido en la doctrina sentada en las Resoluciones de 23 y 26 de octubre de 1987, 22 de julio, y 16 y 17 de diciembre de 1996, es que el límite de responsabilidad por razón de intereses, tanto ordinarios como de demora, no puede exceder de las cinco anualidades previstas en el artículo 114 de la Ley Hipotecaria, debiendo, a estos efectos, computarse conjuntamente; que por tanto no se trata tan sólo de sumar el número de anualidades de suerte que no excedan de cinco, primero, por un argumento de tipo gramatical, ya que la norma se está refiriendo a los únicos intereses que contempla, los ordinarios, máxime cuando el artículo 146 de la Ley y el 220 del Reglamento se refieren a cantidad o importe y no al número de años; en segundo lugar, por un argumento lógico, pues si se trata de dar cobertura hipotecaria a cierta responsabilidad por razón de intereses, es lógico pensar que el tope máximo permitido ha de fijarse sobre la base del tipo establecido para los ordinarios en combinación con el capital garantizado; y tercero, por razones de orden sistemático, pues así se desprende de las normas relativas a la ejecución contenidas en el artículo 131.15, 126 y 146 de la Ley, y 220 y 235.8.^a y 9.^a del Reglamento Hipotecario; que carece de sentido partir de la premisa falsa de que nada dice el citado artículo 114 para llegar a la conclusión de que nada obsta a que el tope máximo se fije tomando el tipo de interés correspondiente a los moratorios, porque con ello se daría cobertura hipotecaria a una responsabilidad ajena al «corpus» de la hipoteca modelada por el legislador, como derecho sujeto a tipicidad legal y de constitución registral; y por último, que dado que los intereses de demora no caben en el tope máximo, legalmente permitido, no cabe otra solución que denegar su inscripción totalmente siguiendo el criterio de las Resoluciones de 16 y 17 de diciembre de 1996, conforme al cual el Registrador no puede alterar el contenido del documento sujeto a inscripción; y que no obstante queda en el aire toda la problemática relativa a las hipotecas de máximo en garantía de obligaciones accesorias de la principal; que la denegación de la inscripción del pacto sobre vencimiento anticipado por impago de las primas de seguro se funda en no estar garantizado su pago con la hipoteca, y si bien el interés del acreedor en ese pago le permite ejercitar la acción personal de resolución de la obligación principal de préstamo, o una acción de devastación en su caso, al no estar garantizados con la hipoteca ni ser susceptibles de ello por ser una obligación accesoria que queda fuera de cobertura hipotecaria, carece de sentido su inscripción; en lo referente a la desvalorización de la finca por siniestro ha de partirse de la falta de determinación del valor inicial sobre el que ha de producirse la desvalorización, que no se determina; que aparte de ello, la cuestión no está en el porcentaje de la disminución de aquel valor, sino en los presupuestos para el ejercicio de la acción de devastación, pues si bien, a diferencia del artículo 1.129.3 del Código Civil que se refiere al deudor, el artículo 117 de la Ley Hipotecaria lo

hace al dueño de la finca, sea o no deudor, parte de una conducta voluntaria del mismo, y ante ella permite al Juez adoptar diversas medidas, una de ellas el vencimiento anticipado, la estipulación rechazado lo hace con carácter objetivo, por el mero hecho de desvalorizarse la finca, y de forma automática; que en la cláusula de constitución de hipoteca, aparte de la garantía de los intereses de demora se rechaza la de otros gastos extrajudiciales, en primer lugar porque engloba cantidades de muy variada naturaleza, y en segundo lugar por no ser susceptibles de dicha garantía, dada la tipicidad legal a que está sujeta la hipoteca que no permite garantizar junto con la obligación principal otras que las específicamente previstas por la ley, intereses dentro del límite legal y costas y gastos judiciales; y justifica el rechazo a inscribir la estipulación relativa a la valoración de la finca a efectos de la legislación del mercado hipotecario por innecesaria, dado que será al tiempo de emitir los correspondientes valores cuando haya de comprobarse la legalidad de la emisión, pero no al tiempo de constituirse la hipoteca que sirva de cobertura a los mismos.

V. El Presidente del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias acordó estimar parcialmente el recurso revocando la nota de calificación en cuanto denegó la inscripción de las siguientes cláusulas: *a)* La parte rechazada de la tercera por ser lícita y lógica a reserva de posterior comprobación; *b)* la garantía de los intereses de demora, configurada como una hipoteca de máximo, pues cabe dentro de los límites del artículo 114 de la Ley Hipotecaria y ha sido admitida por Resoluciones de 16 y 17 de diciembre de 1996; *c)* las relativas a las primas de seguro por ser extensiva la hipoteca a las indemnizaciones concedidas o debidas al propietario por tal concepto y estar admitida por Resoluciones de 10 de mayo y 22 de julio de 1996 y, por tanto, extensible la hipoteca a la garantía de sus primas; *d)* la de vencimiento anticipado como consecuencia de siniestro de la finca por estar permitida por el artículo 1.129.3 del Código Civil; y *e)* la valoración de los bienes conforme a la legislación del Mercado Hipotecario por cuanto el hecho de ser innecesaria no impide su inscripción.

VI. El Registrador apeló la anterior resolución remitiéndose a su informe y reiterando la improcedencia del recurso y que la garantía hipotecaria de las primas de seguros, como la de los gastos extrajudiciales, pugna con la tipicidad del derecho real de hipoteca.

Fundamentos de Derecho.—Vistos los artículos 1.127, 1.129.3, 1.156, 1.157, 1.168 y 1.256 del Código Civil; 12, 114 y 117 de la Ley Hipotecaria y 220, 429 y 434 de su Reglamento; 5 y 7 de la Ley del Mercado Hipotecario, y 26 y 28 del Real Decreto 685/1982, de 17 de marzo, y las Resoluciones de 4 de julio de 1984, 23 y 26 de octubre de 1987, 8 de noviembre de 1993, 19 de enero, 22 de julio, 23 y 26 de octubre de 1996, 18 de diciembre de 1999 y 14 y 17 de marzo de 2000.

1. Como cuestión previa al examen de los cinco puntos que han de resolverse, en cuanto defectos revocados por el auto frente al que ha apelado el Registrador, ha de plantearse la objeción de éste sobre la improcedencia del recurso a falta, según él, de nota de calificación frente a la que recurrir.

La conformidad del interesado a una inscripción parcial del título presentado, lo sea como consecuencia de la previa manifestación de los defectos observados en la calificación a que se refiere el artículo 429 del Reglamento Hipotecario, lo sea directamente al presentar aquél o resulte del mismo, bien

de forma expresa, bien tácita —atribuyendo, por ejemplo, efectos meramente obligacionales o inter partes a determinadas estipulaciones— ofrece muchos matices. En lo que a su repercusión en la nota de despacho se refiere, no toda conformidad a esa inscripción parcial ha de entenderse como renuncia a la expresión en la misma de los motivos del rechazo, pues la regla general, contenida en el último párrafo del artículo 434 del mismo Reglamento, es que deberá expresarse la causa o motivo de la suspensión o denegación, con la única excepción de que el presentante o interesado hayan manifestado su conformidad al despacho del documento sin unas concretas estipulaciones o pactos, lo que parece implicar o bien el previo conocimiento de la calificación desfavorable a su inscripción o el reconocimiento de que no son inscribibles. Una solicitud genérica de inscripción prescindiendo de todo aquello que el Registrador considere que no procede, tan sólo persigue el lograr el inmediato acceso al Registro acto o contrato en cuestión sin verse obstaculizado por defectos que afecten a pactos, estipulaciones o fincas concretas, pero no puede considerarse como renuncia a la inscripción de dichos pactos o estipulaciones ni a la posibilidad de recurrir frente a la calificación que los rechace, por lo que en tales casos, como ya señalara la Resolución de 19 de enero de 1996, no puede omitirse en la nota las razones de su exclusión. Pero es más, en un supuesto como el presente, en que la solicitud de inscripción lo es de todos los pactos contenidos en el negocio a calificar que tenga trascendencia real, la expresión en la nota de despacho de cuáles no se han inscrito, sin mayores precisiones sobre las razones de su exclusión, lleva implícita su calificación como carentes de aquella trascendencia, y tal calificación es perfectamente recurrible.

2. El primero de los defectos revocados y objeto de apelación es el que rechaza la inscripción del último párrafo de la estipulación tercera del contrato, y en cuanto a él ha de estimarse el recurso. Reconocido al deudor el derecho a anticipar la cancelación de la deuda, posibilidad que encuentra cobijo en el artículo 1.127 del Código Civil, lo que no cabe es condicionarlo a que la cantidad pagada sea la que unilateralmente estime el acreedor que le es debida, pues con ello se infringe el principio consagrado en el artículo 1.256 del mismo Código, que veda el dejar el cumplimiento de las obligaciones al arbitrio de una de las partes. Podrá el acreedor aceptar o no el pago, según considere que el mismo alcanza o no a la totalidad de lo debido (cfr. art. 1.169 del Código Civil), pero no impedir por su sola voluntad el ejercicio por el deudor del derecho que se le reconoce, con los consiguientes efectos extintivos de la deuda, acudiendo en su caso a la consignación de ser el pago íntegro (cfr. arts. 1.156, 1.157 y 1.176 de dicho Código).

3. La segunda de las cuestiones a abordar es la relativa a dos de las cláusulas del contrato relacionadas entre sí: el rechazo a la inscripción de la garantía hipotecaria convenida para los intereses de demora y, como consecuencia de ello, del pacto sobre devengo de tales intereses, rechazo que se basa en considerar que la cantidad garantizada por tal concepto, sumada a la fijada para garantizar los intereses ordinarios, excede del máximo permitido por el artículo 114 de la Ley Hipotecaria, esto es: cinco anualidades de intereses ordinarios.

El defecto no puede confirmarse. La doctrina de esta Dirección General, contenida en Resoluciones de 23 y 26 de octubre de 1987 y 22 de julio de 1996, entre otras, una vez sentada la distinta naturaleza y régimen de los intereses remuneratorios y moratorios, diverso origen y título para lograr su

efectividad, ha admitido la posibilidad de extender la garantía hipotecaria a los segundos siempre que, por exigencias del principio de especialidad (cfr. art. 12 de la Ley Hipotecaria), se precise claramente en qué medida lo están, con independencia de la garantía prevista para los primeros, de suerte que no pueda aplicarse la cobertura establecida para unos a los otros. Por lo demás, la doctrina invocada sobre la computación conjunta de uno y otro tipo de intereses, no es argumento para rechazar la inscripción pretendida, pues tal doctrina, como precisara la Resolución de 18 de diciembre de 1999 —y que han ratificado las de 14 y 17 de marzo del corriente año— no pretende afirmar otra cosa sino que unas mismas cantidades no pueden devengar simultáneamente intereses ordinarios y de demora, mas, respetada esta exigencia, ninguna dificultad hay para poder reclamar todos los intereses, sean remuneratorios o de demora, realmente devengados y cubiertos por las respectivas definiciones de su garantía hipotecaria —dentro de los máximos legales— aun cuando se reclamen intereses remuneratorios de los cinco últimos años e intereses moratorios también de los cinco últimos años, si así procediera, por ser distintas y de vencimiento diferente las cantidades que devengan unos y otros y, por tanto, a ambos puede extenderse la garantía hipotecaria dentro de dichos límites.

4. En tercer lugar, se plantea el rechazo a la inscripción de la estipulación que impone la obligación de asegurar la finca hipotecada por determinada suma, con la facultad del acreedor de atender al pago de las primas del seguro. En relación con ella, se ha de distinguir dos cuestiones: Por un lado, su conexión con la cláusula octava, donde se conviene que la falta de pago de la prima del seguro opere como causa de vencimiento anticipado de la obligación de devolver el préstamo y a cuyos efectos ha de admitirse su inscripción pues, conforme reiteradamente ha señalado este Centro Directivo (cfr. Resoluciones de 23 y 26 de octubre de 1987 y 22 de julio de 1996), es admisible como causas de vencimiento anticipado el impago de aquellas obligaciones que siguen a la cosa y que, como las primas del seguro, en cuanto crédito privilegiado (cfr. art. 1.923.2.º del Código Civil) suponen un riesgo de detrimento potencial del bien hipotecado (cfr. art. 1.129.3 del mismo Código); y por otro, en relación con su garantía hipotecaria, extremo sobre el que la misma doctrina (vid. por todas la Resolución de 22 de julio de 1996, que confirma otras anteriores) tiene admitido que los contratantes pueden extender la garantía hipotecaria a aquellos gastos extrajudiciales que, como las primas del seguro del bien hipotecado, están en íntima conexión con la conservación y efectividad de la garantía cuando, como aquí ha ocurrido, se respeten las exigencias que en aras del principio de especialidad impusieran las Resoluciones de 23 y 26 de octubre de 1987, en el sentido de que han de precisarse los concretos gastos extrajudiciales que se garantizan.

5. Es objeto de debate, igualmente, la validez del pacto por el que se conviene el vencimiento anticipado de la deuda para el caso de sufrir la finca hipotecada un siniestro que disminuya su valor en más de un 20 por 100 si no se repone la garantía. El hecho de que el legislador atribuya al acreedor hipotecario, en ciertos casos, como una de las facultades de defensa y conservación del derecho real de garantía, la llamada acción de devastación, tendente a reprimir o reparar el menoscabo que pueda sufrir el bien sobre el que se ha constituido aquel derecho, no significa necesariamente que no pueda atribuírsele también convencionalmente la facultad de dar por vencido anticipadamente el crédito para el caso de disminución del valor de las garantías por

causas objetivas y lograr, a través de su inscripción registral, hacerla oponible a terceros. La doctrina de este Centro Directivo no sólo ha admitido la modulación por vía de pacto del vencimiento anticipado que establece el artículo 1.129.3.º del Código Civil para concretar el grado de quebranto o pérdida de valor de los bienes que se configure como disminución de la garantía, sino también que a su amparo puedan establecerse como causas de vencimiento anticipado pérdidas o disminuciones del valor de los bienes producidas con independencia de la existencia o no de culpabilidad del deudor o propietario (cfr. Resoluciones de 23 y 26 de octubre de 1987, 16 de marzo y 26 de diciembre de 1990), siempre que cumplan unas exigencias mínimas como la concreción de la disminución del valor que la determine (cfr. Resolución de 8 de noviembre de 1993) y que la misma no quede al arbitrio de una de las partes (cfr. Resolución de 4 de julio de 1984).

6. Por último se plantea si procede, por ser necesario o no, el hacer constar la declaración de que la finca hipotecada ha sido valorada de conformidad con las exigencias de la normativa del mercado hipotecario. El artículo 5 de la Ley del Mercado Hipotecario —Ley 2/1981, de 25 de marzo— establece unos límites, fijados en un porcentaje sobre el valor de los inmuebles hipotecados en su garantía, al importe de los créditos que pueden servir de cobertura a las emisiones de cédulas o bonos hipotecarios, por lo que entre los requisitos exigidos por el posterior artículo 7 para su movilización se encuentra el de que hayan sido previamente tasados con los requisitos que reglamentariamente se establezcan.

Esa tasación es pues un requisito previo a la emisión de los valores garantizados, pero no para la constitución previa de la hipoteca, aun cuando nada obsta a que se haya verificado en tal momento o incluso antes, en cuyo caso el artículo 28.2 del Real Decreto 685/1982, de 17 de marzo, que desarrolla aquella Ley, establece que se hará constar en la escritura de constitución de la hipoteca y en la inscripción de la misma en el Registro de la Propiedad.

Ahora bien, si esa constancia viene reglamentariamente impuesta, lo es sobre la base de su acreditación mediante el certificado de los servicios correspondientes, según la propia norma establece, por lo que la simple manifestación de su existencia no acreditada con la incorporación a la escritura del correspondiente certificado carece, por sí sola, de toda relevancia a efectos registrales.

Esta Dirección General ha acordado estimar parcialmente el recurso revocando el primero y último de los extremos del auto apelado, y desestimarlos, confirmando dicho auto, en cuanto a los restantes.

Madrid, 12 de junio de 2000.—La Directora general, *Ana López-Montís Gallego*.

Excmo. Sr. Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Asturias.

COMENTARIO

En esta resolución, y en el primero de los fundamentos de derecho (que será el que se va a comentar), la DGRN afronta un viejo, y parece, por su continua reiteración, que no resuelto problema. En efecto, una vez más, y le seguirán otras muchas resoluciones, la DGRN debe decidir sobre la proceden-

cia de entablar un recurso gubernativo contra una inscripción parcial del Registrador, precisamente recurriendo a aquellas cláusulas no inscritas, a pesar de haberse consentido y solicitado, *a priori*, únicamente la inscripción de aquellas cláusulas o pactos que tuvieran, en este caso concreto, carácter real. Es decir, si existe un consentimiento previo a la no inscripción de determinadas cláusulas —aquellas que carecen de trascendencia real—, ¿es posible recurrir, luego, la decisión del Registrador de no incribirlas?

Para analizar esta cuestión es necesario plantearse, en primer lugar, si la no-inscripción (en una inscripción parcial), puede ser objeto de recurso gubernativo; y en segundo lugar, si, además, es éste posible, a pesar de que el presentante haya consentido previamente esa no-inscripción, y si es necesario, entonces, que el Registrador, en su nota, exprese los motivos por los cuales no practicó la inscripción de los pactos o cláusulas no inscritos.

1. OBJETO DEL RECURSO GUBERNATIVO

Se discute por la doctrina si el objeto del recurso gubernativo es la calificación que hace el Registrador (1), o bien es la resolución del Registrador —mediante la nota de calificación—, denegando o suspendiendo la práctica del asiento solicitado (2).

La primera tesis encuentra su apoyo en la posibilidad de interponer el recurso gubernativo a efectos doctrinales, aun cuando se hubieran inscrito los documentos calificados en virtud de subsanación. Los que afirman que lo que se recurre es únicamente la decisión del Registrador, encuentran su apoyo en el artículo 126 RH, que se refiere en todo momento a la resolución del Registrador como determinante, y no a su calificación. Creo que realmente lo que se recurre mediante el recurso gubernativo es la calificación registral, al amparo de lo dispuesto en el artículo 66 LH, que establece que se puede reclamar gubernativamente contra la calificación del título hecha por el Registrador, en la cual se suspenda o deniegue el asiento solicitado; y en el mismo sentido, los artículos 112 RH y 117 RH, de los que se deduce claramente que lo que pretende discutirse en ese recurso son las cuestiones examinadas y calificadas por el Registrador, y no sólo su decisión al respecto.

El recurso gubernativo sólo es posible en los casos en que se deniega o suspende la inscripción, pero no cuando se acceda a practicarla, porque al estar los asientos practicados bajo la salvaguardia de los Tribunales (art. 1.3 LH), sólo éstos pueden dejarlos sin efecto, y no es el recurso gubernativo el

(1) Entre los autores que consideran que el objeto del recurso gubernativo es la calificación que hace el Registrador, encontramos a ROCA SASTRE R. M., y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho Hipotecario*, tomo IV, ed. Bosch, Barcelona, 1997, pág. 86; CAMY-SÁNCHEZ CAÑETE, B., *Comentarios a la Legislación hipotecaria*, tomo V, ed. Aranzadi, Pamplona, 1983, pág. 626; LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil, III bis, Derecho Inmobiliario Registral*, ed. Bosch, Barcelona, 1984, pág. 315; CHICO Y ORTIZ, J. M., *Estudios sobre Derecho Hipotecario*, tomo I, ed. Marcial Pons, Madrid, 1994, pág. 636.

(2) En este sentido, DÍEZ PICAZO considera que es objeto de recurso únicamente la nota de calificación registral y solamente los defectos que allí aparecen señalados. Cfr. DÍEZ PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial, II*, Ed. Civitas, Madrid, 1978, pág. 326.

procedimiento adecuado, como ha corroborado una y otra vez la DGRN; del mismo modo, no es procedente entablar recurso gubernativo antes de que se lleve a cabo la calificación, ni sobre elementos que no aparecen examinados en la misma. Los requisitos necesarios para aptitud del recurso gubernativo, tal y como estableció la Resolución de 22 de enero de 1927, son: la presentación del documento en el que funde su derecho el que solicite la inscripción, debe referirse a una operación hipotecaria, debe existir una calificación por parte del Registrador, y además, el recurrente debe tener interés en el asiento pretendido.

Pues bien, cuando el Registrador practica una inscripción parcial, denegando la inscripción de determinadas cláusulas o pactos, parece acertado concluir que esa denegación de inscripción es el resultado del examen del Registrador de dichas cláusulas o pactos que, a su juicio, no son aptos para inscribirse en el Registro. Por lo tanto, esa no inscripción es el resultado de la calificación registral; luego, si hay calificación puede haber recurso gubernativo (pues ésta es su objeto). Además, se da contra esa denegación, sin que exista un asiento ya practicado respecto a los extremos rechazados, y más aún, creo que cumple, si así fuera, el recurso aquí presentado, todos los requisitos que exigía la resolución anteriormente citada. En conclusión, nada parece objetarse al hecho de que pueda recurrirse esa inscripción parcial, con respecto a los pactos no inscritos.

No existen muchas dudas en torno a este asunto, pues la DGRN ya ha reconocido en varias ocasiones la posibilidad de recurso gubernativo contra la inscripción parcial, por suponer ésta una calificación (3). En concreto, la Resolución de 20 de junio de 1997 afirma que «en el supuesto de que haya estimado parcialmente el recurso para dar entrada en los libros registrales a parte del contenido del título que lo pretende, requiere una cierta calificación previa, la resultante de confrontar el contenido del documento con el de la resolución, confrontación sobre cuyo resultado puede discrepar el interesado. En tal caso..., se estará ante un supuesto de calificación negativa...»; y añade esta resolución que esa calificación negativa es susceptible, por tanto, de recurso, por tratarse de una calificación. La Resolución de 23 de enero de 1923 admite expresamente la posibilidad de entablar recurso gubernativo «contra la calificación de un título que se ha inscrito solamente en parte», aunque, a continuación, añade una serie de presupuestos indispensables que deben cumplirse para la viabilidad de dicho recurso.

Igualmente, el recurso gubernativo contra la inscripción parcial encuentra su fundamento legal en los artículos 19 LH y 127 RH, así como en el 66 LH y 117 RH, si consideramos que el rechazo de esa inscripción supone, o es, una calificación, negativa o implícita, pero calificación al fin y al cabo; podríamos hablar de ella como calificación negativa parcial. Por último, la mayoría de la doctrina admite sin problemas el recurso gubernativo contra esa calificación negativa parcial (4).

(3) Véase. Resolución de 17 de septiembre de 1968, 26 de diciembre de 1990, 18 de enero de 1991, 18 de abril de 1994

(4) En este sentido: AVILA NAVARRO, P., *La hipoteca: estudio registral de sus cláusulas*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1990, pág. 260; CAMY-SÁNCHEZ CAÑETE, B., *Comentarios a la legislación hipotecaria*, tomo V, *ob. cit.*, pág. 642; GONZÁLEZ GARCÍA, J., «Comentario a la Resolución de 20 de junio de 1997», en *RCDI*, 1998, págs. 1723-1732; GONZÁLEZ PÉREZ, «El recurso gubernativo contra la calificación del Registrador de la

2. INSCRIPCION PARCIAL CON CONSENTIMIENTO PREVIO A LA NO INSCRIPCION DE DETERMINADOS PACTOS

Si, hasta aquí, no existen demasiados problemas, hay que analizar si esta solución afirmativa del recurso gubernativo contra una calificación negativa parcial ha de ser la misma cuando, previamente a la calificación, y generalmente, como en este caso, en la misma escritura que se presenta a inscripción, el presentante da su conformidad o consentimiento a que el Registrador sólo inscriba las cláusulas con carácter real. Si no existe este consentimiento, la solución es la que ya hemos dicho: cabe recurso gubernativo, así se deduce del artículo 434.5 RH, pues exige que el Registrador, al denegar parcialmente una inscripción, exprese en la nota los motivos o causas de tal suspensión o denegación; consecuentemente, estamos ante una verdadera nota de calificación, y debe poder recurrirse, pues se trata de un supuesto normal de denegación de asientos que cumple los requisitos de expresión de las causas o motivos para tal denegación (5), con la finalidad de que el presentante conozca las razones del rechazo para que pueda recurrir.

Sin embargo, cuando existe conformidad previa del interesado (6) a que no se inscriban determinadas cláusulas o pactos, el artículo 434.5 RH establece que no es necesario que el Registrador exprese en su nota los motivos de tal rechazo, y por tanto, bastará que el Registrador extienda el asiento mediante la oportuna nota de despacho de inscripción parcial, limitándose a enumerar los pactos o cláusulas que no tienen acceso al registro.

Es dudoso que en este caso pueda darse un recurso gubernativo contra esa inscripción parcial (7), por dos motivos: uno, al no existir propiamente nota de calificación (pues no se expresan los motivos de la denegación, y sólo se practica una inscripción parcial), varios autores y registradores consideran imposible el recurso; y en segundo lugar, defiende también parte de la doctrina (8), la contradicción que supone, por una parte, consentir que no se ins-

Propiedad», en *RCDI*, 1976, págs. 1029-1086. Sus palabras, en este sentido, son elocuentes: «La inscripción parcial supone que el que ha solicitado del Registro se extienda un asiento, no ha conseguido que se estimara totalmente su petición. De aquí que sea incuestionable la posibilidad de impugnar el acto registral en tanto en cuanto no inscribió el título».

(5) Tal y como exigen los artículos 19 LH, 127 RH, 434.4 y 5 RH.

(6) Cuestión distinta es si el consentimiento es posterior a la calificación. En este caso, puede ocurrir que ante la calificación hecha por el Registrador, el presentante acepte que se despache el documento sin esa concreta estipulación. Aquí, desde luego, cabe el recurso contra lo no inscrito.

(7) En este caso, y antes de recurrir gubernativamente, según CANO FERNÁNDEZ, lo correcto sería que si el interesado quiere conocer los motivos de la suspensión o denegación, una vez inscrito el título, deberá presentar de nuevo el documento, solicitando la inscripción de lo que no se inscribió, y en tal caso, el Registrador habrá de extender una nota de suspensión o denegación con las causas o motivos que ocasionaron dicha calificación. Véase CANO FERNÁNDEZ, E., «La cláusula de solicitud de inscripción o desistimiento parcial y el recurso gubernativo», en *BCRP*, diciembre de 1991, pág. 2559.

(8) Véase CANO FERNÁNDEZ, E., «La cláusula de solicitud de inscripción o desistimiento parcial y el recurso gubernativo», *ob. cit.*, págs. 2558-2562; ROCA SASTRE, R. M., y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho Hipotecario*, *ob. cit.*, pág. 58; GONZÁLEZ PÉREZ, «El recurso gubernativo contra la calificación del Registrador de la Propiedad», *ob. cit.*, págs. 1029-1086.

criban determinados pactos, y por otra, recurrir esa decisión, que en principio se correspondía con la voluntad del presentante, y que debía interpretarse como un desistimiento a la inscripción.

Así se ha manifestado la DGRN en la Resolución de 17 de septiembre de 1968, en la que afirmaba que en la nota de despacho de inscripción parcial, el Registrador no debía de hacer constar los motivos de tal suspensión o denegación cuando el presentante hubiera dado su consentimiento a esa no inscripción, pues «al prestar el interesado su conformidad a la no inscripción del pacto, es correcta la actuación del Registrador que se limitó a aplicar los preceptos citados y realizar la inscripción en la forma deseada por el presentante. Considerando que únicamente en el supuesto de que se solicitare la inscripción en los libros registrales del pacto no inscrito, lo que podría tener lugar a través de una nueva presentación del título calificado y se negare su ingreso en el Registro, habría aquél de devolverse con nota firmada, suficiente, que indicara la causa o motivo de la suspensión o denegación, y de esta forma sirviera de base para que las personas señaladas en el artículo 112 RH pudieran interponer el correspondiente recurso gubernativo». Por lo tanto, sólo en este supuesto sería viable tal recurso.

Sin embargo, hay que tener en cuenta que, en cuanto al primer defecto observado, creo, que si lo que se recurre es la calificación del Registrador y no su resolución, no hay problema para admitir el recurso, pues al rechazar determinados pactos, el Registrador tuvo que calificar. Y con respecto al segundo defecto, que también sirve para el primero, conviene distinguir distintas situaciones, como hace la Resolución de 18 de abril de 1994:

a) Puede ocurrir que los interesados hayan solicitado que determinados y concretos pactos, que se señalan expresamente, no tengan acceso al Registro. En este caso el Registrador practica inscripción parcial, sin esas estipulaciones, y en la nota de despacho no es necesario expresar los motivos, pues fue el propio presentante el que los rechazó, y no hubo propia calificación por el Registrador. Obviamente, aquí no cabe recurso gubernativo, y sí supondría una contradicción (es lo que ocurría en el caso de la Resolución de 17 de septiembre de 1968, antes examinado).

b) Los interesados solicitan, en términos genéricos, la inscripción de los pactos que el Registrador no cuestione, entonces, parece que ha de extenderse nota de calificación negativa respecto de los pactos no inscritos, contra la que, en este caso, no cabe duda, cabe recurso gubernativo.

En esta línea, la Resolución de 19 de enero de 1996 confirma que «el consentimiento del interesado a la inscripción parcial del documento con exclusión de las cláusulas que el Registrador considere no inscribibles, no implica la conformidad con dicha calificación, ni impide la interposición del pertinente recurso contra tal rechazo, de modo que tampoco puede omitirse en la nota de calificación la razón de la exclusión de esas cláusulas» (9).

Esto mismo se contempla en la resolución que se comenta, pues el presentante solicitó la inscripción de «las cláusulas de trascendencia real obrantes

(9) Comparte también esta opinión AVILA NAVARRO, P., «La hipoteca...», *ob. cit.*, pág. 260: «la conformidad previa no impide el recurso gubernativo sobre la suspensión o denegación de determinadas cláusulas, ni impide que se pueda pedir nuevamente la inscripción».

en la presente escritura», entendiéndose que consiente la no inscripción de las restantes. Sin embargo, la fórmula genérica utilizada de inscribir prescindiendo de todo aquello que el Registrador no considere oportuno, sólo pretende, como bien dice la DGRN en esta resolución, «lograr el inmediato acceso al Registro del acto o contrato en cuestión sin verse obstaculizado por defectos que afecten a pactos, estipulaciones..., pero no pueden considerarse como renuncia a la inscripción de dichos pactos...» A continuación, la DGRN añade que la expresión en la nota de despacho de los pactos que no se inscriben supone una verdadera calificación por el Registrador, tal y como se ha mantenido en estas líneas, y concluye que, consecuentemente, es admisible el recurso gubernativo en este supuesto.

Estoy de acuerdo con el argumento de la DGRN: hay calificación —aunque implícita—, se puede recurrir. Sin embargo, solo muy tenuamente se aprecia en la resolución, algo que, desde mi punto de vista, es fundamental en este tema: la necesidad de expresar los motivos de la no inscripción. Aunque admitiendo el recurso por existir calificación registral, ¿no sería todo mucho más sencillo, y no habría ningún impedimento para admitir con toda normalidad el recurso gubernativo, si en la nota de despacho, que sería entonces propiamente de calificación, se expresaran los motivos o causas de tal denegación, como exige siempre y por regla general la legislación hipotecaria para admitir el recurso gubernativo? Es decir, si se expresaran, también en este caso de conformidad, los motivos por los que se rechaza la inscripción, ya no estaríamos ante una calificación implícita, sino expresa, habría nota de calificación, y procedería el recurso en todo caso (10).

En esta resolución, y en otras muchas que le han seguido (11), la DGRN deja entrever esta necesidad cuando dice, «no puede omitirse en la nota las razones de su exclusión» —de los pactos no inscritos—. Sin embargo, y desde estas líneas, creo que este «consejo» que da la DGRN, debería ser más firme, y exigir de alguna manera que siempre consten esos motivos o causas de rechazo, pues de este modo se evitarían muchos conflictos semejantes y se admitiría sin problemas el recurso gubernativo contra esa inscripción parcial, a pesar de existir un consentimiento previo a su no inscripción.

M. G. R. de A.

(10) Confirma esto la Resolución de 26 de diciembre de 1990, pues admite que hay nota de calificación, y por tanto procede recurso gubernativo contra ella, cuando después de despachar el título, la registradora no se limita a consignar en él el asiento practicado, sino que especifica extremos del título a que no se extiende el asiento y expresa las causas en las que funda su negativa.

(11) Véase las Resoluciones 13, 14, 16, 17 de junio de 2000; 4, 5, 6, 7, 10, 11, 12, 20 de julio de 2000, en las que la DGRN repite literalmente lo establecido en la resolución que se analiza en estas líneas de 12 de junio de 2000.

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

LICITUD DEL CONTRATO DE «LEASE BACK». (SENTENCIA DE 20 DE NOVIEMBRE DE 1999.)

Doctrina de la Sentencia.—La verdadera intención de las partes contratantes fue la de celebrar un contrato de «leasing» o arrendamiento financiero en su modalidad doctrinalmente denominada «lease back» mobiliario. En esta modalidad de leasing, desaparece la figura del tercero proveedor del bien, ya que en él, el propietario del bien lo vende a la entidad financiera que se obliga a ceder inmediatamente tal bien en arrendamiento al vendedor, mediante el pago de un canon periódico, concediéndose al vendedor-arrendatario la posibilidad de adquirir el bien al finalizar el contrato de arrendamiento mediante el pago del precio estipulado, teniendo en cuenta la atipicidad del contrato de arrendamiento financiero, nada se opone a la licitud y validez del llamado lease back, al amparo del principio de libertad contractual recogido en el artículo 1.255 del Código Civil, sin que pueda hablarse de inexistencia o ilicitud de la causa.

Igual rechazo procede respecto del segundo motivo, en que se alega que no existió la compraventa que hubiera producido la adquisición del dominio, al no haber existido tradición de las máquinas vendidas que nunca salieron de la posesión del vendedor. Establece el artículo 1.463 del Código Civil entre las formas de tradición de las cosas muebles, la denominada por la doctrina *solo consensu*, al disponer que «la entrega de los bienes muebles se efectuará:... y por el solo acuerdo o conformidad de los contratantes, si la cosa vendida no puede trasladarse a poder del comprador en el instante de la venta, o si éste la tenía ya en su poder por algún otro motivo»; la imposibilidad a que se refiere el precepto no consiste en una imposibilidad física, habiéndose interpretado por la doctrina el precepto con gran amplitud, incluyendo la falta de conveniencia de los interesados. La enumeración de las formas de tradición del Código Civil no es limitativa, excluyente de otras posibles formas, y así es admisible que la

cosa vendida quede en la posesión del vendedor, no por título de dominio, sino por otro título distinto, como es el de arrendamiento en este caso.

EL ERROR OBSTATIVO CONSISTE EN LA FALTA DE COINCIDENCIA ENTRE VOLUNTAD Y DECLARACION, Y PROVOCA QUE EL NEGOCIO SEA INEXISTENTE. (SENTENCIA DE 22 DE DICIEMBRE DE 1999.)

Doctrina de la Sentencia.—El error obstativo es un caso de falta de coincidencia entre voluntad y declaración en el negocio jurídico, con la característica de que tal desacuerdo es inconsciente, y como consecuencia excluye la voluntad interna real y hace que el negocio jurídico sea inexistente.

En cuanto al error, el artículo 1.266 se refiere al error vicio, y aquí nos hallamos ante un error obstativo; el ámbito de esta norma lo concreta el artículo 1.300: sólo se aplica al contrato que reúne todos los elementos (consentimiento, objeto y causa), es decir, a aquél en que ha habido error en la voluntad (error vicio) y no error en la declaración (error obstativo); aquél provoca la anulabilidad por el vicio, éste la inexistencia por falta de uno de los elementos.

ARRENDAMIENTO DE OBRA: RESPONSABILIDAD DEL DUEÑO FRENTE AL SUBCONTRATISTA. (SENTENCIA DE 22 DE DICIEMBRE DE 1999.)

Doctrina de la Sentencia.—Efectivamente la actora no celebró relación contractual alguna directa con la recurrente, pero tratándose de contrato de ejecución de obra, esta Sala ha moderado la aparente rigidez del párrafo primero del artículo 1.257 para relacionarlo con el 1.597, ambos del Código Civil, y establece la responsabilidad procedente del dueño de la obra cuando ocurre, como en el supuesto presente, que el contratista no abona los trabajos subcontratados.

La doctrina de esta Sala, más reciente, resulta interpretadora de la realidad social, sobre todo del mundo de la construcción, y se muestra atenta para evitar manipulaciones y abusos a cargo de los propietarios que se valen de contratistas afines, coincidentes con sus intereses, a fin de eludir las responsabilidades que les pudieran corresponder por la obra encargada y, a su vez, y consecuente con ello, para evitar situaciones de enriquecimiento injusto.

LA FE NOTARIAL SE CIÑE A LA INTERVENCION DE LOS OTORGANTES Y A LA FECHA. (SENTENCIA DE 23 DE DICIEMBRE DE 1999.)

Doctrina de la Sentencia.—Según doctrina pacífica, la fe notarial no alcanza ni al medio de pago ni a la realidad de su entrega, instrumento y acto que no se hacen ante el autorizante ni por ello se reseñan por el propio fedatario en la escritura, por lo que los mismos habrán de acreditarse por los demás medios probatorios.

El contenido de la escritura pública referente a las manifestaciones de las partes interesadas no son fehacientes en cuanto a su intrínseca veracidad, pudiendo ser combatidas por otras pruebas que desvirtúen y destruyan la fuerza probatoria que por regla general deriva de los documentos públicos,

ceñida en exclusiva a que éstos han sido suscritos por los interesados, así como la fecha de su otorgamiento.

FUERZA MAYOR JUSTIFICATIVA DE INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL: NO LA CONSTITUYEN CUESTIONES ADMINISTRATIVAS NEGATIVAS PREVISIBLES AL TIEMPO DEL CONTRATO. (SENTENCIA DE 24 DE DICIEMBRE DE 1999.)

Doctrina de la Sentencia.—La fuerza mayor, como causa justificativa del incumplimiento en los contratos, ha de entenderse constituida por un acontecimiento surgido a posteriori de la convención, haciendo inútil todo esfuerzo diligente puesto en la consecución de lo contratado. En este sentido se ha manifestado esta Sala en la sentencia de 19 de diciembre de 1930 —el hecho ha de ser de todo punto independiente de quien lo alegue—.

El necesario Plan Parcial de Urbanización fue aprobado por el correspondiente Ayuntamiento, pero el Proyecto de Urbanización y consiguiente obtención de licencia para su realización se presentan sin contar con el agua necesaria y red de alcantarillado, lo que determina que la petición de licencia no encuentre la respuesta deseada de concesión. Tal acaecer no es ajeno en la producción de la situación actual. Lo posible de fácil comprobación y la evitación de las consecuencias no deseadas, dependientes de la misma voluntad, no pueden constituir el justificante del incumplimiento contractual por causa de fuerza mayor.

ARTICULO 1.899 DEL CODIGO CIVIL: EXCLUSION DEL DERECHO A REPETIR DEL «SOLVENS». (SENTENCIA DE 28 DE DICIEMBRE DE 1999.)

Doctrina de la Sentencia.—La exclusión del derecho a repetir del «solvens» frente al «accipiens» requiere: *a)* la existencia de un verdadero crédito entre el «accipiens» y un tercero; *b)* la creencia de buena fe en el «accipiens» de que el «solvens» pagaba el crédito legítimo existente; el «accipiens» considera al que paga que lo hace por el deudor; *c)* error del que paga que consiste en creerse deudor y sin que actúe con intención de hacerlo por otro (hay, por tanto, un verdadero deudor que no es el que paga, sino que lo hace en su lugar otra persona que por error se cree obligada a ello); *d)* realización de actos, por el acreedor que cobra, que deterioran el crédito cobrado. En tal caso, no habiendo obrado con negligencia el que cobró, no debe ser perjudicado por las consecuencias del pago indebido desfavorables para su verdadero crédito, y de ahí que tal pago llegue a producir, aun siendo indebido, la satisfacción del que cobró, igual que si hubiera pagado el verdadero deudor.

REQUISITOS PARA QUE EXISTA DOLO. (SENTENCIA DE 29 DE DICIEMBRE DE 1999.)

Doctrina de la Sentencia.—No se dan los dos elementos esenciales para la existencia de tal dolo o maquinación maliciosa: como es el subjetivo o ánimo de perjudicar y el objetivo, una actuación inequívoca en la que trasciende el antedicho ánimo.

En todo caso dicha actividad dolosa ha de ser probada inequívocamente sin que basten meras conjeturas o indicios.

Los requisitos que según la doctrina científica se exigen para que el dolo pueda actuar, plasmados en la sentencia de 11 de mayo de 1993, son los siguientes: *a)* una conducta insidiosa dirigida a provocar la declaración negocial; *b)* que la otra voluntad negociadora quede viciada en su libertad y conocimiento por tal conducta; *c)* que todo ello determine la actuación negocial; *d)* que sea grave; y *e)* que no se haya causado por un tercero ni empleado por las dos partes contratantes.

EL INTERES DEL 20 POR 100 ANUAL DE LA LEY DEL CONTRATO DE SEGURO, ES INCOMPATIBLE CON EL INTERES LEGAL DEL ARTICULO 1.108 DEL CODIGO CIVIL. (SENTENCIA DE 30 DE DICIEMBRE DE 1999.)

Doctrina de la Sentencia.—Parece evidente que habría de estimarse el motivo en atención a lo dispuesto en el artículo 1.108 del Código Civil y en el artículo 20 de la Ley de Contratos de Seguros. Si ambos preceptos se fundamentan en el retraso voluntario en el cumplimiento de una obligación dineraria perfectamente líquida, en el momento de la obligación de pagar intereses —en el tipo más grave del 20 por 100 que la ley especial establece sustituyendo al fijado en el interés legal del dinero de que parte el art. 1.108— hay que precisar que ambos intereses no son acumulables en el cometido de resarcimiento que tienen asignado.

LA FE PUBLICA REGISTRAL NO GARANTIZA LOS DATOS DE HECHO. (SENTENCIA DE 31 DE DICIEMBRE DE 1999.)

Doctrina de la Sentencia.—La fe pública registral actúa asegurando la existencia y contenido jurídico de los derechos inscritos, pero no garantiza la exactitud de los datos de puro hecho relativos a la descripción de las fincas. La fe pública registral no se extiende a los datos y circunstancias de mero hecho que se constatan en el Registro, tales como la naturaleza, situación, linderos y superficie de la finca inscrita, y si bien en las añejas Resoluciones de 21 de marzo de 1953 y 25 de enero de 1958, se ha recogido que tales circunstancias materiales o físicas se encuentran amparadas por el principio de legitimación registral formulado por el artículo 38 de la Ley Hipotecaria, ello lo es tan sólo con la fuerza y virtualidad de una presunción *iuris tantum*, como ha destacado la sentencia de 28 de marzo de 1979. Señala asimismo la sentencia de 1 de julio de 1995, que el Registro de la Propiedad carece de una base física fehaciente, ya que reposa sobre simples manifestaciones de los otorgantes, y por ello caen fuera de la garantía que presta cuantos datos registrales se corresponden con hechos materiales o físicos, tanto a los efectos de la fe pública como de la legitimación registral, sin que por tanto, la institución responda de los datos o circunstancias de puro hecho, ni por consiguiente de los datos descriptivos de la finca, como son los referentes a la superficie. En definitiva, que el principio de exactitud registral contiene una presunción no *iuris et de iure* sino *iuris tantum*, razón por la que puede ser destruida mediante prueba en contrario.

SIMULACION CONTRACTUAL: LA DECLARACION DE SU EXISTENCIA O INEXISTENCIA ES CUESTION DE HECHO. (SENTENCIA DE 31 DE DICIEMBRE DE 1999.)

Doctrina de la Sentencia.—La doctrina jurisprudencial ha declarado que es facultad peculiar del Juzgador de instancia la estimación de los elementos de hecho sobre los que ha de basarse la declaración de existencia de la causa o de su falsedad o ilicitud.

La simulación se revela por pruebas indiciarias que llevan al Juzgador a la apreciación de su realidad.

La *simulatio nuda* es una mera apariencia engañosa (*substantia vero nulla*) carente de causa y urdida con determinada finalidad ajena al negocio que se finge.

El contrato simulado se produce cuando no existe la causa que nominalmente se expresa, por responder a otra finalidad jurídica.

La simulación absoluta da lugar a un negocio jurídico que carece de causa.

Al ser grandes las dificultades que encierra la prueba directa y plena de la simulación de los contratos, por el natural empeño que ponen los contratantes en hacer desaparecer los vestigios de la simulación y por aparentar que el contrato es cierto y efectivo reflejo de la realidad, se hace preciso acudir a la prueba indirecta de las presunciones.

LA VENTA POR LOS AGRICULTORES DEL PRODUCTO DE SU COSECHA ES COMPRAVENTA CIVIL, NO MERCANTIL, AUNQUE EL COMPRADOR LOS ADQUIERA PARA SU REVENTA. (SENTENCIA DE 31 DE DICIEMBRE DE 1999.)

Doctrina de la Sentencia.—Siendo los demandantes agricultores que venden a la demandada una cosecha de patatas procedentes de fincas que aquellos cultivaron, no puede calificarse la operación desde lo que dispone el artículo 325 del Código de Comercio por el simple hecho de que el comprador las adquiera para revenderlas transformadas, pues la norma que así dispone con carácter general tiene una excepción en el artículo 326.2.º del propio Código, al establecer definitivamente este último precepto que no se reputarán mercantiles «las ventas que hicieren los propietarios y los labradores o ganaderos de los frutos o productos de sus cosechas o ganado».

Podemos calificar el presente contrato como contrato de cosa futura, entendiendo por cosa futura aquella cosa que se espera según el curso natural de las de su especie y que por lo tanto ha de venir porque aún no existe en el momento de la celebración del contrato.

CONTRATO. EXISTENCIA DE CONSENTIMIENTO POR CONCURSO DE LA OFERTA Y LA ACEPTACION. (SENTENCIA DE 28 DE ENERO DE 2000.)

Doctrina de la Sentencia.—La oferta puede ser revocada mientras el contrato no se ha perfeccionado, habiendo de constar de modo inequívoco y claro la coincidencia de oferta y aceptación, sin que sea suficiente la primera mientras el destinatario no la admita plenamente, y sin que sea posible apreciar la existencia de aceptación cuando se formulan modificaciones o alterando la propuesta o sometiénola a condición.

CONTRATO DE «LEASING»: CARACTERES. (SENTENCIA DE 3 DE FEBRERO DE 2000.)

Doctrina de la Sentencia.—En el contrato de arrendamiento con opción de compra o *leasing* concurren tres partes: la *empresa de leasing* que financia la operación conjunta y celebra con el proveedor el contrato de compraventa y con el usuario el de arrendamiento con opción de compra; el *proveedor* que ha celebrado el anterior contrato de compraventa y entrega la cosa al usuario, y éste, el *usuario*, que celebra el contrato con la empresa de leasing y recibe la cosa del proveedor, normalmente elegida por él mismo.

Tal contrato de leasing, como dice la sentencia de 28 de noviembre de 1997, es una institución del derecho comercial importada del área jurídica de los Estados Unidos de América, y plenamente incorporada a nuestro tráfico económico y comercial, es un contrato complejo y en principio atípico, y como definición auténtica hay que tener en cuenta lo que proclama la Disposición Adicional séptima en su apartado 1.º de la Ley de 29 de julio de 1988, que dice que tendrán la consideración de operaciones de arrendamiento financiero aquellos contratos que tengan por objeto exclusivo la cesión de uso de bienes muebles o inmuebles, adquiridos para dicha finalidad según las especificaciones del futuro usuario, a cambio de una contraprestación consistente en el abono periódico de cuotas, y que incluirá necesariamente una opción de compra a su término en favor del usuario.

La principal obligación del arrendador, la sociedad de leasing, es la entrega de la cosa objeto del contrato. La entrega de un vehículo —camión hormigonero—, sin la debida documentación, equivale a la falta de entrega del mismo, lo cual es algo aceptado unánimemente por la doctrina y la jurisprudencia. La consecuencia jurídica de resolución del contrato es indiscutible.

INICIO DE LA MORA: DEBE EXISTIR UNA INTIMACION AL DEUDOR POR UNA CANTIDAD CONCRETA. (SENTENCIA DE 8 DE FEBRERO DE 2000.)

Doctrina de la Sentencia.—Siendo la mora el retraso culpable en el cumplimiento de la obligación, que da lugar, si la operación es pecuniaria, al pago de intereses que si no se han pactado serán los legales, es preciso que para apreciarse concurren los requisitos que establece el artículo 1.100 del Código Civil. En el presente caso sólo uno de ellos plantea problema: el de la interpelación del acreedor al deudor, que como dice dicho artículo 1.100: «...les exija judicial o extrajudicialmente el cumplimiento de su obligación», lo que es una declaración de voluntad unilateral y recepticia del acreedor al deudor, que puede hacerse judicial o extrajudicialmente.

La simple remisión de una factura o una carta en que no figura la intimación por una cantidad concreta no cumple este requisito. Por lo cual, tan sólo queda cumplido este requisito en el momento de interposición de la demanda, que es la intimación al deudor hecha judicialmente.

VALIDEZ DE LAS GARANTIAS FIDEUSORIAS GLOBALES: REQUISITOS. (SENTENCIA DE 23 DE FEBRERO DE 2000.)

Doctrina de la Sentencia.—Se plantea un tema trascendente que es la cuestión de la validez de las garantías fideusorias globales. El texto del contrato alcanza a las obligaciones presentes y futuras y concreta el límite máximo.

Partiendo del principio de autonomía de la voluntad que proclama el artículo 1.255 del Código Civil y del concepto del contrato de fianza, artículo 1.822, y de su regulación relativa a la obligación garantizada como objeto del mismo, se debe admitir en principio su validez, ya que no hay norma que la impida y restrinja la autonomía de la voluntad, siempre que:

Primero: no se atente a la normativa sobre condiciones generales de la contratación o cláusulas abusivas, tal como aparecen reguladas en las Leyes 7/1998, de 13 de abril, y 26/1984, de 19 de julio.

Segundo: La obligación garantizada, sea determinada o determinable, lo que significa, no sólo que exista la obligación y se desconozca su importe, sino también que no haya nacido la obligación y pueda nacer en el futuro, quedando determinada o determinable por las partes.

Tercero: Se armonice la indeterminación de la obligación garantizada con la fianza con el carácter expreso de ésta, que contempla el artículo 1.827 del Código Civil, de tal manera que sólo se admite la obligación que sea determinable —no la absolutamente indeterminada— por la concreción subjetiva de las partes entre quienes nacerá la obligación y por la concreción objetiva de la cuantía, aunque sólo sea como máximo.

EL PRINCIPIO «IN ILLIQUIDIS NON FIT MORA» HA SIDO ATENUADO POR LA JURISPRUDENCIA. (SENTENCIA DE 3 DE MARZO DE 1999.)

Doctrina de la Sentencia.—El brocardo *in illiquidis non fit mora*, aplicable a supuestos muy variados en su tipología, pero referentes sustancialmente a aquellos en que la cantidad realmente adeudada no es conocida hasta que se lleve a efecto la fijación de la misma a través de la correspondiente resolución judicial ha sido atenuado, en su aparente automatismo, por la relativamente reciente doctrina jurisprudencial de esta Sala, al introducir importantes matizaciones en su aplicación, las que, en último término, se entroncan con la conclusión de que la sentencia no opera la creación de un derecho con carácter constitutivo, sino que lo tiene meramente declarativo, pues a través de la misma lo que se hace es declarar un derecho a la obtención de una cosa o cantidad que con anterioridad a la resolución judicial ya pertenecía, y debía haberle sido atribuida al acreedor, y así la completa satisfacción de los derechos del acreedor exige que se le abonen los intereses de tal suma, aun cuando fuere menor que la por él reclamada, desde el momento en que se procedió a su exigencia judicial. Quedan fuera de esta aplicación de la obligación de pagar intereses moratorios, aquellos supuestos en los que la complejidad de las relaciones habidas entre las partes excluyen la fácil determinación de la cantidad realmente adeudada.

INTERPRETACION DE LOS CONTRATOS: LA INTENCION O VOLUNTAD DE LOS CONTRATANTES PREVALECE SOBRE LA PALABRA. (SENTENCIA DE 8 DE MARZO DE 2000.)

Doctrina de la Sentencia.—En todo caso, desde el Ordenamiento de Alcalá, prevalece la intención sobre la palabra, la voluntad sobre la mera documentación y más en un caso en que ésta aparece confeccionada por una parte. No puede detenerse para la interpretación del texto en cuestión en el sentido

gramatical y riguroso de las palabras y debe indagarse fundamentalmente el espíritu y la finalidad, deduciéndola de las circunstancias concurrentes y de la conducta de los interesados, como prescribe el artículo 1.282.

HORARIOS DE FARMACIA: NO EXISTE COMPETENCIA DESLEAL POR EXCEDERLOS. (SENTENCIA DE 13 DE MARZO DE 2000.)

Hechos.—El Colegio de Farmacéuticos de Madrid demanda a la titular de una farmacia, que se mantenía abierta al público durante más tiempo que el horario establecido por el propio Colegio. El TS desestima la demanda.

Doctrina de la Sentencia.—La normativa sobre horarios cumple, desde la perspectiva colegial, una función garantizadora de servicios que aseguran el servicio público de la asistencia farmacéutica.

Los Colegios Farmacéuticos ejercen por delegación de su Consejo General una competencia específica: la reglamentación de la apertura de las oficinas de farmacia para garantizar el servicio público mediante los correspondientes turnos de guardia; turnos que por definición y por congruencia de su finalidad de asegurar el abastecimiento de medicinas a la población, conllevan la fijación de unos calendarios y horarios mínimos de apertura, de obligada observancia para los titulares de las farmacias. La finalidad de estas atribuciones no es la de regular la libre concurrencia del mercado, ni la de establecer limitaciones de naturaleza mercantil, sino la de garantizar el servicio público de la asistencia farmacéutica, lo que no empece una ampliación del tiempo de apertura de la farmacia, cumplidos los horarios mínimos y la observancia de los turnos de guardia. Por tanto, el motivo decae.

Se considera desleal prevalecerse en el mercado de una ventaja competitiva adquirida mediante la infracción de las leyes. También tendrá la consideración de desleal la simple infracción de normas jurídicas que tengan por objeto la regulación de la actividad concurrencial. Pero tal infracción no se produce, pues a la demandada no se le imputa la infracción de una ley; ni tampoco puede aplicarse el apartado segundo. La normativa que se invoca por el recurrente no tiene como objeto directo esta regulación mercantil, ya que se trata del simple ejercicio de una potestad de sujeción especial entre el Colegio Profesional y sus colegiados, que busca principalmente conciliar los intereses profesionales de éstos y no la regulación de la actividad concurrencial en el mercado, que sólo puede hacerse desde fuera de esa relación de colegiación por una autoridad con potestad mercantil. La infracción de la normativa aludida puede aparejar efectos en la relación colegial, pero éstos no son trasladables directamente a la regulación del mercado.

NO SE PUEDE FUNDAMENTAR UN MOTIVO DE CASACION EN EL INCUMPLIMIENTO DE NORMAS FISCALES O ADMINISTRATIVAS. (SENTENCIA DE 16 DE MARZO DE 2000.)

Doctrina de la Sentencia.—Es clara y constante la doctrina jurisprudencial de esta Sala que impide fundamentar los motivos casacionales en infracción de normas fiscales o administrativas y así se proclama paladinamente en las emblemáticas sentencias de 20 de marzo de 1992 y 7 de febrero de 1994, cuando

en ellas se dice que no puede aceptarse la cita como infringidas las leyes fiscales, ya que no se puede fundar un recurso de casación en el incumplimiento de requisitos fiscales, puesto que las normas fiscales no son bastante para enervar el derecho reconocido o regulado en las leyes civiles, por lo cual no son aptas para apoyar un recurso de casación civil; y ello es así porque el recurso de casación civil ha de fundarse en normas de Derecho Civil, es decir, en infracciones de normas sustantivas del ordenamiento jurídico en el sentido y con el contenido del número 1 del artículo 1 del Código Civil.

J. Q. S.

LA PRESUNCION JUDICIAL DENOMINADA DE HOMBRE TIENE EL CARACTER DE SUPLETORIA Y SE DEBE UTILIZAR POR EL JUZGADOR SOLO CUANDO NO HAYA OTRO MEDIO DE PRUEBA. (SENTENCIA DE 1 DE MARZO DE 2000.)

La presunción judicial que regulan y proclaman los artículos 1.249 y 1.253 del Código Civil, también denominada doctrinalmente como presunción de hombre, es un medio de prueba que debe utilizar el juzgador, con carácter supletorio, o sea, cuando no haya otro medio de prueba directa.

Dicho medio de prueba directa se basa en tres datos o parámetros, como son: la afirmación baso —el hecho demostrado—; la afirmación presumida —el hecho que se trate de deducir—; y el nexo de ambas afirmaciones con arreglo a un lógico criterio humano, estando constituido este criterio humano por unas reglas de la sana crítica de las usadas para la valoración de los otros medios de prueba procesales.

En la sentencia recurrida se ha hecho una correcta valoración de los hechos base. De dichos hechos demostrados, la sentencia recurrida ha deducido una consecuencia que no se puede tachar de absurda o irracional, como es que la compraventa plasmada en escritura es nula y que ha sido creada en *fraude creditoris*, es decir, con el fin de sustraer del patrimonio de los demandados y con ello provocar la ineffectividad del crédito de la parte actora y ahora recurrida.

En este sentido hay que hacer entrar en juego la doctrina jurisprudencial emanada de las sentencias de esta Sala que establece que la validez de los contratos exige, no sólo la capacidad y consentimiento de los contratantes, sino también la existencia de una causa y que ésta sea lícita.

EN LOS CONTRATOS DE ADHESION —COMO EL CONTRATO DE SEGURO— LAS CLAUSULAS OSCURAS PERJUDICAN AL REDACTOR O INSTIGADOR DE LA MISMA. (SENTENCIA DE 23 DE FEBRERO DE 2000.)

El artículo 1.288 del Código Civil, paradigmático en el tratamiento hermenéutico de las cláusulas oscuras establecidas en un contrato, ha sido desarrollado jurisprudencialmente en cuanto se relaciona con el tema de los contratos de adhesión —la póliza de seguros suscrita por las partes recurrente y recurrida, lo es— estableciendo el principio que dicha interpretación ha de efectuarse en el sentido de conducir el perjuicio al redactor o instigador de la cláusula oscura, que en este caso será la compañía de seguros recurrente, reconociéndose así una interpretación *contra preferentem vel contra stipulato-*

rem, como sanción por su falta de claridad al expresarse, y también como protección de la contraparte. Pero es más, el artículo 2 de la Ley de Contrato de Seguro recoge esta tesis jurisprudencial de una manera clara y rotunda. Pero en el presente caso, es tan claro lo dicho literalmente por la referida cláusula, que debe tener absoluta eficacia lo dispuesto en el artículo 1.281.1 del Código Civil, por lo que no queda más remedio que estimar como errónea la actividad hermenéutica efectuada en la sentencia recurrida, lo que se puede corregir, con base a que, aunque se considere una *questio facti* la fijación de los hechos, que la valoración de los mismos es una *questio iuris* que debe ser amparada casacionalmente.

Plasmado lo anterior, hay que insistir en la mencionada actividad errónea efectuada en la sentencia recurrida, que se deriva de hacer entrar en juego disposiciones y criterios de derecho laboral, que no tienen nada que hacer en una litis del orden jurisdiccional civil cuyo objeto, que se basa en unas expectativas hermenéuticas, para lo que tiene normas e interpretaciones propias y suficientes —arts. 1.281 y sigs. del Código Civil— para llegar a la solución correcta.

Por todo lo cual y como consecuencia última, esta Sala tendrá que asumir la instancia, y por ello declarar que el evento dañino sufrido por la parte actora y ahora recurrente, está dentro del campo asegurativo de la póliza de seguros en cuestión, ya que así se infiere de una interpretación literal de la misma, según se determina en el artículo 1.281 del Código Civil, que debe tener un rango preferencial y prioritario, lo que debe excluir la aplicación de otras normas de hermenéutica ni otros argumentos interpretativos, que podrían tergiversar lo que aparece claro. Y en ello hay que llegar a la misma conclusión que se establece en la sentencia de primera instancia, o sea, que la parte demandante sufrió un accidente físico que está protegido por la acción asegurativa, como ya se ha concretado con anterioridad. Debiéndose añadir que la cantidad a indemnizar ya estaba prefijada, sin necesidad de decisión judicial, así como la fecha del evento causante de la prestación, lo que determina que debe entrar en juego lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley de Seguros, en cuanto al interés a devengar, siendo la fecha inicial de dicho devengo la fecha de esta sentencia, y su conclusión el total pago.

LA VALORACION DE LA PRUEBA PRACTICADA POR LOS TRIBUNALES DE INSTANCIA HA DE SER MANTENIDA EN CASACION. (SENTENCIA DE 15 DE FEBRERO DE 2000.)

El motivo de casación insiste en la inconsistencia probatoria de la convicción judicial, que, en el sentir del motivo, viene cimentada en la declaración del testigo, por lo que también se reitera que, no sólo al efecto se tiene en cuenta el testimonio significativo y relevante de repetido testigo, sino además el contenido instrumental de las órdenes de entrega que constan en autos, por lo que, la consecuencia a que se refiere el FJ 3.º, está perfectamente estructurada, ya que no cabe mayor premisa, cuando se parte de unos presupuestos fácticos que acreditan que la forma de cumplir lo así pactado lo ha sido de manera tardía o con el debido retraso, para así, naturalmente, obtener el efecto o proposición de que ello implica un incumplimiento por parte de la persona que debía actuar diligentemente, que está perfectamente probado y respeta los preceptos que se dicen infringidos.

RECLAMACION DE CANTIDAD ADEUDADA POR SUSPENSIONES DE VUELOS EFECTUADA POR LA ACTORA FLETANTE UNILATERALMENTE.
(SENTENCIA DE 27 DE ENERO DE 2000.)

La cuantificación de los perjuicios ocasionados con motivo de dicha resolución del contrato (suspensiones de vuelos efectuada por la actora fletante) ascienden a 5 millones y su cálculo es simple, consiste en la suma de las cantidades que tuvieron que ser abonadas por diferencia de precio en la nueva contratación, así como las indemnizaciones abonadas a los pasajeros, gastos ocasionados por los servicios de hotel que tuvieron que ser prestados a los pasajeros que no pudieron volar a Palma de Mallorca en el día concertado, y los que no pudieron regresar a su país, gastos facturados por el touroperador, todo ello como consecuencia de la cancelación del vuelo. Pero inexplicablemente la sentencia recurrida introduce una particular valoración del importe de la indemnización que corresponde por dichos perjuicios, así al importe de los mismos (al importe de los perjuicios, no al importe de los vuelos), les aplica la cláusula penal obrante en los contratos suscritos entre las partes; cuando dicha cláusula no contemplaba en ningún momento la cancelación de vuelos por parte de la entidad, por lo que en definitiva, se dice que esta interpretación es absolutamente inadecuada porque el artículo 1.106 del Código Civil, determina que la indemnización de daños y perjuicios comprende no sólo el valor de la pérdida que haya sufrido, sino también el de la ganancia dejada de obtener por el acreedor y, por lo tanto, que el daño efectivamente producido por las suspensiones indebidas de los vuelos, realizadas unilateralmente por la parte actora, y los perjuicios derivados al respecto en detrimento de los intereses de la parte recurrente asciende a los 5 millones, sobre los que no cabe reducción alguna. El motivo debe de aceptarse ya que, no sólo respaldade el silencio de la sentencia recurrida sobre el particular, pues, únicamente se hace constar que la demandada reconoció deber la cantidad de 5 millones y medio, respecto de vuelos contratados, negando que otros lo hayan realizado por su cuenta y reclamando la indemnización de 5 millones, por mayores gastos y perjuicios derivados de suspensiones unilaterales, provocando la necesidad de contratar con otras compañías. Y es que, bajo esa mención, no se razona por la Sala sentenciadora, el por qué se conforma al respecto, la reducción de la suma reclamada en vía reconvencional, y que se verifica por la primera sentencia, cuando al pormenorizar la índole de los vuelos suspendidos por la suspensión unilateral por la parte actora, en el precio de las distintas facturas constatadas se aplican unos porcentajes que, en caso alguno, respetan lo concertado en el respectivo contrato de fletamiento suscrito por ambas partes. En el caso de autos no es posible aplicar ninguna reducción o detracción acorde con la existencia de dicha cláusula penal, y en ese aspecto se estima el motivo.

NO CABE ACOGER AUTOMATICAMENTE LA PETICION DE DAÑOS Y PERJUICIOS CONTRA EL INCUMPLIDOR EN LA EJECUCION DEFECTUOSA DE SU PRESTACION. (SENTENCIA DE 22 DE FEBRERO DE 2000.)

No existe la vulneración del artículo 1.101 del Código Civil aún cuando en el mismo aparezca incluso la posibilidad autónoma —según cierta doctrina— de la llamada cuarta causa de incumplimiento de las obligaciones, esto es, la

contravención o ejecución defectuosa de la prestación, ello no implica, sin más, se deba acoger automáticamente la indemnización sobre los daños y perjuicios irrogados por parte del autor de dicha ejecución defectuosa, esto es, por el contratista, ya que, en todo caso, el juego de la técnica indemnizatoria ha de basarse en la existencia real de los daños y perjuicios irrogados y, en el caso de autos, con independencia de la correcta apreciación de la Sala sentenciadora, de la reparación de los menoscabos a que tienen derecho los actores recurrentes por esa ejecución defectuosa de la prestación por parte del comisionista o contratista, es claro que, en lo relativo a su petición de daños y perjuicios, está suficientemente razonado su rechazo al afirmarse la falta de pruebas al respecto.

I. I. M.

RESOLUCION DE CONTRATO DE COMPRAVENTA. (SENTENCIA DE 23 DE FEBRERO DE 1999.)

El Juzgado de Primera Instancia número 2 de los de Sevilla, en sentencia de 27 de septiembre de 1993, estima la demanda. La Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 5.ª) en sentencia de 5 de julio de 1994 desestima el recurso de apelación.

No prospera el recurso de casación.

Base fáctica.—El pleito es pura y simplemente originado por una venta de patatas de cosecha expectante con fijación de precio, características de calidad y dimensiones que dio lugar a la puesta a disposición de los productos por la vendedora a la compradora.

Doctrina de la Sentencia.—Declarado el hecho del cumplimiento de las obligaciones por parte del vendedor y también el hecho del incumplimiento por parte del comprador, no cabe entender violado el artículo 1.124 del Código Civil porque la resolución contractual es posibilidad legal que brinda tal precepto, se han cumplido las obligaciones que contrajo en el contrato de venta de patatas y la indemnización de daños es consecuencia de la resolución. Los daños existen, «el *quantum*» está fijado y no es revisable en casación.

CONTRATO DE EJECUCION DE OBRA. RECLAMACION DEL PRECIO PAGADO COMO ANTICIPADO. (SENTENCIA DE 27 DE FEBRERO DE 1999.)

El Juzgado de Primera Instancia número 3 de La Orotava, en sentencia de 8 de mayo de 1993, desestima íntegramente la demanda. La Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, en sentencia de 21 de mayo de 1994, estima parcialmente el recurso de apelación.

El recurso de casación no prospera.

Objeto de la litis.—Mediante documento privado de fecha 24 de junio de 1989, la mercantil «Artemira, S.L.», asume el encargo de ejecución de obra consistente en la fabricación e instalación de cuarenta y cinco cocinas completas con sus electrodomésticos en los apartamentos de la actora.

Doctrina de la Sentencia.—Es importante destacar el alcance del mencionado documento, que en sí no contiene una relación contractual vinculante, pero tampoco resulta plenamente inoperativo, ya que, conforme hecho probado, la recurrente llevó a cabo su ejecución, con lo que asume la relación contractual proyectada y se integró en ella, aunque en forma de cumplimiento parcial, toda vez que inició las obras de montaje de las cocinas, por lo que obtuvo el precio que le fue satisfecho. No firmó el documento privado de referencia, lo asumió, ya que lo ejecutó, con la vinculación obligacional consecuente, por darse consentimiento tácito. Hay que tener en cuenta que la exigencia de forma escrita, contenida en el último párrafo del artículo 1.280 del Código Civil, no tiene el alcance de forma solemne con repercusión en la eficacia obligatoria de los contratos, y ello según viene declarado y reiterado por la jurisprudencia. No se trata de incumplimiento arbitrario del contrato a cargo del dueño de la obra, conculcándose el artículo 1.156 del Código Civil, sino más bien de incumplimiento de la recurrente, al haber hecho dejación voluntaria de la relación y ejecutar sólo en parte la instalación de las cocinas, si bien no se integra en la controversia la cuestión de resolución o cumplimiento del contrato, pues lo que es su objeto concreto es la devolución del precio indebidamente satisfecho. Tampoco se ha cometido infracción del artículo 1.594, que autoriza al dueño de la obra y no al contratista, a desistir, aunque se hubieran iniciado los trabajos, debiendo de indemnizar a aquél en todos sus gastos y utilidad que pudiera obtener de ella. Los hechos probados acreditan que la actora cumplió con dichos pagos y los abonó con exceso, que lo que acontece y sucede que no fue quien precisamente desistió de la instalación en sus apartamentos de las cocinas contratadas.

CONTRATO DE OBRA. RECLAMACION DE PARTE DEL PRECIO. CONCEPTO DE CONGRUENCIA. (SENTENCIA DE 1 DE MARZO DE 1999.)

El Juzgado de Primera Instancia número 2 de los de Gijón, en sentencia de 10 de noviembre de 1993, estima parcialmente la demanda. La Audiencia Provincial de Gijón, en sentencia de 11 de julio de 1994, estima en parte el recurso de apelación.

El recurso de casación no prospera.

La base jurídica de esta litis se centra en un contrato de obra de fecha 23 de septiembre de 1992, en virtud del cual se obligó a ejecutar la obra una de las partes, limpieza concreta de fin de obra de construcción, por precio cierto fijado por unidades de tiempo.

Doctrina de la Sentencia.—Se denuncia infracción del artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, produciéndose incongruencia al no contener mención ni razonamiento alguno relativo a una de las excepciones opuestas cual es la excepción de pago; pero tal denuncia no es viable, primero por ignorar el concepto de congruencia, ésta, como requisito interno de la sentencia o como principio del proceso, relacionada con el derecho a la tutela judicial efectiva que consagra la Constitución Española exige resolver todas las pretensiones de las partes, es la exhaustividad de la sentencia, que se aprecia poniendo en relación el suplico de la demanda y, en su caso, de la reconvención, con el fallo de la sentencia. Nuestra sentencia, en concreto, resuelve exhaustivamente la pretensión de la parte actora y desestima la posición formulada en la contestación.

Por otro lado, se hizo un pago parcial, no uno total, que es el que se reclama, de ahí que se introduzca en el concepto procesal de la congruencia los hechos y el derecho de la cuestión de fondo.

LA CUANTIA DE LA DEMANDA NO ALCANZA LA SUMA QUE DEBE SUPERARSE PARA SER POSIBLE IMPUGNAR LA SENTENCIA EN CASACION.
(SENTENCIA DE 2 DE MARZO DE 1999.)

El Juzgado de Primera Instancia número 29 de los de Barcelona, en sentencia de 5 de abril de 1994, estima parcialmente la demanda. La Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 1.^a), en sentencia de 11 de julio de 1994, estima íntegramente el recurso de apelación.

No prospera el recurso de casación.

Doctrina de la Sentencia.—La Sala, en la presente litis, efectúa la siguiente comprobación, y es que la cuantía de la demanda no alcanza la suma fijada y determinada y que debe superarse para ser posible impugnar la sentencia en casación. También se hace constar, igualmente, que suscitada por la demandada reconvencción implícita en la petición de resolución del contrato hace que se comporte la devolución del género, cuyo importe coincide con el reclamado en la demanda, y tales cuestiones no pueden dar lugar a recurso de casación.

RECLAMACION DE DAÑOS Y PERJUICIOS POR VICIOS RUINOGENOS EN LA RESPONSABILIDAD DECENAL. EX ARTICULO 1.591 DEL CODIGO CIVIL. (SENTENCIA DE 6 DE MARZO DE 1999.)

El Juzgado de Primera Instancia número 2 de Valencia, en sentencia de 3 de septiembre de 1992, desestima las excepciones de incompetencia de jurisdicción y de sumisión de la cuestión litigiosa a arbitraje, de falta de personalidad en el actor y en el procurador y de falta de legitimación activa de la actora. La Audiencia Provincial de Valencia (Sección 9.^a), en sentencia de 29 de julio de 1994, estima parcialmente el recurso de apelación.

Prospera el recurso de casación.

Doctrina de la Sentencia.—A lo largo de la litis se deja claro que es y tiene carácter de extraordinario el que pueda revisarse en casación la prueba pericial, y ello lo avalan diferentes sentencias, y entre las citas de ellas se encuentran las siguientes: los tribunales de instancia, en uso de las facultades que le son propias, no están obligados a sujetarse totalmente al dictamen pericial, que no es más que uno de los medios de prueba o elementos de juicio; no existen reglas preestablecidas que rijan el criterio estimativo de la prueba pericial, por lo que no puede invocarse en casación la infracción de precepto alguno en tal sentido; la prueba pericial es de libre apreciación por el Juez; el juzgador no está obligado a sujetarse al dictamen pericial y no se permite la impugnación casacional de la valoración realizada a menos que sea contraria en sus conclusiones a la racionalidad y se conculquen las más elementales directrices de la lógica.

La denunciada infracción a la norma del artículo 1.591 del Código Civil, en cuanto a la responsabilidad decenal, trata de discrepar de la tesis de la sentencia porque no acontece ruina de los edificios ni siquiera ruina funcional, pues se estima que deben considerarse como ruínógenos: a) filtraciones, humedades y desprendimientos de las cubiertas debidas a un diseño inadecuado y a una deficiente ejecución; b) grietas en el muro de cerramiento exterior del edificio; c) filtraciones en los sótanos de aparcamiento. Todos estos defectos de obra en modo alguno pueden entenderse como superficiales o ajenos a las obligaciones profesionales de los intervinientes en el proceso de la construcción, sino que afectan de forma directa al uso de las viviendas propiciando un deterioro. La denunciada también infracción al artículo 1.137 del Código Civil sobre el principio de responsabilidad solidaria, tampoco prevalece, pues cuando no se ha podido individualizar las respectivas autorías o grados de participación en el defecto ruinoso, todos participan en el proceso de construcción y responden dentro de los términos de la solidaridad jurisprudencial creada al amparo del citado artículo 1.137 del Código Civil.

PRESTAMO. FALTA DE FIJACION DEL PRECIO PARA SU DEVOLUCION.
(SENTENCIA DE 6 DE MARZO DE 1999.)

El Juzgado de Primera Instancia número 1 de Betanzos, en sentencia de 22 de octubre de 1993, estima parcialmente la demanda. La Audiencia Provincial de La Coruña (Sección 1.ª), en sentencia de 21 de mayo de 1994, desestima los recursos de apelación interpuestos.

El recurso de casación no ha lugar.

Hechos.—Mediante documento privado de fecha 19 de enero de 1993, el actor hizo un préstamo a los recurrentes, pero en tal préstamo no se fijó plazo alguno para su devolución, lo que aprovecharon éstos para argumentar que los juzgadores de instancia no habían señalado plazo para el reintegro de lo prestado, que precisamente no fue solicitado, pues de la naturaleza y circunstancias de la obligación se deduce que les ha sido concedido, con lo que, decididamente lo que pretenden es no cumplir la obligación de devolución del dinero recibido y que se les reclama.

Doctrina de la Sentencia.—Se efectúa aquí en nuestra litis una interpretación equivocada del artículo 1.128 de Código Civil, partiendo de supuestos que no han sido debidamente probados. La fijación del plazo por los Tribunales resulta cuestionable que pueda hacerse de oficio, aunque la jurisprudencia se muestra más permisiva respecto al segundo párrafo del mencionado artículo. El plazo puede ser expreso, es decir, declarado directamente, o tácito, que es el supuesto que tiene en cuenta el artículo 1.128, párrafo primero, y se ha de deducir de la naturaleza y circunstancias del contrato, lo que exige principio de prueba que permita inferir la voluntad de los contratantes de conceder plazo para el cumplimiento a las obligaciones concertadas. Pero en el caso de autos se trata de un simple préstamo que la Ley no exige necesariamente someter su cumplimiento a tiempo cierto, como sucede en el comodato (arts. 1.740 y 1.750 del Código Civil), y con naturaleza de obligación pura exigible, ya que la literalidad del contrato facultaba al prestamista para pedir su devolución, bien mediante aviso o devolución «a su comodidad», lo

que ha de entenderse que tanto podía reclamar la totalidad del préstamo como parte del mismo. De tal forma que no procede admitir la concurrencia de plazo implícito concedido al deudor y contemplado por el citado párrafo primero del artículo 1.128, sin hacer mención alguna del acreedor, ya que se da ausencia de base fáctica para ello. Aquí los hechos que se alegan, consistentes en la cuantía importante del préstamo y la entrega por el actor a los recurrentes de un cuadro simple de amortización del préstamo, resultan irrelevantes y el préstamo alcanza su perfección contractual por la entrega y transmisión de las cosas prestadas, generando el contenido obligacional esencial, de índole unilateral, a cargo del prestatario, en cuanto queda sujeto a devolver lo recibido, obligación que surge desde el momento de la perfección del contrato, aunque su demora sí se pactó plazo perfectamente determinado para proceder a su reintegro y no deduciéndose en el caso que comentamos de las circunstancias y naturaleza de la obligación, que se hubiera querido conceder plazo alguno precisado, y ello conforme a la literalidad bien expresiva del documento privado de fecha 19 de enero de 1993, base de esta litis. Por otro lado, no se aprecia falta de buena fe, pues la buena fe y en sentido objetivo consiste en dar al contrato debida efectividad para que se realice el fin propuesto y ello exige comportamientos justos, adecuados y reales, y la actuación del demandante, su conducta contractual, fue correcta al reclamar el reintegro del dinero prestado, y por la Sala se mantiene que ello no es obstáculo para que lo reclamado haya sufrido minoración por pagos acreditados, que, en todo caso, precisaban una definición jurídica al no haberlos realizado los directamente obligados.

INFRACCION DE LA REGLA DEL «ONUS PROBANDI». (SENTENCIA DE 9 DE MARZO DE 1999.)

El Juzgado de Primera Instancia número 18 de los de Sevilla, en sentencia de 27 de septiembre de 1993, desestima la demanda. La Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 5.^a), en sentencia de 6 de julio de 1994, estima en parte el recurso de apelación.

No triunfa el recurso de casación.

Doctrina de la Sentencia.—El artículo 1.214 del Código Civil no se infringe más que cuando la falta de pruebas en el pleito, procedan de quien procedan, se hacen recaer las consecuencias de dicha falta a persona distinta de la obligada a probar y esto tradicionalmente se conoce como infracción de la regla del *onus probandi*. En los autos hubo prueba, la apreciación determinó a la Sala a declarar la existencia de la deuda y en consecuencia su declaración prevalece y no infringe tal precepto. Además, los demandados, a quienes les incumbía demostrar el pago, no lo lograron y pechan con las consecuencias de no demostrar lo que sobre ellos pesaba como carga procesal. A los recurrentes no les está permitido valorar de nuevo las pruebas, ni menos tratar de imponer conclusiones de parte, subjetivas, frente a las objetivas e imparciales obtenidas por el Tribunal en su función valorativa de las pruebas, pues la casación no es instancia.

ERROR DE DERECHO EN LA APRECIACION DE LA PRUEBA. EL ARTICULO 34 DE LA LEY HIPOTECARIA. (SENTENCIA DE 12 DE MARZO DE 1999.)

El Juzgado de Primera Instancia número 1 de los de Granada, en sentencia de 25 de enero de 1993, estima parcialmente la demanda. La Audiencia Provincial de Granada (Sección 3.^a), en sentencia de 30 de octubre de 1993, acoge el recurso de apelación en lo concerniente al cumplimiento de las obligaciones de los codemandados.

No prospera el recurso de casación.

Doctrina de la Sentencia.—Se habla por la Sala de una interpretación errónea de los artículos 1.218 y 1.219 del Código Civil, dedicando toda su argumentación a analizar y valorar las pruebas, pero no señala regla valorativa de pruebas contenida en las leyes y que haya sido conculcado; trata, pues con esto, de convertir la casación en instancia, lo cual no es admisible.

En cuanto al aspecto registral, la aplicación del artículo 34 de la Ley Hipotecaria tampoco prospera, pues para sostener la vigencia de dos asientos del mismo valor registral es preciso acreditar la identidad de las fincas y de las pruebas practicadas y no se ha obtenido tal conclusión del hecho, ni se ha puesto en duda la concurrencia de los requisitos en virtud de los cuales goza de la protección registral del mencionado artículo 34.

RESOLUCION DE CONTRATO DE OBRA. EL RESARCIMIENTO DE DAÑOS Y ABONO DE INTERESES QUE PREVE EL ARTICULO 1.124 DEL CODIGO CIVIL PARA EL CASO DE INCUMPLIMIENTO DE UNO DE LOS OBLIGADOS, RESULTAN SUSTITUIDOS POR LA CLAUSULA PENAL PACTADA, QUE PUEDE MODERARSE EQUITATIVAMENTE POR EL TRIBUNAL. (SENTENCIA DE 16 DE MARZO DE 1999.)

El Juzgado de Primera Instancia número 33 de los de Madrid, en sentencia de 28 de julio de 1992, estima la demanda parcialmente. La Audiencia Provincial de Madrid (Sección 14.^a), en sentencia de 20 de junio de 1994, desestima el recurso de apelación.

Prospera el recurso de casación.

Hechos.—El contrato de ejecución de obra con suministro de materiales suscrito entre don Celedonio Benito Arribas y la empresa constructora «Rayc, S.A.», sufrió multitud de avatares que provocaron reiterados retrasos en la labor constructora. Algunas dilaciones fueron motivadas por la propia conducta del arrendatario de la obra, que demandó modificaciones en el proyecto y propició alteraciones en los trabajos que no estaban previamente presupuestadas, incluso se interfirió en las labores de ejecución, lo que provocó la incomodidad de los dos sucesivos aparejadores, que renunciaron a encauzar las tareas de la dirección técnica. Y además la adquisición directa de diversos materiales tectónicos, por parte del dueño de la obra, también obligó a nuevos cálculos y nuevos retrasos.

Doctrina de la Sentencia.—Se incumplió el deber de controlar y vigilar los trabajos del constructor, se acumularon vicios de la dirección y en la ejecución y no pudiendo precisarse la proporción en que unos se encuentran con

respecto a los otros, se pronuncia, conforme a reiterada jurisprudencia, por una responsabilidad solidaria de constructor y arquitecto al ser imposible precisar y cuantificar los daños provocados por cada incumplimiento. Pero lo más grave fue la definitiva paralización de la obra para cuya decisión no podía servir de coartada el hecho de las modificaciones de obra impulsadas por el actor, porque tales alteraciones no implicaban ninguna novación de la obligación principal respectiva de la contratante.

La sentencia de instancia incurre en incongruencia ya que no decide sobre la resolución contractual que había sido solicitada por el demandante mostrando una deficiencia técnica. No obstante, declara la Sala la resolución del contrato bilateral en obediencia a la doctrina del artículo 1.124 del Código Civil, ya que dicha resolución resulta implícita en las actuaciones recíprocas de los contratantes y porque las dos sentencias (la del juzgador *a quo* y la de apelación) aceptan la finalización contractual por cuanto el abandono de las obras entraña su incumplimiento total. Así, el resorte del artículo 1.124 y el refuerzo de la cláusula penal del artículo 1.101 también del Código Civil establece la necesidad ético-jurídica del resarcimiento de los daños contractuales en el sentido de que «quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad y los que de cualquier modo contraven-gan el tenor de aquélla», y es que el actor, al iniciar el pleito, solicitó como consecuencia de la resolución contractual que demandaba la devolución de un exceso satisfecho al constructor y además el abono de los conceptos que el artículo 1.124 del Código Civil dispone: «el resarcimiento de los daños y el abono de los intereses exigibles». Pero, habiéndose establecido una específica cláusula penal, resulta de inexcusable aplicación la normativa del artículo 1.152 del mismo cuerpo legal, que establece lo siguiente: «En las obligaciones con cláusula penal, la pena sustituirá a la indemnización de daños y al abono de intereses en caso de falta de cumplimiento, si otra cosa no se hubiere pactado». Además, habida cuenta de que la obligación principal del constructor no ha sido totalmente incumplida y que, por su parte, el actor no ha sido diligente en presentar su reclamación, con lo que se podría ampliar el espacio de la penalización y su consiguiente cuantificación y que también su conducta complica la buena ejecución del proyecto, la Sala decide utilizar la facultad del artículo 1.154 del Código Civil, a cuyo tenor: «El Juez modificará equitativamente la pena cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor».

INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL. RESARCIMIENTO DE DAÑOS Y PERJUICIOS. (SENTENCIA DE 16 DE MARZO DE 1999.)

El Juzgado de Primera Instancia número 37 de los de Barcelona, en sentencia de 29 de junio de 1993, estima parcialmente la demanda. La Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 4.ª), en sentencia de 21 de julio de 1994, desestima el recurso de apelación interpuesto.

Prospera el recurso de casación.

Hechos.—Don Pedro Ruiz Fernández es propietario de un local de negocio. Con fecha 1 de enero de 1972, el citado don Pedro y don Gerardo Klein suscribieron un contrato de arrendamiento. Mediante carta, don Gerardo

manifestó su acuerdo verbal con el actor de que el contrato tuviera un plazo de duración de ocho años, transcurridos los cuales el contrato quedaría totalmente rescindido. Llegado el vencimiento del plazo, las partes convinieron prorrogar el arrendamiento por otros ocho años más, pactando por segunda vez la consiguiente resolución del contrato cuando venciese la nueva prórroga. Por fallecimiento de don Gerardo Klein, se subrogó en su lugar con el consentimiento del arrendador, la compañía «Klein Ibérica, S.A.», constituida por los herederos de aquél. Don Pedro Ruiz demandó a la compañía citada y, entre otras peticiones, interesó la declaración de la resolución del citado contrato de arrendamiento y el resarcimiento de daños y perjuicios al no haber atendido el requerimiento de desalojo cursado notarialmente.

Doctrina de la Sentencia.—Se alega infracción del artículo 1.101 del Código Civil en relación con el artículo 1.106 del mismo cuerpo legal, por cuanto la sentencia impugnada no apreció la negativa a desalojar el local en el momento pactado, lo que implica un perjuicio debido a que el arrendador quedó obligado a percibir una renta que deviene de un contrato anterior el día 1 de enero de 1972, frente a la nueva renta que hubiera podido obtener de haber quedado libre el local.

En nuestra litis, de donde resulta una situación de incumplimiento contractual provocada única y exclusivamente por una de las partes, y tal circunstancia determina, por sí misma, la obligación reparadora, y además, tiene declarado que el solo incumplimiento contractual no excluye la idea de que éste no constituye *per se* un perjuicio o daño, una frustración en el interés material o moral del contratante, pues lo contrario equivaldría a sostener que el contrato operó en el vacío, y sus vicisitudes no habrían de tener ninguna repercusión, pues así se contravendría la fuerza vinculante de los negocios obligacionales y las consecuencias previstas en los artículos 1.258 y concordantes del Código Civil.

I. M. G.

C) ARRENDAMIENTOS

POR CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ

Arrendamientos rústicos

RETRACTO.—NO PROCEDE PORQUE LA MAYOR PARTE DE LA SUPERFICIE DE LA FINCA ES TERRENO URBANIZABLE Y TIENE UN VALOR MUY SUPERIOR AL QUE TENDRIA DENTRO DE UN DESTINO EXCLUSIVAMENTE AGRICOLA, APLICANDOLE LA EXCLUSION DE LA LEGISLACION ARRENDATICIA QUE DETERMINA EL ARTICULO 7.1 DE LA LEY. (SENTENCIA DE 28 DE JUNIO DE 1996.)

El Juzgado número 1 de Pola de Lena desestimó la demanda y confirmó la Audiencia Provincial.

No se admite la casación. La finca, objeto del retracto, figura como rústica, pero en la actualidad tiene dos características: 1. Un 78 por 100 de su superficie se encuentra como suelo clasificado como apto para ser urbanizable por las «normas subsidiarias municipales» de Pola de Lena. 2. Su valor en el mercado es muy superior al que tendría dentro de su destino exclusivamente agrícola, puesto que su valor estimativo era el de un 75 por 100 menos. Todo esto hace que no pueda proclamarse que la finca sea objeto del retracto que regulan los artículos 86 y siguientes de la Ley de Arrendamientos Rústicos, ya que entra en juego el artículo 7.1 de dicha Ley, y así lo entiende la jurisprudencia de esta Sala (sentencias de 29-10-1985, 26-12-1977, 31-1-1963 y 13-7-1984). La pretensión de la parte actora y ahora recurrente de que el retracto pueda recaer sobre la parte no urbanizable de la finca en cuestión es inadmisible y así lo tiene declarado la jurisprudencia de la Sala, pues va contra el principio de que el arrendamiento es único y no se puede fragmentar ni dividir (sentencia de 5 de noviembre de 1966), siendo además una cuestión nueva cuya introducción origina una indefensión de la parte contraria.

EXTINCION DE LA APARCERIA.—LA ALEGACION POR LOS RECURRENTES DE QUE EL CONTRATO ERA DE SOCIEDAD ES UNA CUESTION NUEVA QUE NO PUEDE SER ADMITIDA EN CASACION. (SENTENCIA DE 20 DE JULIO DE 1996.)

El Juzgado número 1 de Jaca estimó en parte la demanda, declarando no haber lugar a la extinción de la aparcería y el derecho de las partes a comparecerse a la rendición de cuentas de la administración y a dividir el negocio comunitario, pero la Audiencia revocó la anterior, declarando extinguida la aparcería.

No procede la casación. La alegación por los recurrentes de que el contrato no era de aparcería sino de sociedad para la explotación ganadera es una cuestión nueva que no se había planteado ni en primera ni en segunda instancia, sino que se decía que era un contrato *sui generis* que no era ni aparcería ni sociedad, sujeto a las normas comunes del Código Civil, siendo en la casación cuando se plantea esta cuestión. Tampoco puede admitirse la existencia de una explotación ganadera de tipo industrial, excluida de la LAR. La sentencia no es incongruente porque no hay un cambio en la *causa petendi*: la imposición a los demandados de la obligación de rendir cuentas durante los años de contrato, no supone estimación parcial de la demanda reconvencional, en que se pedía la rendición de cuentas referida a todo el tiempo de vigencia del contrato, que fue denegada por la Sala *a quo*.

RETRACTO.—EL RETRAYENTE SOLO TUVO CONOCIMIENTO SUFICIENTE DE LA VENTA A TRAVES DE LA CERTIFICACION REGISTRAL Y NO ANTES. NO SE PRUEBA LA EXISTENCIA DE EXPECTATIVAS DE MAYOR VALOR QUE DESNATURALICEN LA CONDICION DE RUSTICA DE LA FINCA, QUE SEAN ACTUALES AL EJERCITARSE EL RETRACTO. (SENTENCIA DE 27 DE JULIO DE 1996.)

El Juzgado número 1 de Talavera estimó la demanda y la Audiencia desestimó la apelación.

No se admite la casación. Alegan los recurrentes que había caducado la acción de retracto ejercitada, por haber pasado sesenta días desde el auto que adjudicó la finca objeto del pleito. En los supuestos de ventas judiciales, la acción de retracto surge desde el momento de la aprobación de la subasta y adjudicación judicial, al tratarse de acto público, precedido de la necesaria publicidad de las condiciones de la misma. De esta forma, al representar la aprobación y consiguiente actividad judicial, la perfección del contrato determina el nacimiento del derecho a retraer. El testimonio judicial constituye título apto para practicar la inscripción registral. No es el caso de autos, pues si se celebraron dos subastas, resultaron desiertas, por lo que no hubo remate ni aprobación ni identificación pública de los adquirentes. La adjudicación tuvo lugar en el ejercicio del derecho que prevé la regla 11.ª del artículo 131 LH —adjudicación al acreedor por no haber postura admisible en la segunda subasta— y, al tratarse de actuaciones internas que se desenvuelven en el ámbito del proceso, el aparcero no estaba en condiciones de conocerlas al no ser parte en el procedimiento. Para retraer es preciso tener conocimiento cabal y exacto de la transmisión operada y de sus elementos esenciales, accesorios y condiciones que pueden tener influencia, y esta noticia la tuvo el recurrido del Registro de la Propiedad, siendo sólo a través de la certificación registral cuando el retrayente alcanzó suficiente información de haberse llevado a cabo la adjudicación, identificando a sus destinatarios y el precio correspondiente a la misma, surgiendo entonces el cómputo del plazo que la ley otorga, lo que es hecho probado. Tampoco se ha probado que la finca tenga expectativas de mayor valor que desnaturalicen su condición de rústica y no urbanizable, ya que el mayor valor ha de existir en el tiempo actual en que se ejercita el retracto y las expectativas sólo podrían tenerse en cuenta si fuesen próximas y suficientemente acreditadas.

ACCESO A LA PROPIEDAD.—LA FALTA DE LOS REQUISITOS DE LOS ARTICULOS 79 Y 80 LAR DERIVAN EN LA FALTA DE LEGITIMACION «AD CAUSAM» DEL ACTOR PARA EL ACCESO A LA PROPIEDAD PRETENDIDO. (SENTENCIA DE 30 DE JULIO DE 1996.)

El Juzgado de Lerma desestimó la demanda y la Audiencia confirmó.

No se da la casación. No se admite en primera instancia el acceso a la propiedad, por no haberse identificado la finca objeto del arrendamiento y por no haberse acreditado el cumplimiento de los requisitos exigidos en el artículo 73 LAR para la subrogación de los arrendatarios, en especial el indispensable de la notificación fehaciente al arrendador, careciendo de legitimación *ad causam* para obtener el derecho pretendido. Alega el recurrente que la condición de sucesor legal del arrendatario, por ser su hijo, se notificó a la demandada en acto de conciliación, sin que la propiedad hiciera uso de su facultad al no hacer el preceptivo requerimiento y las rentas las satisfizo el recurrente, pero la realidad es que, en dicho acto se negó por el marido de la demandada que el recurrente cultivase ninguna finca de ésta y el dato del pago de la renta se refiere al período de 1985 a 1990, o sea, ANTES DE PLANTEARSE EL LITIGIO, POR LO QUE LA INOBSERVANCIA DE LOS PRESUPUESTOS DE LOS ARTICULOS 79 y 80 deriva en la falta de legitimación *ad causam* del actor por no ser arrendatario, lo que se opuso por la arrendadora en el acto de conciliación.

RETRACTO.—EL CARACTER DE PROFESIONAL DE LA AGRICULTURA FUE RECONOCIDO POR EL RECURRENTE EN LOS DOCUMENTOS APORTADOS Y EN EL REQUERIMIENTO NOTARIAL. NO SE HA PROBADO ESE SUPERIOR VALOR DE LA FINCA QUE LA EXCLUYA DEL REGIMEN DE LA LEGISLACION ARRENDATICA. LA DELIMITACION DE SUELO URBANO O URBANIZABLE CORRESPONDE A LA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA, SIN QUE LOS ORGANOS JURISDICCIONALES PUEDAN ATRIBUIR UNA CALIFICACION DISTINTA. (SENTENCIA DE 31 DE JULIO DE 1996.)

El Juzgado número 4 de Murcia desestima la demanda, pero revoca la Audiencia Provincial.

No se admite la casación. Se admite el retracto por la Audiencia, alegando el recurrente que el retrayente no es profesional de la agricultura, pero esta es cuestión de hecho que sólo se puede impugnar alegando error en la valoración de la prueba, al amparo del artículo 1.642.4.º LEC, pero la cualidad de profesional de la agricultura se desprende de los documentos aportados con la demanda, así como en las manifestaciones que hace el recurrente en el requerimiento notarial en el que señala que el retrayente cultiva las tierras y tiene como colaboradora a su hija, sin que este reconocimiento haya sido combatido por el cauce adecuado. Se indica que la finca tiene un valor superior al doble del precio que corresponde en la comarca a las de su misma calidad o cultivo, pero para determinar su exclusión del ámbito de la ley especial, esa diferencia de valor ha de provenir de cualquier circunstancia ajena al destino agrario (sentencia de 3-6-88 y 7-4-93) sin que en este caso se haya probado esa valoración que permita excluir la finca del régimen de la LAR. La delimitación del suelo urbano o urbanizable corresponde a la autoridad administrativa competente, sin que los órganos jurisdiccionales puedan atribuir una clasificación distinta a la administrativa, de la que han de partir para la resolución de los conflictos que en ellos se susciten. No obstante, tratarse de una adquisición gratuita, en la escritura de donación se valoraron los bienes donados, por lo que tal valoración habrá de prevalecer, como dice la sentencia recurrida, dado que el artículo 89 se refiere a la constancia del valor de los bienes en el contrato, no del precio, como parecen entender los recurrentes.

Arrendamientos urbanos

NULIDAD DE CONTRATO.—ES VALIDO EL NUEVO CONTRATO SUSCRITO POR LAS MISMAS PARTES FIRMANTES DEL ANTERIOR, QUE FUE RESUELTO JUDICIALMENTE, SIN QUE EXISTA FRAUDE NI ABUSO DE DERECHO, YA QUE HAY QUE RESPETAR EL PRINCIPIO DE LIBERTAD DE CONTRATACION. (SENTENCIA DE 22 DE JULIO DE 1996.)

El Juzgado número 5 de Fuengirola desestimó la demanda y confirmó la Audiencia Provincial.

No procede la casación. El primitivo contrato de 1978 quedó resuelto por obras incontestadas, mediante el juicio correspondiente y, después, se realizó otro contrato entre las mismas partes, descartándose el abuso del derecho y el fraude de ley, al realizar este nuevo contrato, ya que aunque en éste no existe la prórroga forzosa, interesaba a las partes la concertación del nuevo

convenio. Supone el ejercicio lícito de las facultades correspondientes a la capacidad de obrar de las partes, sin que ello sea constitutivo de fraude. El DL de 1985 no impide que surjan contratos sujetos a prórroga forzosa, sino que lo que autoriza es que se hagan arrendamientos excluidos de dicha prórroga, en virtud del principio de libertad de contratación (art. 1.255 del Código Civil) que es lo que ha sucedido en este caso, ya que los contratantes no han convenido el sometimiento al régimen de prórroga forzosa y ha de extinguirse el arrendamiento por transcurso del plazo pactado.

SUBARRIENDO.—NO EXISTE FRAUDE AUNQUE HAYA PERSONAS QUE SEAN ACCIONISTAS DE LAS DISTINTAS SOCIEDADES INTERVINIENTES: POR OTRA PARTE AL ARRENDAMIENTO NO LE SERIA APLICABLE LA LEGISLACION ARRENDATICA POR TRATARSE DE UN CONTRATO ESPECIAL. (SENTENCIA DE 29 DE JULIO DE 1996.)

El Juzgado número 14 de Madrid desestimó la demanda y la Audiencia revocó la anterior.

No se da la casación. Celebrado un contrato de subarriendo y finalizado el plazo convenido se insta la resolución, pero el subarrendatario alegó que no había tal subarriendo sino un arrendamiento, por ser una figura interpuesta la sociedad subarrendadora. En cuanto a la existencia de fraude, alegada por el subarrendatario, lo que se pretendía, según este último era el logro de un resultado prohibido por el Ordenamiento Jurídico: supresión del derecho de prórroga forzosa del arrendamiento. Pero no hay motivo para dudar de la licitud del arrendamiento, al no existir norma alguna que impida que una misma persona sea accionista de dos o más sociedades e incluso que una sociedad participe en otra y resulta comprensible, ante la complejidad de las relaciones económicas, comerciales y jurídicas, que se diversifiquen las funciones y se constituyan sociedades con personalidad propia, sin que ello signifique simulación o actuación abusiva o fraudulenta. En este caso no existe el ánimo defraudador, ya que, de haberse celebrado un contrato de arrendamiento no le sería aplicable el artículo 57 LAU, por ser un contrato especial, complejo, excluido de la Ley arrendaticia, si se tiene en cuenta que el destino del local es uno y el mismo durante el contrato sin que el arrendatario pueda modificarlo o alterarlo sin autorización del arrendador. Se renuncia al derecho del traspaso; el arrendatario no puede contratar los suministros de agua, luz y teléfono, etc.; la subordinación de la decoración a la aprobación del arrendador y la aceptación de las «Normas de régimen interior» del Centro Comercial en que se encuentra el local, que establecen bastantes limitaciones al uso libre del mismo. Por tanto, no resulta aplicable la prórroga forzosa del arrendamiento y no existe fraude de ley en el contrato celebrado, criterio mantenido por el Tribunal Supremo en sentencias de 31 de octubre de 1963 y 22 de junio de 1986, referentes al bar de un teatro y a la peluquería de un hotel, respectivamente.

EXISTENCIA DE ARRENDAMIENTO.—LA ADJUDICACION DE LA FINCA EN UN PROCEDIMIENTO HIPOTECARIO NO SUPONE LA EXTINCION DEL ARRENDAMIENTO CUYA EXISTENCIA ANTERIOR HA RESULTADO PROBADA, YA QUE SUPONDRIA AÑADIR UNA NUEVA CAUSA DE EXTINCION AL ARTICULO 114 LAU. (SENTENCIA DE 30 DE JULIO DE 1996.)

El Juzgado número 1 de Gavá desestimó la demanda y confirmó la Audiencia Provincial.

No se admite la casación. El demandado es arrendatario en virtud de contrato de 1972 y, por tanto, sometido a prórroga forzosa sin que signifique su extinción el procedimiento judicial hipotecario, por el que el demandante deviene propietario. Sometida a la decisión de un laudo arbitral la propiedad de la finca, dicho laudo declaró que existía una relación arrendaticia, no dando lugar al desalojo, por lo que la adjudicación no afecta al carácter del arrendamiento, ya que lo contrario supondría una causa de extinción no incluida en el artículo 114 LAU. El laudo precisó la precedente titularidad arrendaticia, indicando la fecha real de la existencia del arrendamiento y la titularidad arrendaticia, así como la indemnidad de su cualidad personal. La demanda no petición la resolución contractual sino la declaración de inexistencia del contrato de arrendamiento, pero es irrelevante la distinción, porque la inexistencia se suplica para conseguir el efecto de la extinción del contrato, de donde se deriva la tesis de la sentencia recurrida de que la estimación de la pretensión implicaría la ampliación de las causas de extinción del artículo 114 LAU.

DESAHUCIO.—NO SE ADMITE LA CASACION EN LOS DESAHUCIOS POR PRECARIO, YA QUE NO EXISTE RENTA CUYA CUANTIA PUEDA DETERMINAR LA ADMISION DE ESTE RECURSO. (SENTENCIA DE 9 DE SEPTIEMBRE DE 1996.)

El Juzgado número 36 de Barcelona desestimó la demanda, pero la Audiencia revocó la anterior.

No se admite la casación. Rechazó la demanda el Juzgado pero revocó la Audiencia declarando el desahucio por precario de las instalaciones deportivas, objeto de la litis. El Ministerio Fiscal determina que tanto si se considera la existencia de precario como si se admite el arrendamiento no es admisible la casación en el segundo supuesto, por la cuantía del juicio. Leído el documento de cesión de las instalaciones por la parroquia al club que las disfrutaba, se deduce que ésta era a título de precario y por un tiempo de veinte años. La contestación a la demanda argüía que existía un arrendamiento, consistiendo la contraprestación en el abono de los suministros de los diferentes servicios, lo que constituía una ventaja económica para la parroquia, lo que no admite la sentencia de segunda instancia, que entiende que el pago del agua y de la electricidad no constituyen contraprestación de la cesión arrendaticia. Entendida como precaria la situación del club deportivo, es reiterada la doctrina de esta Sala de no tener acceso a casación las sentencias en juicios de desahucio por precario, ya que no existe el precio, característico del arrendamiento, citando entre otras la sentencia de 2 de noviembre de 1993, que dice que no se puede determinar la cuantía, al no existir la merced o precio propias del arrendamiento, esenciales para la admisión del recurso de casa-

ción. En ningún caso el pago de los suministros de luz y agua permitiría computar una renta superior a un millón de pesetas, que es la exigida por el artículo 135 LAU para el acceso a casación de los arrendamientos de local, ya que los de vivienda están excluidas de dicho recurso.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO.—NO PUEDE ADMITIRSE QUE EN EL PROCEDIMIENTO DE RESOLUCION POR DENEGACION DE PRORROGA, A CAUSA DE DERRIBO PARA EDIFICAR, SE INTRODUZCA, COMO CUESTION NUEVA, SI HUBO CESION O TRASPASO INCONSENTIDO. (SENTENCIA DE 4 DE OCTUBRE DE 1996.)

El Juzgado número 2 de Ribeira estimó la demanda, pero la Audiencia revocó.

No procede la casación. El recurrente funda su recurso en torno al traspaso inconsentido de local, aunque la demanda se hizo por resolución por denegación de prórroga forzosa, para edificar otro inmueble, alegando que el asentimiento de la propietaria había de ser personal o por medio de representante con facultades bastantes. Es preciso señalar, de acuerdo con el informe del Ministerio Fiscal, que la recurrente ha introducido una cuestión nueva, de la cual no cabe conocer en casación, según reiterada jurisprudencia. La legalidad o ilegalidad de la cesión ha de dilucidarse en otro litigio mediante el ejercicio de otra acción y con variación del sujeto pasivo, pues el criterio de la recurrente de que el demandado es el mismo que la sociedad civil, que aparece ahora como arrendataria no es de recibo, cuando al menos existe otro socio que, aunque sea hermano de aquél, tendría derecho a ser oído y a defenderse en juicio, de lo que carece en la presente contienda.

RETRACTO.—NO HABIA CADUCADO LA ACCION CUANDO SE INTERPUSO LA DEMANDA DE RETRACTO Y SE HAN CUMPLIDO LOS REQUISITOS LEGALES PARA SU EJERCICIO. (SENTENCIA DE 9 DE OCTUBRE DE 1996.)

El Juzgado número 1 de Salamanca desestimó la demanda, pero la Audiencia Provincial revocó, declarando el derecho a retraer.

No se admite la casación. No es posible, en un juicio de retracto, tratar otras cuestiones y, en concreto, la resolución del contrato. La parte recurrida ha consignado el precio abonado por el recurrente, y, además, ha entregado un aval para cubrir todos los gastos necesarios y útiles. Tampoco puede admitirse que la demanda se ha interpuesto, transcurridos sesenta días naturales, es decir, caducada la acción, ya que se trata de establecer apreciaciones jurídicas, partiendo de hechos diferentes de los vinculantes, fijados por la Sala de instancia, que dice que la copia de la escritura se entregó el 3 de febrero y la demanda se presentó el 3 de abril, o sea, dentro de los sesenta días del artículo 48.2 LAU. Tampoco puede discutirse la valoración de la prueba documental por el Tribunal, ya que la parte recurrente conoció tal prueba y no se opuso a la misma, ni en la primera ni en segunda instancia.

DESAHUCIO.—NO SE PACTO LA SUJECION DEL CONTRATO A LA PRORROGA FORZOSA, YA QUE DESPUES DEL DECRETO-LEY DE 1985 ESTA SUJECION HA DE CONVENIRSE EXPRESAMENTE. EL ARTICULO 1.566 DEL CODIGO CIVIL DA POR CONCLUIDO EL CONTRATO Y POR NACIDO OTRO, QUE NO TENDRA LA MISMA DURACION DEL PRIMERO SINO LA QUE SEÑALA EL ARTICULO 1.581 DEL CODIGO CIVIL. (SENTENCIA DE 15 DE OCTUBRE DE 1996.)

El Juzgado número 7 de Granada desestimó la demanda, pero la Audiencia revocó la anterior.

No procede la casación. Del examen de la cláusula del contrato litigioso, el Tribunal de instancia llega a la conclusión de que no consta de manera clara y precisa que los contratantes quisieron someter el contrato, concluido por ellos, al sistema de prórroga forzosa del artículo 57 LAU, ya que el contrato fue celebrado después de la entrada en vigor del Real Decreto-ley 2/1985, de 30 de abril, que estipuló que ha de convenirse explícitamente la sujeción a la prórroga forzosa, haciendo uso de la libertad de pacto del artículo 1.255 del Código. Esta interpretación ha de ser mantenida por no resultar ilógica ni conculcadora de norma hermenéutica alguna. La expresión «año prorrogable» que se utiliza en el contrato no implica concesión de un derecho de prórroga forzosa frente a la taxativa declaración de que el contrato acababa en junio de 1988, sistema de prórroga forzosa que no puede deducirse de la cláusula de revisión establecida que sólo había de entrar en juego, en caso de prórroga del contrato, tanto si es por tácita reconducción como por acuerdo de las partes. Es reiterada doctrina de esta Sala que el artículo 1.566 del Código Civil da por concluido el contrato primitivo de arrendamiento y por nacido otro, que no tiene el mismo plazo de duración que el del contrato extinguido, sino que ha de ser el que señala el artículo 1.581 del Código Civil. Pactado el pago de la renta por meses en el contrato litigioso, es correcta la sentencia recurrida, en cuanto se ajuste a la citada doctrina jurisprudencial.

C. R. R.

F) RESPONSABILIDAD CIVIL

Por JOSÉ MARÍA CORRAL GIJÓN, PATRICIA LÓPEZ PELÁEZ,
JUANA RUIZ JIMÉNEZ, TERESA SAN SEGUNDO MANUEL
y LOURDES TEJEDOR MUÑOZ
(Departamento de Derecho Civil de la UNED.
Director: Profesor LASARTE)

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE ENTE PUBLICO A CAUSA DE INFECCION MOTIVADA POR TRANSFUSION INFECTADA DE SIDA. (SENTENCIA DE 27 DE OCTUBRE DE 1999.)

Ponente: Señor Sierra Gil de la Cuesta.

Ingresado de urgencias por haber sufrido un accidente de tráfico en el Hospital Z. de Cádiz, se transfunde al accidentado sangre que resulta conta-

minada de hepatitis C, diagnosticándole posteriormente infección por el virus VIH que le produce la muerte.

La sentencia de primera instancia acepta el nexo causal y declara la responsabilidad, pero es revocada por la Audiencia que alude arróneamente a la *lex artis ad hoc*.

El Tribunal Supremo casa la sentencia de la Audiencia Provincial y condena al Servicio Andaluz de Salud a indemnizar a los herederos de la víctima.

Sin llegar, ni con mucho, a la objetivización de la responsabilidad extracontractual, se ha de proclamar la plena vigencia de la misma desde el instante mismo en que existe una acción-omisión, como es la utilización de sangre para transfundir no controlada; un resultado dañoso, como es la muerte del tratado con la misma; y un nexo causal absolutamente demostrado entre los antedichos eventos, como se desprende de la prueba practicada en autos, en concreto de la historia clínica del fallecido, desde el instante del accidente viario hasta el deceso acaecido.

Por otra parte, y es esta otra faceta planteada en el presente caso cuando se habla de la responsabilidad patrimonial antedicha, se refiere a la extracontractual, perfectamente ejercitable en el presente caso, con autonomía propia o relacionada con la responsabilidad contractual del artículo 1.104 del Código Civil, pues no puede haber duda que en un caso de tanta gravedad como el que nos ocupa, el núcleo del mismo constituye el incumplimiento de una obligación, así como, al tiempo, un acto ilícito, por lo que el perjudicado puede utilizar expresa o tácitamente en su pretensión el ejercicio de dichas acciones, pues el grave incumplimiento del contrato de servicios lleva consigo la lesión de derechos del paciente, que justifica la aplicación de normas extracontractuales.

Pero, además, en el presente caso es perfectamente aplicable a la estimación del motivo que se estudia, lo dispuesto en los artículos 25, 26 y 28-1 y 2 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la defensa de los consumidores y usuarios (BOE de 24 de julio de 1984), que proclaman el derecho que tienen el consumidor y usuario de productos farmacéuticos y servicios sanitarios a ser indemnizados por parte de los que los suministran o facilitan dichos productos o servicios cuando sean defectuosos.

CULPA SANITARIA. CONTAGIO DEL SIDA A CONSECUENCIA DE TRANSFUSION SANGUINEA. RESPONSABILIDAD DEL SERVICIO GALLEGO DE SALUD. (SENTENCIA DE 23 DE NOVIEMBRE DE 1999.)

Ponente: Señor Villagómez Rodil.

Internada una enferma en un centro médico de Orense, dependiente del Insalud y después del Servicio Gallego de Salud, se le diagnosticó un posible mioma por haber padecido una caída brusca de hemoglobina, por lo que se le practicó una transfusión sanguínea, a consecuencia de la cual se contagió de VIH positivo o sida, falleciendo poco después.

Estimada la sentencia de indemnización en primera instancia, es revocada su sentencia en la Audiencia y ahora se casa esta última por el Tribunal Supremo.

En este caso el riesgo instaurado hay que referirlo, sin dejar de lado la causa originaria del contagio del VIH por la transfusión del año 1982, a que

se dejó desarrollar la enfermedad, no obstante conocerse debidamente padecimientos asociados, sin haber sido objeto de diagnóstico y tratamiento adecuado, que se imponía como necesario, por lo que la culpa médica hay que centrarla considerando el desarrollo creciente y progresivo de la enfermedad, que fue consentido por actuación omisiva negligente de los servicios médicos implicados del centro hospitalario donde se atendió a la paciente en repetidas ocasiones, ocasionando clara infracción de la *lex artis* de la medicina, ante unas patologías que se presentaban incrementadas y acentuaban la pérdida creciente de la salud, pues de haberse aplicado el tratamiento correspondiente y disponible a la enferma, hubiera acreditado la atención y diligencia que ha de exigirse a quienes asumen una de las más nobles y enaltecidas tareas humanitarias, cual es la de procurar la salud de las personas. De esta manera, al menos, se hubiera podido intentar la paralización o aminoración del desarrollo del virus a fin de remitir la sintomatología o que el avance se produjera con la mayor lentitud posible, lo que aquí no concurrió por la omisión suficientemente acreditada de medios, conforme al *factum*, ya que la muerte de la mujer se produjo pocos meses después de haberle diagnosticado la enfermedad, diagnóstico que resulta tardío, tratándose de un mal de los más intensos, pues la sangre infectada, como declara la sentencia de 11 de febrero de 1998, es un hecho gravísimo y opera por la prestación de unos servicios sanitarios insuficientes y más bien pasivos en el caso que nos ocupa.

El motivo procede y con ello el recurso y con mayor razón, como declaran las sentencias de 11 de febrero de 1998 y 28 de diciembre de 1998, ya referidas, y las más recientes de 9 de marzo y 5 de octubre de 1999, en base constitucional de los artículos 43 y 51 de la Constitución Española, al tenerse en cuenta que en la época en la que fue tratada la paciente de referencia ya regía la Ley de 19 de julio de 1984 (General para Defensa de Consumidores y Usuarios), cuyos artículos 25, 26 y 28-1 y 2, proclaman el derecho que tienen los consumidores y usuarios de los servicios sanitarios y de productos farmacéuticos a ser indemnizados por parte de los que le suministren dichos productos o servicios.

CULPA EXTRA CONTRACTUAL DE LA EMPRESA.—MUERTE EN DISCOTECA DEBIDA A ASFIXIA POR ESTRANGULACION ORIGINADA POR FUNCIONAMIENTO ANORMAL DE MONTAPLATOS. (SENTENCIA DE 16 DE NOVIEMBRE DE 1999.)

Ponente: Señor Villagómez Rodil.

El trágico accidente ocurrió cuando el fallecido, en compañía de su madre, ahora actora, llevaba a cabo labores de limpieza en una discoteca, y con ocasión de asomarse desde la planta baja al hueco de un montacargas o montaplatos, éste se desprendió sobre la víctima, alcanzándole, y al comprimirle el cuello y la región occipital posterior, determinó su fallecimiento al resultar asfixiado por estrangulación.

El juzgado de primera instancia estimó la demanda, fijando una indemnización de diez millones de pesetas, cantidad que fue rebajada en la Audiencia a siete millones.

El Tribunal Supremo, ante los recursos planteados tanto por la empresa como por la madre del fallecido, desestima la casación pedida por dicha

empresa y estima la de la madre, confirmando plenamente la sentencia de primera instancia.

La aplicación del artículo 1.902 del Código Civil resulta procedente cuando, como en el caso de autos, la omisión negligente de la sociedad titular de la discoteca está dotada de suficiente causalidad directa y efectiva, en relación al daño mortal ocasionado, resultando suficientemente explicado el cómo y por qué se produjo el accidente (sentencias de 27-10-1990, 13-2 y 3-11-1993, 29-5-1995 y 2-4-1996).

El artículo 1.902 y sus concordantes regulan la obligación que surge de un acto ilícito civil y opera en forma cuasi objetiva cuando se ha instaurado un riesgo, del que resulta posible se generen daños, y de esta manera la doctrina de esta Sala ha venido a corregir el excesivo subjetivismo del precepto para adaptarlo a la realidad social presente, en la que el imperio de las técnicas y de la industrialización aminoran cada vez más la libertad de los seres humanos, al imponerles conductas en línea de automatismo.

La responsabilidad del titular del local no excluye la de las personas designadas a las que se les encarga el cuidado del local, que son los que mantienen contacto directo sobre el mismo y de los que se valen sobre todo las personas jurídicas para procurar que el funcionamiento del negocio y de sus instalaciones sea el correcto y sobre todo para adoptar las medidas necesarias a fin de evitar que los aparatos instalados, susceptibles de crear riesgos, como son los montacargas, están dotados de las medidas de seguridad necesarias a fin de que no puedan causar daños a las personas.

La responsabilidad de las sociedades a través de sus empleados ha sido decretada por la jurisprudencia civil, sobre todo cuando éstos resultan identificados y acreditada la incidencia decisiva de su actuar imprudencial por negligencia, como sucede en este caso, así como la relación jerárquica o de dependencia, sin perjuicio de que el encargado ostente o no la condición de socio y que la dependencia sea más o menos intensa, lo que hace que surja su responsabilidad junto a la de la sociedad, al instaurarse vínculo de solidaridad entre todos los que se reputan responsables del accidente acaecido (sentencias de 2-7-1993, 4-10-1994 y 11-3-1996).

FALTA DE NEXO CAUSAL. IMPRUDENCIA DEL PERJUDICADO. LITIS CONSORSICIO PASIVO NECESARIO. (SENTENCIA DE 25 DE NOVIEMBRE DE 1999).

Ponente: Señor García Varela.

Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial desestiman la demanda interpuesta.

Son hechos: «En la tarde del sábado, día 19 de noviembre de 1983, Juan Borrás López, yésaire con categoría de obrero autónomo, acudió en compañía de su cuñado Antonio Gómez Onrubia, de igual profesión y categoría, a la obra en construcción sita en Elda, calle Murillo, esquina calle Cristo del Buen Suceso, siendo dueño de la obra Roberto Juan García, gerente de la empresa constructora Efigenio López Limiñana y arquitecto técnico de la misma Antonio López Limiñana, mayor de edad y sin antecedentes penales. En dicho momento no se encontraban en la obra trabajadores de la empresa constructora y los citados accedieron a la misma usando una llave que le había sido entregada a Gómez Onrubia para el cumplimiento por éste del contrato suscrito con la cons-

tractora el día 30 de marzo de 1982, y que tenía por objeto la realización de trabajos de guarnecido de yeso de toda la obra por parte de Gómez Onrubia, sin llevar ningún personal a su cargo. Al acceder a la obra Juan Borrás introdujo materiales en el montacargas existente y en el que había una placa metálica soldada al chasis del montacargas y perfectamente visible, que indicaba su prohibición de uso por personas, pese a la cual se introdujo en la cabina, y al ascender ésta no se detuvo a la altura deseada, yendo a golpear contra la parte superior de la instalación, provocando la rotura del cable de sustentación y la caída de la cabina hasta el suelo desde una altura de 10 metros, resultando Juan Borrás con lesiones de pronóstico muy grave, de las que tardó en curar 1.072 días, estando incapacitado durante 990 días y ocasionándole unos gastos médicos de 1.628.465 pesetas y restándole como secuela una lumbagía crónica al esfuerzo que constituye incapacidad para todo trabajo que obligue a bipedestación o marcha durante toda la jornada laboral, así como para aquellas profesiones que obliguen a flexiones sucesivas de columna o a levantar pesos. No consta acreditada la causa inmediata productora del accidente».

Según los reseñados hechos probados, es evidente que la efectividad del evento tuvo ocasión sin que hubiera nexo causal entre la conducta de los demandados y el daño causado.

Habiéndose demandado tanto al dueño de la obra como a la empresa constructora y al arquitecto técnico y no constando el nexo causal, el Tribunal Supremo acoge la excepción de falta de legitimación pasiva con desestimación de la petición.

TRATOS PRELIMINARES.—SU FIRMA PUEDE GENERAR UNA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL «IN CONTRAHENDO». (SENTENCIA DE 16 DICIEMBRE DE 1999.)

Ponente: Señor Sierra Gil de la Cuesta.

Un Banco encargó a determinada empresa el estudio de un proyecto, factibilidad del mismo y forma de realizarlo, por lo que esta empresa realizó viajes, gestiones y gastos, que después no cobró por desistimiento del Banco.

En el Juzgado de Primera Instancia se condena al Banco a pagar a los demandantes quinientos mil dólares, sentencia que fue confirmada por la Audiencia Provincial de Madrid y ahora se confirma por el Tribunal Supremo, basándose en la siguiente doctrina:

Las relaciones y contactos socio-económicos acaecidos entre las firmas «B.A.E.» y «A.E. de C., S.A.» —partes ahora recurrentes— y D. J.L.A., D. A.D. y la entidad «A-E, S.A.» —partes ahora recurridas— deben ser encajadas, como se hace perfectamente en la sentencia recurrida, dentro de la figura jurídica de los denominados «tratos preliminares» (*Vorverhandlungen Trattative*), teoría construida por la doctrina germánica y razonablemente asimilada por la española; la cual se puede definir como el conjunto de actos y operaciones que los intervinientes y *ad lateres* realizan con el fin de discutir y preparar un contrato. Y desde luego hay que afirmar que dichas operaciones se desenvuelven en un área nebulosa y desde luego evanescente, pues las mismas hay que enfocarlas desde un punto de vista muy amplio —ideas, especulaciones, planteamientos—, pero que siempre tendrán un denominador común, como es no suponer acto

jurídico alguno, ya que de dichas referidas operaciones no se derivan, de manera inmediata, efectos jurídicos mensurables.

Pues bien, de dichos tratos sociales o «contratos sociales» —denominación germánica— puede y debe derivarse una cierta responsabilidad —responsabilidad precontractual o culpa *in contrahendo*—, y se plasma tal aserto en la sentencia de esta Sala, de 16 de mayo de 1988, cuando en ella se dice que la culpa *in contrahendo*, al faltar relación contractual, se nos ofrece como aquiliana, puesto que no puede negarse que exista una violación del principio *neminem leadere*. A lo que hay que añadir que dicha responsabilidad extracontractual se puede derivar directamente de dicha tesis jurisprudencial o a través de la teoría del abuso del derecho, como determina cierta doctrina española. Pero tanto en uno u otro caso lleva a desembocar ineludiblemente a la entrada en juego del artículo 1.902 del Código Civil. Y es este el camino por el que ha llevado la parte recurrente en casación su único motivo.

Dicho todo lo anterior hay que afirmar y partiendo del *factum* de la sentencia recurrida, que se basa en una exhaustiva y encomiable relación de hechos probados efectuada en la sentencia de la primera instancia, no hay lugar a dudas de que se dan los dos requisitos necesarios para que surja la responsabilidad extracontractual, como son: *a)* una acción negligente y que referida a dichos «tratos preliminares», que está constituida por una falta de lealtad cuyo núcleo fue una ruptura unilateral por parte de las entidades ahora recurrentes del proyecto inicial de los demandados en la instancia, y *b)* unos perjuicios, que también dada la fenomenología de dichos «tratos preliminares», deben mensurarse desde un punto de vista del interés negativo, como así se hace y así se cuantifica en la sentencia recurrida.

Desde luego estos dos requisitos plasmados son desde un punto de vista casacional una *questio facti* inatacable por el cauce de este recurso, salvo circunstancias excepcionales, las que no se dan en el presente caso, por lo que deberán ser aceptados y tenidos en cuenta con todas sus consecuencias.

En cuanto al último y tercer requisito, fundamentador de la responsabilidad extracontractual derivada del artículo 1.902 del Código Civil, como es el nexo causal entre la acción y los perjuicios ya mencionados; es una verdadera *questio iuri* en la que sí se puede entrar de plano en el cauce procesal del recurso de casación. Pero sobre ello hay que afirmar, sin duda alguna, que la ruptura de negociaciones al defraudar la buena fe provoca sin duda la vanidad de unos gastos, esfuerzos y trabajos, dándose entonces esa ligazón que se recoge paladinamente en la sentencia recurrida y que se acepta en este momento.

En resumen, que se dan todos los datos necesarios para que surja con toda plenitud la presente responsabilidad extracontractual con todas sus consecuencias, por la actuación de la parte ahora recurrente y antes demandada.

ACCIDENTE LABORAL.—OBLIGACION DE INDEMNIZAR POR LA EMPRESA DE LA QUE ERA EMPLEADO, POR LA EMPRESA QUE ENCARGO LA OBRA Y POR LA COMPAÑIA ASEGURADORA DE ESTA. (SENTENCIA DE 7 DE DICIEMBRE DE 1999.)

Ponente: Señor O'Callaghan Muñoz.

Los hechos que constituyen la base fáctica de dichas resoluciones, tal como se exponen en las mismas, son los siguientes: el demandante en la instancia,

don Domingo Larrea Mendioroz, era trabajador por cuenta de la empresa codemandada (recurrente en casación) «Plásticos Tolosa, S.A.», desde el 13 de junio de 1984, y el día 22 de febrero de 1991 trabajaba en Pasajes de San Pedro a bordo del buque «Playa de Bakio» que estaba en construcción por la empresa «Industrias Guría, Sociedad Cooperativa» (también recurrente en casación), que había subcontratado a la anterior para revestimiento de las bodegas o cubas del barco y tenía concertado un seguro de responsabilidad civil con «Royal Insurance, Public Limitead Company» (también recurrente en casación); en la fecha indicada, sobre las 17,50 horas, habiendo terminado la jornada laboral, el mencionado demandante en la instancia y un compañero suyo se introdujeron en la cabina para cambiarse y al salir las luces se apagaron quedando en total oscuridad por lo que aquél tropezó con la brazola de la escotilla del pañol de la cubierta principal y cayó al interior de las cubas de una profundidad de unos siete metros; las cubas estaban rodeadas en todo su perímetro por una brazola o zócalo fijo de 40 cm.; al día siguiente de este suceso se colocaron protecciones en todas las escotillas; con anterioridad no existían ni tapas en las mismas ni barandillas de protección.

La calificación jurídica de los hechos anteriores, por las sentencias de instancia, con respecto a los codemandados, es la siguiente:

— con respecto a «Plásticos Tolosa, S.A.», ésta era la empresa por cuenta de la cual el demandante en la instancia (parte recurrida en casación) prestaba sus servicios profesionales y cuyo trabajo en el momento del accidente se realizaba a su instancia e interés y a tal empresa le correspondía la adopción de las medidas de seguridad e higiene en el trabajo;

— con respecto a «Industrias Guría, Sociedad Cooperativa Limitada» se destaca: la condición de dependiente laboral de la persona que procedió a apagar las luces del barco sin percatarse de la existencia aún en sus dependencias de dos trabajadores; y la inexistencia de tapas en las escotillas ni de barandillas o antepechos en las que daban a las diversas cubas donde se produjo la caída;

— con respecto a «Royal Insurance, Public Limitead Company», existe un seguro de responsabilidad civil y el demandante, que sufrió el daño, es un tercero, ya que es trabajador de la empresa «Plásticos Tolosa, S.A.»;

— por último, se aprecia la concurrencia de concausa en la conducta del demandante, que motiva la disminución del *quantum* indemnizatorio reclamado.

Habiéndose dictado sentencia estimatoria de la demanda, con estimación parcial de sus pedimentos, el demandante se ha aquietado ante la misma y los tres codemandados han formulado sendos recursos de casación.

El primero de los motivos del recurso de casación interpuesto por «Plásticos Tolosa, S.A.», formulado al amparo del número 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, considera infringido el artículo 1.968, número 2.º del Código Civil relativo a la prescripción anual de la llamada responsabilidad extracontractual o aquiliana. La cuestión que se plantea es acerca del *dies a quo* para el cómputo del año en que prescribe aquella acción; si es la fecha del dictamen de la unidad de valoración médica de incapacidades, como mantiene este recurrente, o es la fecha de la determinación invalidante de las secuelas, el reconocimiento de la situación de incapacidad permanente en grado de gran invalidez, según Resolución de 10 de julio de 1992,

como mantienen las sentencias de instancia; la demanda se presentó el 8 de julio de 1993.

Esta última es la posición que se mantiene y se basa en dos razones, ambas de reiteradísima raigambre jurisprudencial: la primera, la interpretación restrictiva del instituto de la prescripción que, en caso de duda, debe aceptarse la postura más contraria al mismo, como no conforme a los dictados de la estricta justicia; la segunda es recogida y resumida en la sentencia de esta Sala de 22 de noviembre de 1999.

El primero de los motivos del recurso de casación interpuesto por «Royal Insurance P.L.C.» se funda en el número 4 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción por aplicación errónea de los artículos 1.902 y 1.903 del Código Civil. Esta parte tenía concertado con «Industrias Guría, S. Coop. Ltda.», seguro de responsabilidad civil que aseguraba los riesgos de responsabilidad frente a un tercero, y la sentencia de instancia califica, acertadamente, de tercero al demandante don Domingo Larrea, que no era empleado de tal sociedad cooperativa sino de la codemandada «Industrias Tolosa, S.A.».

Las sentencias de instancia han imputado la responsabilidad extracontractual a la tomadora del seguro «Industrias Guría, S. Coop. Ltda.» (además de la otra sociedad codemanda), lo que mantiene esta Sala; en el desarrollo de este motivo se pretende impugnar esta declaración de responsabilidad, pero lo hace negando hechos, alegando otros y llegando a la afirmación fáctica de que el único causante fue la propia víctima, demandante don Domingo Larrea, lo cual es también hacer supuesto de la cuestión, que, como se ha expuesto en el fundamento anterior, relativo a este otro recurso, está vedado en casación.

Por lo cual el motivo se desestima.

Desestimándose los tres recursos de casación, debe declararse no haber lugar a los recursos, con imposición de las costas a cada parte recurrente y pérdida de los depósitos constituidos por cada uno de dichos recurrentes.

INCOMPETENCIA DE JURISDICCION.—VIS ATRACTIVA.—LESIONES SUFRIDAS POR UN MENOR EN CLASE DE EDUCACION FISICA. INDEMNIZACION POR DAÑOS CORPORALES. NO VINCULA LA CANTIDAD PEDIDA EN PROCESO PENAL ANTERIOR. (SENTENCIA DE 2 DE DICIEMBRE DE 1999.)

Ponente: Señor Corbal Fernández.

Los antecedentes previos de que ha de partirse son los siguientes: 1.º En la mañana del 13 de enero de 1988, Pedro Lorenzo Ubeda, nacido el 19 de abril de 1973, alumno de 1.º de BUP del Instituto Mixto de Bachillerato de Fuengirola, cuyo Director era don José Luis Ojeda González, con ocasión de hallarse en clase de educación física bajo la dirección de la profesora de la asignatura doña María de la Vega González Pérez, al realizar uno de los ejercicios de salto que tenían lugar sobre un trampolín elástico, y que consistía en efectuar una breve carrera de ocho metros aproximadamente, para, a continuación, tomar impulso sobre el trampolín y botar en posición vertical sobre una colchoneta, como consecuencia de producirse un desequilibrio en el aire, cayó mal y se golpeó con la barbilla contra dicha colchoneta, lo que le causó graves lesiones y secuelas calificadas como de gran invalidez; 2.º Por el perjudicado don Pedro Lorenzo Ubeda se formuló demanda contra doña

María de la Vega González Pérez, don José Luis Ojeda González, CONSEJERÍA DE EDUCACION Y CIENCIA DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA y la Compañía U.A.P. IBERICA, Compañía de Seguros Generales y Reaseguros; 3.º El Juzgado de 1.ª Instancia número 4 de Málaga dictó sentencia el 5 de febrero de 1996 en la que aprecia la excepción de incompetencia de jurisdicción por entender que corresponde el conocimiento de los hechos a la jurisdicción contencioso-administrativa, resolución que fue confirmada en apelación por la sentencia de la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Málaga, de 9 de mayo de 1997; y 4.º Contra esta última sentencia se interpuso por don Pedro Lorenzo Ubeda el recurso de casación objeto de enjuiciamiento.

Los motivos 1.º y 5.º se dirigen a combatir la estimación por la sentencia recurrida de la excepción de falta de competencia jurisdiccional por entender que corresponde conocer a la Jurisdicción contencioso-administrativa, y el sexto se refiere al fondo del asunto.

Para resolver la cuestión planteada es de interés señalar que, ocurrido el hecho base de la pretensión ejercitada en la demanda el día 13 de enero de 1988, el régimen jurídico de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública está constituido, aparte los preceptos de la Ley de Régimen Local y Expropiación Forzosa (art. 121), aquí sin interés, por los artículos 106.2 CE, 40 y 41 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, de 26 de julio de 1957, en los que se distinguía según que la lesión fuere consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos (art. 40), o de una actuación del Estado en relaciones de derecho privado (art. 41), en el que «responderá directamente de los daños y perjuicios causados por sus autoridades, funcionarios o agentes, considerándose la actuación de los mismos como actos propios de la Administración; habiéndose de exigir, en este caso, la responsabilidad ante los Tribunales ordinarios», y el artículo 1.903, párrafo quinto del Código Civil (actualmente derogado por la Ley 1/1991, de 7 de enero), el cual, aunque aplicado por algunas sentencias (como las de 20 de marzo de 1975 y 5 de marzo de 1997), y aludido en otras (15 de diciembre de 1994), había sido considerado sin efectividad práctica (sentencia de 27 de marzo de 1992), o modificado, e incluso sustituido, por el artículo 41 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración antes citado, que no diferencia —dice la sentencia de 27 de enero de 1989— entre agente especial y ordinario, y considera en todo caso los actos como propios de la Administración.

De conformidad con la normativa anterior, y singularmente del inciso final del artículo 40 LRJAE, además de la disposición recogida en el apartado *b)* del artículo 3 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 27 de diciembre de 1956 (que atribuye a ésta el conocimiento de las cuestiones que se susciten sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública), se establecía un sistema aparentemente sencillo para determinar las respectivas competencias, en la materia de que se trata, de las Jurisdicciones Civil y Contencioso-Administrativa, que dependía si la responsabilidad derivaba de una actuación en relación de derecho privado o del funcionamiento de un servicio público. No obstante, la aparente sencillez del sistema legal, diversos factores y circunstancias dificultaban la adopción de una solución clara, pues, por un lado, parecía obvio (aunque hubo excepciones jurisprudenciales) que no cabía someter a los particulares (personas privadas) a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, por lo que, de no traerse a la Administración al proceso civil, en los supuestos de responsabilidad conjunta o solidaria, una

eventual división de la continenencia de la causa creaba el riesgo de sentencias contradictorias; por otro lado, la línea divisoria entre las situaciones reguladas en los artículos 40 y 41 LRJAE, no siempre era de fácil aplicación, lo que determinó en diversas ocasiones una interpretación restrictiva de la expresión «funcionamiento normal o anormal de un servicio público» (como ponen de relieve las sentencias de 1 de julio de 1986 y 28 de marzo de 1990); y en tercer lugar, poderosas razones constitucionales abogan la necesidad de dar respuesta, sin más demora, a reclamaciones indemnizatorias en dilatada espera de solución judicial (según ampliamente destaca, dentro de una nutrida jurisprudencia, la sentencia de 23 de diciembre de 1997). Todo ello explica la consolidación de las doctrinas invocadas en los motivos de la «vis atractiva» y evitación del «peregrinaje jurisdiccional», y justifica que se asumiera con base en ellas, en numerosos supuestos, la competencia en favor de la Jurisdicción Civil, a la que el artículo 9.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial atribuye un papel preponderante en el plano competencial, al residenciar en la misma, además de las materias que le son propias, todas aquellas que no estén atribuidas a otro orden jurisdiccional, lo que configura su carácter residual. Una clara demostración de lo dicho se recoge en cuanto a la «vis atractiva» en la sentencia de 2 de febrero de 1996, en la que se dice que «en el problema que nos ocupa está fuera de duda que en los supuestos en que la Administración actúa en relaciones de derecho privado, el conocimiento de su responsabilidad por los daños y perjuicios causados corresponderá a la jurisdicción del orden civil, debiendo exigirse ante los Tribunales ordinarios, en el decir del artículo 41 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, como también lo está que en aquellos otros en que se pretenda una indemnización por los particulares que se consideren lesionados a consecuencia del funcionamiento normal o anormal de un servicio público la competencia vendrá atribuida a la jurisdicción del orden contencioso-administrativo, a tenor de los artículos 40 de la precitada Ley, 3b) de la Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y 121 de la de Expropiación Forzosa. Sin embargo, la solución ya no es tan clara para los casos en que conjuntamente con la Administración figuren demandadas personas físicas o jurídicas privadas, pues si la reclamación se formula con carácter solidario o existe un vínculo de solidaridad entre todos los codemandados, la “vis atractiva” que caracteriza a la jurisdicción civil o su condición de “residual” (art. 9.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), aconseja atribuir la competencia a la expresada jurisdicción, especialmente para evitar la posibilidad de fallos contradictorios de separarse la continenencia de la causa, y en este sentido se decanta la mayor parte de la doctrina jurisprudencial de la Sala».

La sentencia de la Audiencia decide el tema litigioso en la perspectiva exclusiva del panorama legislativo-jurisprudencial anteriormente expuesto, es decir, sin contemplar la normativa introducida por la Ley RJA-PAC 30/1992, de 26 de noviembre, y Reglamento aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, que al menos podría haber suscitado duda acerca de su aplicabilidad (Disposición Transitoria cuarta del Código Civil) al haber entrado en vigor respectivamente el 27 de febrero y 5 de mayo de 1993, y por lo tanto con anterioridad al planteamiento de la demanda que tuvo lugar el 19 de julio de 1993, y argumenta en pro de la competencia de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa que «el suceso ocurrió en el interior de un Colegio Público, a un alumno del mismo y cuando en clase de gimnasia saltaba un determinado aparato a instancia de una profesora, la cual, igual que el Director del Centro,

también demandado, son funcionarios dependientes de la Consejería de Educación o de la Delegación Provincial de la misma, y por su actuación como tales y no por otra causa son llamados al pleito». Y más adelante añade que «el suceso ocurre dentro de la esfera del *ius imperii* del que aparece revestida la Administración, en este caso Autonómica, y afecta asimismo a los code mandados en cuanto que su actuación se desarrolla en el marco de un indudable servicio público y su posible negligencia no es la exigible a los particulares sino la revisable dentro del funcionamiento normal o anormal de la propia Administración».

Esta Sala no está de acuerdo con la solución adoptada por la resolución recurrida por las razones que se exponen a continuación. El tema nuclear del proceso lo constituyen las lesiones, y gravísimas secuelas, sufridas por un alumno de un Instituto con ocasión de desarrollar un ejercicio en la clase de educación física, y en el caso se plantea, aparte de otros aspectos, como fundamental, si la profesora que dirigía la sesión adoptó, en esa conjetura, todas las medidas de precaución aconsejables, en relación con las circunstancias del caso, para prevenir el evento dañoso. Sin perjuicio de admitir la dificultad práctica de perfilar las líneas que acotan la diversa naturaleza de las actividades o campos de responsabilidad de la Administración en las perspectivas privada o netamente pública [que no es otra cosa que el deslinde operativo de los preceptos de los arts. 40 y 41 LRJAE 1956, que fueron derogados por el apartado 2.a) de la disposición de esta naturaleza de la Ley 30/92], sin embargo, en el supuesto que se enjuicia, parece criterio más correcto con arreglo a derecho entender que el desarrollo concreto de la actividad docente (no se cuestiona el tipo de enseñanza, su calidad, o funcionamiento del servicio) no supone un servicio público *strictu sensu*, es decir, no es una actividad propiamente administrativa (con independencia que lo sea la del control superior). La profesora a la que se atribuye el ilícito civil era funcionario público, pero no actuaba en funciones de «imperio», no estaba revestida, ni directa, ni por delegación, de prerrogativa de índole público; no concurría en el caso una actuación de poder público en uso de las potestades públicas. La actividad en que se produjo la hipotética omisión negligente encaja más en el ámbito del artículo 41 LRJAE que en el del 40, tanto más si se tiene en cuenta que el ámbito del segundo ha sido objeto jurisprudencialmente de una interpretación restrictiva, especialmente cuando la Administración se ocupa de actividades paralelas, sustitutivas de éstas, o en las que se dan en la sociedad las dos posibilidades operativas (por la Administración y por los particulares), como ocurre con las sanitarias y las docentes, entre otras, tal y como ya tiene señalado esta Sala (por todas, recientemente, sentencia de 23 de diciembre de 1997). Las sentencias citadas por la Audiencia en orden a justificar su decisión de estimar la excepción de incompetencia de jurisdicción no son de aplicación a este caso, y se refieren a hipótesis que no guardan la más mínima similitud con la de autos. La de 3 de octubre de 1994 se refiere a un supuesto de actuación de un órgano administrativo (Gerencia Municipal de Urbanismo de un Ayuntamiento) dentro de un expediente de tal naturaleza en virtud de un acuerdo de carácter administrativo y mediante un acto público de igual carácter, todo ello en cumplimiento de la acción administrativa urbanística propia de las competencias específicas municipales. La de 29 de diciembre de 1995 se refiere al ejercicio de una acción fundada en el artículo 40 LRJAE en relación con un accidente de circulación atribuido a la defectuosa instalación o conservación de la valla protectora de una carretera nacional (indudable

servicio público del Estado en cumplimiento de sus deberes relacionados con la policía de carreteras). Y la de 2 de febrero de 1996 también se refiere a un supuesto claro del artículo 40 LRJAE de 1956, pues se trata de un caso de responsabilidad patrimonial por muerte de una persona producida por disparo de Guardia Civil con ocasión de una huelga de transporte (la intervención del autor del disparo se produjo en ejercicio, por delegación, de facultades propias del *ius imperii*).

A lo anteriormente razonado debe añadirse, y con lo que se va a decir se contempla también la resolución del problema en la perspectiva jurisdiccional afectada por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, que ha sido codemandada la Compañía de Seguros U.A.P. IBERICA, por lo que, dado su carácter de persona jurídica privada, es de aplicación la doctrina de la «vis atractiva». No es de aceptar, en relación con este tema, el argumento de la sentencia recurrida en el sentido de que la aseguradora referida acude al litigio, no en virtud de la existencia de un contrato de seguro regulado en el ámbito privado o mercantil, sino en virtud de un seguro colegial que la ley impone (aludiéndose en otro fundamento jurídico a la naturaleza legal de la obligación asumida por la aseguradora). La citada sentencia confunde el seguro colegial, esto es, el escolar obligatorio, con el seguro de responsabilidad civil contraído por el Instituto Mixto de Bachillerato de Fuengirola con la Cía. U.A.P. IBERICA. Examinadas las actuaciones, obran en las mismas, repetidamente, referencias documentales a ambos seguros que revelan que no tienen nada que ver entre sí (así incluso lo viene a exponer indirectamente el Director del Colegio al declarar en el proceso penal, cuyas actuaciones figuran por testimonio en los autos). El seguro concertado por U.A.P. IBERICA es un seguro de responsabilidad civil que asegura la que pudiera recabarse del Centro Docente (que es el tomador), abarcando los accidentes corporales y/o materiales causados a terceros, teniendo esta consideración los alumnos. Se trata de un contrato privado y sujeto, como en el mismo consta, primordial e imperativamente a la Ley 50/1980 (verb. f. 28). Por otro lado, tampoco cabe aceptar la alegación de fraude de ley efectuada por la Compañía de Seguros en relación con la desproporcionalidad que existe entre la suma asegurada (que se alega es de cinco millones) y la indemnización que se reclama, porque, además de lo que se dirá más adelante, se trata de una cuestión nueva, y por lo tanto ajena a la casación, aparte de que la invocación no deja de resultar insólita, porque, en el escrito de contestación a la demanda, la Compañía referida mostró explícitamente su conformidad con la competencia del Juzgado y el procedimiento, y por otro lado, de existir un fraude (por lo demás procesal) lo sería el propio planteamiento efectuado, en cuanto responde a la idea exclusiva de tratar de impedir la operatividad judicial del compromiso contractual asumido.

La solución que se adopta en relación con la asunción de la competencia para conocer del asunto por este orden jurisdiccional civil se halla en línea de cabal coherencia con numerosas resoluciones de esta Sala, entre las que cabe destacar las de 16 de mayo de 1987, 7 de abril de 1989, 10 de noviembre de 1990, 3 de diciembre de 1991, 5 de octubre de 1995, 22 de noviembre de 1996, 23 de diciembre de 1997, 28 de diciembre de 1998 y 24 de febrero y 6 de mayo de 1999. No son de aplicación al caso las sentencias citadas por la Consejería de Educación de la Junta de Andalucía en su escrito de impugnación del recurso de casación; unas, porque no son de esta Sala, y la de 16 de diciembre

de 1998, que sí lo es, porque se refiere a un caso en que se demandó únicamente a un ente administrativo.

La estimación de los motivos del recurso, cuya aceptación ha de entenderse dentro de los límites en que armonicen con la argumentación expuesta en el fundamento jurídico anterior, supone el acogimiento de dicho recurso, con la consiguiente casación y anulación de la sentencia de la Audiencia y revocación de la del Juzgado, situación que obliga a esta Sala a asumir las funciones del juzgador de instancia (art. 1.715.1.3.º), porque a pesar de la redacción imperfecta del número 1.º del apartado 1 del artículo 1.715 LEC, que prevé el exceso de jurisdicción pero no el defecto, rige en nuestro sistema casacional el denominado efecto positivo de jurisdicción, implícito en dicho artículo, y reconocido por reiterada doctrina de esta Sala (entre otras, sentencias de 2 de junio de 1989, 26 de marzo de 1991, 30 de mayo de 1998), cuando, como ocurre en el caso, tuvo lugar la plenitud de ejercicio por las partes litigantes de las actividades de alegación y prueba.

En el ejercicio de dicha función de juzgador de instancia, con lo que, por otro lado, se da respuesta al sexto motivo del recurso, corresponde examinar en primer lugar las defensas y excepciones que por su singular naturaleza, una eventual estimación impediría o haría innecesario entrar en el fondo del asunto, bien por afectar a la relación jurídica procesal, ora por determinar la absolución en la instancia, o ya por producir la extinción de la acción.

Invocada por la demandada Consejería de Educación y Ciencia de la Junta de Andalucía la excepción de prescripción, la misma no puede ser estimada porque si bien el hecho ocurrió el día 13 de enero de 1988 y la demanda no se presentó hasta el 19 de julio de 1993, el transcurso del plazo prescriptivo del año que establece el artículo 1.968.2.º del Código Civil fue interrumpido por la tramitación de una causa penal por el mismo hecho y por la reclamación previa en la vía gubernativa (arts. 1.973 y 1.974, párrafo primero, del Código Civil), efecto interruptivo que no sólo paraliza el transcurso del plazo, sino que deja sin efecto el tiempo transcurrido con anterioridad, de tal modo que el cómputo se inicia *ex novo* una vez producida la interrupción, o cesados sus efectos (terminación de la causa penal y del trámite de la reclamación previa administrativa). En el supuesto que se enjuicia no se produjo en ningún momento el decurso efectivo del período del año, porque desde el día del accidente hubo actuaciones penales en varios Juzgados (de Fuengirola y Málaga), y además (según el núm. 109 del Registro General del Juzgado) se formuló denuncia el 9 de enero de 1989 —y no de 1991 como alega la demandada— (por lo tanto antes de aquel plazo), y aunque la causa penal (Juicio de Faltas 121/1991 del Juzgado de Instrucción núm. 1 de Fuengirola, en el que se transformaron las Diligencias Previas 1220/88) terminó por sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 11 de abril de 1992, archivada por proveído del 22 de mayo siguiente, sin embargo se planteó la reclamación previa ante la Junta de Andalucía el 26 de marzo de 1993 (doc. f. 7, no contradicho en las actuaciones).

Por el demandado don José Luis Ojeda González se formulan las excepciones de falta de litisconsorcio pasivo necesario por no haberse demandado al Instituto Nacional de Seguridad Social o, en su caso, a la Consejería de Sanidad de la Junta de Andalucía, y la de falta de personalidad en el demandado por no tener el carácter o representación con que se le demanda. Ninguna de ellas puede ser acogida. La segunda porque se fundamenta en argumentos de fondo —en síntesis, que no corresponde al Director, sino al Jefe de Estudios, la función de coordinar y velar por la ejecución de las actividades de carácter académ-

mico de profesores y alumnos en relación con el plan anual del centro escolar—que son inadecuados para dar lugar a la excepción, la cual, tal y como se rubrica, y habida cuenta también el precepto en que se apoya (art. 533.4 LEC), tiene como contenido la falta de capacidad para ser parte o de capacidad procesal (*legitimatio ad processum*) que, obviamente, en el caso no se cuestionan. La defensa de falta de litisconsorcio pasivo necesario se fundamenta por la parte demandada mencionada, desde el punto de vista fáctico, en «la necesidad de analizar si hubo alguna acción u omisión negligente por parte de los servicios sanitarios», tanto en el momento de ser recogido el accidentado y trasladado en ambulancia al Centro correspondiente, como en lo que hace referencia al tratamiento quirúrgico, lo que es posible —se dice— haya agravado aún más el daño y ocasionado las secuelas que ahora padece, y desde el punto de vista jurídico, en las sentencias del Tribunal Supremo de 16 de diciembre 1986, 1 de marzo de 1988, 2 de febrero de 1991 y 29 de abril y 5 de junio de 1992. La objeción procesal carece totalmente de consistencia. En cuanto al aspecto del *factum*, no hay en autos la más mínima base para sospechar la verosimilitud de la alegación efectuada, lo que no obsta sin embargo a que pueda ser objeto de otro proceso, pues no se comprende en el ámbito de *res iudicata* del que se enjuicia, y la mera afirmación, que no sufrió ninguna limitación probatoria, no es suficiente para exigir la presencia en el proceso de personas físicas o jurídicas cuya intervención en los hechos pudiere influir decisivamente en la condena (en la línea que siguieron las sentencias de esta Sala de 28 de septiembre y 28 de diciembre de 1993). Y por lo que respecta al pretendido soporte jurisprudencial, ninguno de los casos resueltos en las sentencias citadas guardan la más mínima similitud con el de autos, pues todas ellas versan sobre materia contractual —la de 16 de diciembre de 1986 sobre simulación de contrato; la de 1 de marzo de 1988, mandato; la de 2 de febrero de 1991, permuta; la de 29 de abril de 1992, compraventa, y la de 5 de junio de 1992 sobre la disolución de una sociedad civil—, y, además, en la mayoría ni siquiera se aprecia la concurrencia de situación litisconsorcial de carácter necesario, la que ha de responder, bien a una disposición legal (litisconsorcio necesario propio), o bien a una inescindibilidad de la relación jurídica material controvertida (litisconsorcio necesario impropio).

Por último, se alude en los escritos de contestación al contenido de las sentencias absolutorias dictadas en la causa penal (la del Juzgado de Instrucción núm. 1 de Fuengirola, de 15 de noviembre de 1991, confirmada por la de la Sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Málaga, de 11 de abril de 1992). Dichas resoluciones, en cuanto que no declaran la inexistencia del hecho, no vinculan al juzgador que conoce del proceso civil, el cual goza de total soberanía no sólo ya para valorar el material probatorio practicado en los autos, sino incluso los datos de hecho que obren en el testimonio del proceso penal incorporado a aquellos (arts. 596.7 LEC; 116 LECr. sentencias de 4 de febrero y 2 de noviembre de 1987; 9 y 28 de abril y 7 de junio de 1988; 2 y 9 de junio de 1989; 27 de febrero de 1990; 5 y 8 de febrero, 28 de mayo, 7 de octubre y 4 de noviembre de 1991; 6 de marzo de 1992; 26 de mayo y 1 de diciembre de 1994; 4 de noviembre y 10 de diciembre de 1996; 23 de marzo de 1998 y 13 de marzo de 1999).

Se plantea, a continuación, el examen de la cuestión de fondo, y a tal efecto, analizadas las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas —singularmente testifical y documental (cuyos folios no es posible reseñar al no haberse efectuado la adecuada numeración, como era su obligación, por

los órganos jurisdiccionales de instancia)— se deduce que la producción del accidente se debió a no haberse observado por la profesora, que ordenaba y dirigía el ejercicio, la diligencia media que le era exigible, dado que no adoptó las medidas de precaución y seguridad que la prudencia imponía en atención a un riesgo previsible en relación con la naturaleza de la actividad y las demás circunstancias concurrentes, obrando con evidente descuido y exceso de confianza, sin dar la debida consideración al peligro que entrañaba la clase de educación física que había mandado efectuar a los alumnos, riesgo que por su preparación y titulación no le era ajeno. Entre las circunstancias aludidas cabe reseñar: la edad de los alumnos; el tipo de aparato que entrañaba, no una excesiva, pero sí una cierta peligrosidad; la dificultad del ejercicio, harto patente y que además se revela por las caídas producidas y el temor de aquellos a realizar el salto; la falta de técnica en la realización del ejercicio, el que habría requerido una mayor y lenta preparación, sin que sea suficiente una mera explicación verbal; la presión añadida que pesaba sobre los alumnos que temían no aprobar la asignatura si no lograban, o al menos intentaban el ejercicio, y sobre todo, hay que resaltarlo, el no haber estado la profesora más cerca al lugar del salto, o de la caída, bien personalmente o por medio de personas expertas que le auxiliaren para el caso de producirse el desequilibrio, pues éste era previsible, incluso por la causa de pisar mal el trampolín, algo posible dadas las circunstancias expuestas, y todo ello con más razón todavía si se tiene en cuenta que era el primer día (la primera clase) en que los alumnos del grupo actuante realizaban el ejercicio. A la argumentación expuesta, que responde a la valoración probatoria de las pruebas obrantes en las actuaciones y juicio de valor efectuados por la Sala, es de clara aplicación el precepto del artículo 1.902 del Código Civil, por concurrir la actuación culpable, el daño y la psicólogo-psicoanalista que trató al lesionado y de la propia madre de éste, así como el informe pericial médico de autos, sin que resulte preciso concretar los graves padecimientos que afectan al actor, aunque debe hacerse constar que nada obsta a que la cantidad expresada sea superior a la interesada en el Juicio de Faltas, porque es doctrina de esta Sala (sentencias de 26 de mayo de 1981, 16 de febrero de 1988, 5 de abril de 1991 y 16 de octubre de 1993 y 21 de noviembre de 1996) que, cuando se trata de daños corporales o personales, la cifra indemnizatoria pedida en un proceso penal anterior no vincula respecto de la solicitada después en vía civil, por lo que en modo alguno concurre la infracción de la teoría que veda ir contra los propios actos.

La responsabilidad de la Administración Autonómica viene determinada (art. 2.3 del Código Civil) por la aplicación de la normativa sustantiva de la LRJAE de 1956, vigente al tiempo del accidente, y el artículo 1.903, párrafo quinto del Código Civil (ora culpa *in eligendo*, ora *in vigilando*) que habla de Estado pero es aplicable a todas las Administraciones Públicas (sentencia de 26 de febrero de 1996), aunque en realidad su contenido resultó absorbido por el del artículo 41 LRJAE; y tal responsabilidad tiene carácter directo (sentencia de 15 de diciembre de 1994, entre otras), operando prácticamente, según la doctrina de esta Sala, con el efecto de vínculo de solidaridad respecto a los otros responsables, como se ha postulado en la demanda. Y en cuanto a la responsabilidad de la Compañía de Seguros es de aplicación la normativa jurídica correspondiente al contrato que tiene concertado (art. 73 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre), que también tiene carácter directo (art. 76 de dicha Ley, sentencias de 3 de octubre de 1996, 10 de julio y 25 de octubre de 1997,

12 de septiembre de 1998), debiendo responder hasta el límite de la cantidad máxima asegurada (sentencia de 29 de marzo de 1995) la que se concretará en debida forma en ejecución de sentencia.

CULPA EXTRA CONTRACTUAL. CAIDA DESDE UN BALCON AL INTENTAR SALTAR, DE UNA JOVEN INTERNADA EN ALBERGUE DEL INSTITUTO CATALAN DE SERVICIOS DE LA JUVENTUD. CULPA DE LA ENTIDAD.
(SENTENCIA DE 21 DE DICIEMBRE DE 1999.)

Ponente: Señor Villagómez Rodil.

Se presenta demanda ante el Juzgado de Primera Instancia de Viella, que es desestimada en cuanto a la Generalidad de Cataluña por falta de legitimación pasiva, y en el fondo también se desestima en cuanto al mencionado Instituto y otro. La sentencia se confirma por la Audiencia Provincial de Lérida, en cuanto a la Generalidad de Cataluña, pero se revoca, condenando al Instituto Catalán de la Juventud y a la compañía aseguradora Catala de Occidente.

El único motivo contiene denuncia de aplicación indebida del artículo 1.902, en relación al 1.105 del Código Civil, aportando pretensión casacional de que se le exima de toda responsabilidad civil por el trágico accidente que costó la vida a la menor doña Cristina Castro Otero, el día 23 de julio de 1990.

Los hechos probados acreditan: a) Que la menor permanecía internada en el albergue que la recurrente posee en la localidad de Salardú (Valle de Arán), asistiendo a un curso que se impartía sobre perfeccionamiento de lengua francesa, siendo sobre las 20 horas del día referido, fue llamada para la cena cuando estaba en el dormitorio de una compañera y no en el suyo propio, como era lo establecido, y, probablemente, para no ser reprendida, tomó la decisión de pasar a su alcoba, saltando desde el balcón externo de la habitación donde se encontraba a la suya propia, estando ambos voladizos separados por 1,09 metros. b) En el momento de llevar a cabo el salto cayó al vacío, dando con su cuerpo en tierra, por lo que sufrió heridas tan graves que le ocasionaron el fallecimiento, y c) Los referidos balcones, con una antigüedad entre doce y catorce años, se encontraban en la pared posterior del albergue, a una altura de la superficie del suelo de 11,30 metros, estando provistos de barandilla, de 1,05 metros, y en las esquinas con perfil metálico anclado en la cornisa, pero carecían de obstáculos que impidieran saltar de uno a otro, al no estar provistos de defensas en sus partes laterales, lo que se subsanó después del accidente.

El acto inicial desencadenante del accidente mortal hay que atribuirlo a la víctima, tratándose de una joven de trece años de edad, y por tanto con capacidad suficiente para discernir el peligro que suponía saltar de balcón a balcón, lo que pone de manifiesto una actuación no sólo temeraria sino evidentemente peligrosa, cuando lo correcto era utilizar la vía correcta y normal de comunicación entre las habitaciones que facilitaba el pasillo interior.

Sin embargo la recurrente no resulta totalmente ajena al suceso, pues no se está ante un caso fortuito claro y que se imponga, ya que no adoptó —se hizo con posterioridad al accidente (suplementos y enrejados, en los laterales de los balcones)— las medidas de seguridad suficientes y necesarias, dada la

disponibilidad estructural que tenían los voladizos para evitar el paso de uno a otro por los usuarios del albergue, tratándose de personas jóvenes, proclives a afrontar peligros de forma irreflexiva.

Concurre una clara y decidida falta de previsión de la entidad que recurre, la que, al tomar bajo su custodia, tutela y protección a los jóvenes que se alojaban en el edificio, debió de disponer todas las medidas de seguridad posibles a su alcance para evitar accidentes que resultaban del todo convenientes y fáciles de ejecución, llevando a cabo cerramientos útiles protectores de los balcones, a los que se abrían los dormitorios de los internos.

Se trata de una omisión dotada de la suficiente intensidad causal en relación al accidente, que determina la responsabilidad concurrente del Instituto con la de la víctima, y que no desvirtuó la prueba pericial, la que no puede imponerse a la función valorativa de las pruebas a cargo del Tribunal de Instancia, pues si bien, en la misma se hace constar que la disposición de los balcones no contravenía normativa alguna por reunir las condiciones de altura y construcción habitual, ha de tenerse en cuenta que esta posible normalidad constructiva que puede valer para toda clase de edificios, no resulta suficiente, y así lo demostró el accidente de autos, cuando se trata de edificaciones destinadas a acoger personas menores de edad, por resultar del todo necesario evitar todo peligro, eliminado las facilidades que lo anuncian.

Esta Sala de Casación Civil tiene declarado, en supuestos análogos al presente, que los padres que confían sus hijos a una determinada institución que los acoge, los someten y entregan a la tutela y cuidado ajenos, que ha de ser suficiente y dotado de las mayores seguridades para evitar todo suceso negativo, y al producirse estos resultados acreditan la insuficiencia de las medidas o disposición que presentan las cosas, es decir, que falta algo por prevenir, presentándose por tanto incompletas las diligencias tomadas, recayendo la carga de la prueba de haber obrado con la completa diligencia que debe concurrir en aquél al que se le atribuye la causación del daño ocasionado (sentencias de 16-11-1990, 4-6 y 3-12-1991, 27-9-1993 y 10-12-1996).

El motivo se rechaza.

Al desestimarse el recurso procede la imposición de sus costas al litigante de referencia que lo planteó, por mandato del artículo 1.715 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

J. M.^a C. G.

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL: LA CULPA SIGUE SIENDO REQUISITO ESENCIAL PARA GENERARLA, COMO REGLA GENERAL; DICHA CULPA REQUIERE LA PREVISIBILIDAD DEL DAÑO, DE ACUERDO CON LAS CIRCUNSTANCIAS CONCRETAS, Y EL NEXO CAUSAL ENTRE LA CONDUCTA DEL AGENTE Y EL DAÑO PRODUCIDO; LA NECESARIA PROTECCION DEL CONSUMIDOR CONTRA LOS RIESGOS PARA SU SALUD DEBE CONCEBIRSE DE ACUERDO CON LA NATURALEZA DEL SERVICIO PRESTADO EN CADA CASO; ARTICULOS 2.1 Y 3.1 DE LA LEY PARA LA DEFENSA DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS. (SENTENCIA DE 9 DE OCTUBRE DE 1999.)

Hechos.—Fallecimiento por infarto agudo de miocardio de una persona durante la travesía marítima desde Palma de Mallorca a Barcelona.

Doctrina de la Sentencia.—Si bien es cierto que la jurisprudencia de esta Sala ha evolucionado en el sentido de objetivizar la responsabilidad, ya a través de la inversión de la carga de la prueba, ya de la aceptación de la doctrina de la responsabilidad por riesgo, ello no ha sido con un carácter tan absoluto que elimine como regla general el principio de la responsabilidad por culpa en el agente del daño acaecido. Según reiterada doctrina jurisprudencial, es esencial para generar culpa extracontractual el requisito de la previsibilidad, que hay que considerar en la actividad normal del hombre medio en relación con las circunstancias del momento, no en abstracto... y no entra en el campo de la previsibilidad exigible al hombre medio que una persona afectada por una grave anomalía cardíaca, la conozca o no, y sometida a un continuado riesgo para su vida, inicie un viaje marítimo, en que las posibilidades de un tratamiento urgente y eficaz han de ser necesariamente limitadas por el aislamiento del medio de transporte y las dificultades de inmediata evacuación a un centro hospitalario, y durante dicho viaje sufra una parada del corazón.

En todo caso, se precisa la existencia de una prueba terminante relativa al nexo entre la conducta del agente, en este caso, la falta de medios en la nave para atender adecuadamente este tipo de incidencia, y la producción del daño, el fallecimiento de la pasajera... la jurisprudencia más moderna viene acogiendo la doctrina de la causalidad adecuada para apreciar si se da o no ese nexo causal... lo que no parece que ocurra en este caso, pues a bordo de la nave existía el botiquín reglamentariamente ordenado, provisto de los medicamentos preceptuados, e incluso actualizados a instancia de la propia Compañía, además de satisfactoriamente inspeccionado por las autoridades sanitarias.

La protección del consumidor respecto de los riesgos que puedan afectar a su salud y seguridad, debe concebirse en función de la naturaleza del servicio prestado, y en el transporte marítimo de personas la obligación del porteador es la de conducir incólume al pasajero hasta su destino, adoptando las medidas de protección necesarias contra los riesgos de mar y los provenientes de una utilización normal de las instalaciones de la nave, pero no contra los provenientes de una enfermedad repentina.

Comentario.—La jurisprudencia española ha ido evolucionando en esta materia, de la responsabilidad extracontractual, hacia un sistema cuasiobjetivo, a la vista del constante desarrollo de la técnica, y de los peligros y riesgos que conlleva, y del principio de que parece más justo que corran los daños causados a costa de quien obtiene el provecho de la actividad que los ocasionó. En este sentido se invierte la carga de la prueba, presumiéndose la culpa en el agente causante del perjuicio, y se llega incluso a la consagración de la responsabilidad por riesgo, en la que basta el nexo causal de la conducta con el daño del perjudicado, cuando se trate de actividades beneficiosas para el agente pero que generen un peligro para los demás. No obstante, no se ha llegado aún a prescindir de la culpa con carácter general, de manera que en principio ésta sigue siendo necesaria para generar responsabilidad.

La previsibilidad del daño es requisito necesario de la culpa, pues nadie debe responder de las consecuencias dañosas de sus actos cuando dichas consecuencias fueran imprevisibles; es por tanto el límite al grado de diligencia necesario para eximirse de responsabilidad. Por ello, si con una diligencia adecuada a las circunstancias de tiempo y lugar, y adecuada también al sector

del tráfico donde la actividad se desarrolle, y medida de acuerdo con la actividad normal de un hombre medio, sin que se pueda exigir una previsión que exceda de las facultades normales de un hombre normal, el suceso no puede estimarse previsible, no debe apreciarse culpa, y por tanto no debe reconocerse responsabilidad. La sentencia que comentamos, por tanto, no hace sino inscribirse en una línea ya muy reiterada, sin introducir ninguna novedad.

En todo caso, a diferencia de la culpa, el nexo causal entre el daño y la conducta del agente es un requisito siempre imprescindible en la responsabilidad extracontractual. Dicho nexo causal debe ser indudable, y probado por el perjudicado, y supone que debe existir un perfecto enlace entre todos los hechos relacionados hasta llegar al resultado final.

Es doctrina reiterada del Tribunal Supremo que en la apreciación del nexo causal se ha de atender a las circunstancias del caso concreto, y por ello se defiende la libertad de criterio en este punto, en aras de la solución más justa. No obstante, existen diferentes formulaciones del concepto de causa a estos efectos, como la causa eficiente, la causa próxima, o la causa adecuada, propia para la producción del daño en las circunstancias concretas. Esa causa adecuada es la utilizada en esta sentencia para resolver la cuestión, por lo que se vuelve a incidir en una línea ya consolidada, sin introducir tampoco aquí ninguna novedad.

Quizá lo que tiene más interés de esta sentencia es la cuestión del riesgo, es decir, de qué riesgos deben ser cubiertos por quien presta un servicio a un particular. Por la fecha en que ocurrieron los hechos, enero de 1991, resulta perfectamente aplicable la Ley para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de 1984, alegada por el marido de la fallecida, y que garantiza en su artículo 3 que los servicios puestos en el mercado a disposición de los consumidores no implicarán riesgos para su salud o seguridad, salvo los usual o reglamentariamente admitidos en condiciones normales y previsibles de utilización. Esta regla es puntualizada por el artículo 25, en cuya virtud los usuarios tienen derecho a ser indemnizados por los perjuicios demostrados que la utilización del servicio les irroque y no estén causados por su culpa exclusiva o la de las personas de quienes deben responder, y se traduce en un sistema general cuya configuración, como de responsabilidad objetiva o de responsabilidad por culpa con inversión de la carga de la prueba es muy discutida por la doctrina, pero que en el caso que nos ocupa, de medios de transporte, es claramente de responsabilidad objetiva, conforme a lo dispuesto en el artículo 28, de manera que la Compañía Transmediterránea deberá responder de los daños originados en el correcto uso de su servicio porque éste, por su propia naturaleza, o por estar así reglamentariamente establecido, incluye necesariamente la garantía de niveles determinados de seguridad, en condiciones objetivas de determinación, existiendo controles técnicos y profesionales de calidad hasta llegar al usuario.

Ahora bien, nos recuerda el Tribunal Supremo que los daños de los que debe responder, como empresaria del transporte marítimo, son los señalados reglamentariamente o que la propia naturaleza del servicio suponga, es decir, los daños que cabría legítimamente esperar teniendo en cuenta las circunstancias relacionadas con el servicio de que se trate. Se tiene en cuenta, por tanto, de nuevo la previsibilidad, de acuerdo con la naturaleza del servicio prestado, las circunstancias y la diligencia normal del hombre medio, lo que supone que deben quedar excluidos de la garantía los daños que no provengan de la utilización del servicio, sino de una enfermedad repentina no

relacionada con el mismo, y sean por ello absolutamente imprevisibles para el empresario.

De hecho, el mismo criterio de la previsibilidad es el que ha llevado a la ley a excluir la responsabilidad respecto de los daños imprevisibles para la tecnología y la ciencia en el momento en que se presta el servicio, si bien esta exclusión ha generado muchas discusiones doctrinales.

De cualquier forma además ha de existir nexo causal entre la conducta del agente y el daño producido, de manera que si no hay relación directa de causa a efecto entre ellas no hay lugar a responsabilidad, porque no se pueden atribuir las consecuencias, y en el supuesto resuelto por la sentencia no se aprecia contribución de la conducta de la Transmediterránea, y la falta de medios personales y materiales en el barco, al desenlace fatal de la crisis cardíaca de la pasajera, pues ni siquiera ha quedado acreditado que el fallecimiento no fuera prácticamente instantáneo.

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL: EL PLAZO DE PRESCRIPCION DE UN AÑO DEBE CONTARSE DESDE QUE SE DETERMINA DEFINITIVAMENTE EL DAÑO PRODUCIDO, POR LO QUE MIENTRAS PERSISTA LA SITUACION DE RIESGO NO PUEDE EMPEZAR DICHO COMPUTO; LA RESPONSABILIDAD DEL EMPRESARIO, EN ESTE CASO EL INSALUD, FRENTE AL PACIENTE-CONSUMIDOR DE LOS SERVICIOS SANITARIOS ES OBJETIVA. (SENTENCIA DE 22 DE NOVIEMBRE DE 1999.)

Hechos.—Una mujer tuvo un parto normal y al día siguiente, al retirarle un catéter, cuatro centímetros del mismo quedaron dentro de su cuerpo, siendo localizados en la arteria pulmonar izquierda, de donde no han podido ser extraídos. Se hace necesario un tratamiento con controles periódicos, y si se presentan complicaciones causadas por el cuerpo extraño se ha de plantear nuevamente la cirugía.

Doctrina de la Sentencia.—La prescripción, instituto no fundado en estricta justicia, debe ser objeto de trato cauteloso y aplicación restrictiva, tal como ha mantenido una reiterada jurisprudencia de esta Sala... el problema se plantea en la cuestión del comienzo del plazo, recogiendo el Código Civil la doctrina de la *actio nata*, es decir, desde que el sujeto de derecho tiene la posibilidad de ejercitar la acción... La jurisprudencia de esta Sala es clara y reiterada en el sentido de que mientras continúa el daño no comienza el cómputo del tiempo de la prescripción... el plazo debe contar desde el momento en que se fija con toda exactitud y en toda su extensión el resultado dañoso, desde el momento en que se conocen de modo definitivo los efectos del quebranto padecido según el alta médica, y no desde el alta hospitalaria si se advierte que subsisten secuelas físicas y psíquicas y no se sabe exactamente su alcance... por lo tanto no cabe apreciar en este caso la prescripción.

La responsabilidad del empresario, según tiene reiteradamente señalado esta Sala, tiene en general un matiz marcadamente objetivo, fundándose en la responsabilidad por riesgo y en la culpa *in vigilando* o *in eligendo*... asimismo es una obligación directa... En este caso resultan aplicables los artículos 6, 26 y 28 de la Ley para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, que consagran

la responsabilidad de carácter objetivo respecto de los daños originados en el correcto uso de los servicios, incluidos los sanitarios, cuando incluyen necesariamente la garantía de niveles determinados de pureza, eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación. Por todo ello se establece la responsabilidad del INSALUD.

Comentario.—El Tribunal Supremo tiene reiteradamente señalado que se ha de hacer una interpretación restrictiva de la figura de la prescripción, pues su fundamento, que es por un lado la presunción de renuncia del actor a ejercitar su acción, y por otro la conveniencia social de que no existan situaciones jurídicas imprecisas durante un período largo de tiempo, unido al hecho del cortísimo plazo de un año establecido para ejercitar la acción en el caso de responsabilidad extracontractual, no se basa propiamente en la idea de justicia. Esa interpretación restrictiva se observa especialmente en cuanto al cómputo del plazo de esta última prescripción.

El criterio reiterado del Tribunal en este punto es el de que el plazo debe empezar a contarse desde que se conocen de manera cierta y definitiva las secuelas ocasionadas desde la producción del resultado definitivo. Esto plantea un problema cuando se trata de daños que se prolongan en el tiempo, llamados no demasiado propiamente «daños continuados». A estos efectos entendemos que debe distinguirse entre los daños continuados en el sentido de permanentes, consecuencia de un acto concreto pero cuyos efectos se prolongan en el tiempo, y los daños sucesivos, consecuencia de hechos progresivos que van ocasionando lesiones sucesivas. En el primer supuesto el plazo debe iniciarse en el momento de su producción, cuando se conocen ya sus secuelas, aunque sean permanentes; en el segundo supuesto el plazo no se debe empezar a contar mientras no se conozca el alcance exacto de las lesiones; mientras persista la causa que ocasiona el daño la acción seguirá viva y no se podrá estimar su prescripción. Este último es el criterio que ha inspirado la solución adoptada por la Sala en el caso concreto que aquí se resuelve.

En cuanto a la responsabilidad del empresario, en este caso el INSALUD, de los daños causados por el correcto uso de los servicios sanitarios, ya que incluyen necesariamente la garantía de niveles determinados de pureza, eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación, está fundada en los artículos 106 de la Constitución y 28 de la Ley de Defensa de los Consumidores y Usuarios de 1984, en el que expresamente se establece que esta responsabilidad es de carácter objetivo. Por tanto, si existe un daño individualizado y evaluable económicamente, y un nexo causal entre el mismo y la prestación del servicio sanitario de que se trata, aunque dicho daño se plantee en el funcionamiento normal del servicio debe responder el empresario. Cuestión distinta es que pueda apreciarse también negligencia y nexo causal en la conducta de los profesionales concretos intervinientes en la situación de que se trate, en cuyo caso podría reclamárseles también a ellos responsabilidad, por el perjudicado, o por el empresario que ha resarcido el daño. En todo caso, existe también numerosa jurisprudencia en cuanto a esta cuestión, no suponiendo respecto de la misma esta sentencia ninguna modificación especial.

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL: DEL PATRONATO DEPORTIVO MUNICIPAL DE TOLEDO, POR NEGLIGENCIA EN LA ORGANIZACIÓN DE UN PARTIDO DE FÚTBOL SALA; ARTICULOS 41.4.a Y 68 DE LA LEY DEL DEPORTE. (SENTENCIA DE 22 DE DICIEMBRE DE 1999.)

Hechos.—Durante un partido de fútbol-sala personas no identificadas hicieron explotar diferentes tracas o petardos, uno de los cuales ocasionó a una persona una hemorragia en el oído izquierdo, de la que persisten diferentes secuelas.

Doctrina de la Sentencia.—Pretender que la vigilancia de los asistentes a un espectáculo deportivo en una propiedad municipal incumbe a las fuerzas de seguridad del Estado, no exime al ente municipal encargado de la gestión de dichos espectáculos de tomar medidas de cautela y vigilancia para evitar males como el acaecido, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 68 de la Ley 10/1990, de 18 de octubre, del Deporte, que atribuye a los organizadores y propietarios de las instalaciones deportivas el garantizar las medidas de seguridad en sus recintos deportivos, de acuerdo con lo legal y reglamentariamente exigido, puesto que en dichos espectáculos además es perfectamente previsible la aglomeración de personas y la exacerbación de las preferencias por determinado equipo competidor.

La competencia de las ligas profesionales, en este caso de la Liga Nacional de Fútbol-Sala, viene circunscrita a organizar sus competiciones en aspectos puramente deportivos, como la fijación del calendario, designación de árbitros o la actividad disciplinaria, pero son los propietarios de las instalaciones deportivas los que deben garantizar las necesarias medidas de seguridad en sus recintos, de acuerdo con lo legal y reglamentariamente establecido al efecto.

La mera titularidad de bienes de uso y servicio público no genera este tipo de responsabilidad cuando existe un ente público municipal *ad hoc*, con personalidad propia diferente de la del Ayuntamiento, y a quien incumben las obligaciones de propietario en esta clase de recintos; por ello se declara la responsabilidad del Patronato Deportivo Municipal de Toledo, y no la del Ayuntamiento del mismo lugar, lo que, por otra parte, desencadenaría la competencia contencioso-administrativa y no civil para resolver la cuestión.

Comentario.—Vuelve a insistir aquí el Tribunal Supremo en que la conducta negligente debe dar lugar a responsabilidad cuando se ha generado un daño, y en que, acreditado el incumplimiento del deber de vigilancia y seguridad por parte del propietario y gestor de las instalaciones deportivas, debe declarársele responsable, sin necesidad de acudir a una responsabilidad objetiva, que por otra parte aquí quizá pudiera también apreciarse, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, en la Constitución (arts. 106 y 149.1.18), y en la Ley de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (aunque esta ley es de fecha posterior a la de los hechos discutidos), dado que en el supuesto concreto el propietario y gestor de dichas instalaciones era un organismo municipal.

El mayor interés de esta sentencia se encuentra en que vuelve a recordar el deber de vigilancia y seguridad de los propietarios de las instalaciones deportivas, independiente del deber de las fuerzas de seguridad del Estado, en

unos tiempos como los actuales en los que, desgraciadamente, la generación de daños durante la celebración de espectáculos deportivos, tanto a jugadores como a espectadores, no es nada infrecuente.

P. L. P.

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL SOLIDARIA CUANDO SON VARIOS LOS CAUSANTES DEL DAÑO. RESPONSABILIDAD CIVIL: CULPA EXCLUSIVA DEL CONSUMIDOR. (SENTENCIA DE 30 DE SEPTIEMBRE DE 1999.)

Ponente: Excmo. Señor don Antonio Gullón Ballesteros.

El Juzgado de 1.^a Instancia número 10 de Las Palmas, dictó sentencia el 12 de abril de 1994, desestimando la demanda. La Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria (Sección Primera), dictó sentencia con fecha 16 de diciembre de 1994, estimando el recurso y revocando la sentencia apelada.

El Tribunal Supremo declara **haber lugar** al recurso.

Hechos.—La actora en primera instancia, interpone demanda sobre reclamación de cantidad, por indemnización de daños contra una entidad mercantil, dedicada a la fabricación y venta de productos agrícolas. La actora compró en un comercio un producto que utilizó para una cosecha de plátanos, la cual se destruyó. La entidad mercantil fabricante del producto lo vendió al pequeño comerciante como cicatrizante, y además en la etiqueta aparece la información de su utilización para frutos tardíos.

Doctrina.—El primer motivo acusa infracción de la doctrina jurisprudencial del litisconsorcio pasivo necesario e interpretación errónea de los artículos 1.137 y 1.144 del Código Civil en concordancia con el 1.902 del citado cuerpo legal, porque no se ha traído al proceso al vendedor del producto, el cual se desestima. Afirma la Sala: «Esta doctrina constituye un erróneo entendimiento de la de esta Sala que, ciertamente, proclama la responsabilidad solidaria cuando son varios los causantes de los daños, pero siempre que no se pueda determinar o identificar la parte del mismo que es atribuible a cada uno. Es claro que previamente han de haber sido declarados responsables, no se puede considerar a ninguno de ellos como tal desde el momento mismo en que se le haya demandado». Por otra parte, sigue afirmando la Sala, «...de acuerdo con lo prevenido en el artículo 27 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, el vendedor de un producto que cause daños al consumidor está en la cadena de los que el párrafo a) del precepto vincula solidariamente, luego la relación procesal está bien constituida demandando a cualquiera de ellos, aunque no le debe debilitar en absoluto su derecho de defensa para evitar su condena, probando al efecto que el daño no ha sido causado por él sino por hecho de tercero o por culpa del dañado».

El motivo segundo, en relación con la prescripción para interponer la acción se desestima, entre otras cosas, por estar mal formulado.

El motivo tercero que acusa infracción del artículo 1.902, 1.214 y 1.249 del Código Civil, en relación con el 1.231 y 1.232 del mismo Cuerpo legal, sólo es tenido en cuenta en relación con el 1.902, ya que no se puede hacer una nueva valoración de las pruebas, y en este sentido la Sala acepta lo dicho por el

Juzgado de 1.^a Instancia en su fundamento de derecho «...no existe prueba alguna que acredite que la sociedad demandada recomendara el citado producto a los cultivadores de plátanos y en el envase del mismo se especifica que el mismo puede emplearse para los frutales en aplicaciones tardías como preventivo de conservación de la fruta, lo que significa que debe emplearse en fruta cortada y no en racimos jóvenes, como se desprende del informe pericial, fue utilizado por la demandante». En suma, sigue afirmando la Sala «...por aplicación del artículo 25 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, estamos ante un daño producido al consumidor del producto por su culpa exclusiva».

Comentario.—Merece especial atención destacar el carácter solidario de los causantes del daño, en el supuesto de ser varios en temas de responsabilidad, como excepción a lo dispuesto en el artículo 1.137 del Código Civil, que establece con carácter general la mancomunidad y no la solidaridad. Sin embargo, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia de los últimos años, y ésta es un claro ejemplo (aunque en ella no exista responsabilidad de varios agentes), existe una tendencia a considerar el carácter solidario de los obligados a reparar el daño; todo ello, atendiendo a que la víctima tendría que ir e iniciar tantas acciones como responsables hubiera. La confirmación la encontramos en algunas disposiciones legislativas recientes, que establecen la solidaridad en la responsabilidad, sobre todo de carácter objetivo, entre ellas destacamos, la Ley de Navegación Aérea, la Ley de Energía Nuclear, la Ley de Caza, etc.

CULPA MEDICA. INTERVENCION DE CIRUJANO OFTALMOLOGO CON RESULTADO DE CEGUERA. RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DE LA SOCIEDAD MEDICA. (SENTENCIA DE 2 DE NOVIEMBRE DE 1999).

Ponente: Excmo. Señor don Alfonso Villagómez Rodil.

El Juzgado de 1.^a Instancia número 13 de Madrid, el 14 de octubre de 1992, dictó sentencia estimando en parte la demanda, condenando exclusivamente al cirujano que realizó la operación. La Audiencia Provincial de Madrid (Sección 10.^a), dictó sentencia el 26 de noviembre de 1994, estimando el recurso, condenando solidariamente a los demandados, el cirujano y la entidad aseguradora.

El Tribunal Supremo declara **no haber lugar** al recurso de casación.

Hechos.—Se interpone demanda de juicio declarativo de menor cuantía en reclamación de cantidad, contra un cirujano especialista en oftalmología y la entidad médica aseguradora. El motivo de la demanda es la ceguera de un ojo provocada en el demandante al ser operado de cataratas, siendo la operación inadecuada y contraindicada a la situación del paciente, según se acredita. También queda acreditado que la sociedad aseguradora conocía perfectamente el historial médico del paciente, por lo que recomendó a un especialista en la materia.

Doctrina.—El recurso de casación fue interpuesto por la entidad aseguradora al amparo del número 4.º del artículo 1.692 de LEC, sobre la base de los siguientes motivos:

El primer motivo por infracción al aplicar indebidamente el artículo 1.903-4 del Código Civil, ya que la entidad aseguradora considera que no se dan los requisitos para que se dé una dependencia. El motivo se desestima al establecer la Sala «...la responsabilidad por hecho ajeno aparece suficientemente concurrente, es evidente que entre el médico y la sociedad aseguradora medió vínculo contractual, correspondiente a arrendamiento de servicios. (...) Dicha responsabilidad convive con la también contractual entre aseguradora y asegurado y obliga a aquélla a prestar la asistencia no sólo correspondiente al padecimiento de cada enfermo, sino la más segura y eficaz que alcanza a la elección del facultativo adecuado y que se pone al servicio del cliente, el que resulta defraudado si la asistencia recibida resulta incorrecta y con graves consecuencias en su salud, derivadas de la actuación carente de la diligencia y pericia debida de facultativo que practicó la operación y atendió también al enfermo en el postoperatorio».

En el segundo motivo se denuncia aplicación indebida del artículo 1.137 del Código Civil. También se desestima, como afirma la Sala, «La responsabilidad solidaria es la correcta y procedente, conforme a la doctrina de esta Sala que la aplica como solidaridad impropia a la culpa extracontractual cuando sucede de pluralidad de agentes a los que alcanza la responsabilidad por ilícito culposo, con la convergencia de incidencia causal única, sin que sea posible individualizar los respectivos comportamientos y las derivadas responsabilidades».

En el tercer y cuarto motivo, que se denuncia la infracción de los artículos 1 y 105 de la Ley de Contrato de Seguro y 1.103 del Código Civil, se desestiman, ya que, «La moderación interesada no procede y el Tribunal de instancia no la aplicó, la que, si bien resulta procedente a supuestos de culpa extracontractual, la misma se ha de apoyar en criterios de equidad y actúa decididamente en los supuestos de concurrencia de culpas». En este supuesto es claro que la víctima del daño no ha intervenido en ningún momento en el proceso desencadenante del resultado. «En este caso, la facultad discrecional que el precepto otorga a los Tribunales no excluye su revisión por esta Sala de Casación Civil, ya que su aplicación no avala un ejercicio arbitrario de la misma. El artículo es previsor al puntualizar "según los casos", lo que determina que no procede aplicar rebaja alguna a la indemnización concedida».

CULPA EXTRA CONTRACTUAL: FALTA DE ADOPCION DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD ADECUADAS. CULPA CONCURRENTES DE LA VICTIMA. COMPETENCIA JURISDICCION CIVIL «VIS ATRACTIVA». (SENTENCIA DE 26 DE NOVIEMBRE DE 1999.)

Ponente: Excmo. Señor don Jesús Corbal Fernández.

El Juzgado de 1.ª Instancia número 3 de Burgos, dictó sentencia el 15 de noviembre de 1994, estimando parcialmente la demanda. La Audiencia Provincial de Burgos (Sección 2.ª), el 23 de marzo de 1995, dictó sentencia revocando la del Juzgado y estimó parcialmente la demanda, rebajando la cantidad establecida en primera instancia.

El Tribunal Supremo declara **no haber lugar** a ninguno de los recursos.

Hechos.—El demandante formula demanda, en juicio de menor cuantía sobre reclamación de cantidad, por los daños y lesiones sufridos al cruzar una

autovía que acababa de abrirse al tráfico, sin estar totalmente terminada y en la que en la parte central, denominada mediana, había un hueco destinado a servir de ventilación a un paso subterráneo. El hueco estaba protegido por un pretil y una barrera de seguridad aunque, según se desprende de autos, no era suficiente dicha protección, existiendo también carencia de señalización. La demanda se formula contra el Estado, la empresa constructora y el encargado de la obra.

Doctrina.—El recurso interpuesto por la empresa constructora, condenada de forma solidaria a pagar cinco millones al demandante, se apoya en tres motivos: el primero, denuncia abuso de jurisdicción, por deber conocer del asunto el orden jurisdiccional contencioso-administrativo; el motivo no es acogido, ya que *«El supuesto fáctico determinante del daño y su consecuencia jurídica indemnizatoria está constituido por la no adopción de las medidas de seguridad y advertencia adecuadas en una zona peligrosa de un tramo de autovía que se abrió al tráfico, sin que las obras estuvieran terminadas. (...) La responsabilidad se fundamenta en los artículos 1.902 y 1.903 del Código Civil, condenándose a la empresa constructora y a su encargado por culpa in omittendo e in vigilando, y a la Administración del Estado por conducta omisiva. Como es de ver, la responsabilidad no se deriva de ejecución de una actividad administrativa, no tiene lugar en el marco de ejecución de una obra pública, como pretende la recurrente, sino que es consecuencia de la creación de un riesgo de un resultado jurídico dañoso, por omisión de la adopción de medidas de protección de los particulares»*. Continúa afirmando la Sala en defensa de lo manifestado: *«...deviene clara la aplicación al caso de la doctrina jurisprudencial de esta Sala de la "vis atractiva", con arreglo a la cual corresponde conocer al sector jurisdiccional civil cuando la Administración es demandada conjuntamente con personas privadas, y se dé un vínculo litisconsorcial necesario, o de solidaridad, entre ellas...»*

El segundo motivo del recurso denuncia infracción de la doctrina jurisprudencial contenida en un determinado número de sentencias que se invocan al desarrollar el motivo, y que consagran el criterio, para exigencia de responsabilidad, de que la misma sea exclusiva, de forma tal que, cualquier participación culposa de la víctima, excluya aquella responsabilidad. El motivo es rechazado porque *«...Las sentencias que se citan no son de esta Sala, y por lo tanto no constituyen jurisprudencia que pueda servir de fundamento al recurso de casación civil, al amparo del número cuarto del artículo 1.692 LECi. En cualquier caso, no se da una situación de culpa exclusiva de la víctima, y la doctrina de esta Sala viene admitiendo la posibilidad de la concurrencia de culpas de agentes y víctima, que se traduce en una moderación de la indemnización...»* En este sentido, la Audiencia ya efectuó una rebaja en la cantidad marcada por el Juzgado, al considerar que hubo descuido por parte de la víctima, por lo que se tuvo en cuenta la concurrencia de culpas al establecer la indemnización.

El motivo tercero no es estimado, ya que se traen a colación normas de carácter reglamentario que no pueden servir de base a un recurso. El cuarto tampoco es estimado, ya que se denuncia infracción de la doctrina jurisprudencial, sin tener en cuenta que la que se alega hace referencia a supuestos en los que la culpa es exclusiva de la víctima.

En cuanto al recurso del abogado del Estado, son desestimados todos sus motivos, ya que en parte coinciden con los de la empresa constructora, en

tanto que alega falta de competencia y aplicación indebida de los artículos 1.902 y 1.903 del Código Civil, por lo que la Sala estima que ha quedado suficientemente fundamentado en la argumentación de los fundamentos anteriores.

J. R. J.

CULPA EXTRA CONTRACTUAL: PERDIDA DE UN OJO SUFRIDA POR UN MENOR EN UN CENTRO DE «COLONIAS», OCASIONADA POR OTRO MENOR CUANDO JUGABAN CON PALOS. CULPA IN VIGILANDO DE LOS PROFESORES O CUIDADORES O IN OMITTENDO (POR FALTA DE PROFESORES O CUIDADORES) DE LA GENERALITAT DE CATALUÑA, DEPARTAMENTO DE ENSEÑANZA, DEL QUE DEPENDE EL CENTRO. (SENTENCIA DE 18 DE OCTUBRE DE 1999.)

Ponente: Excmo. Señor don Jesús Corbal Fernández.

Hechos.—Se encontraban varios niños jugando con palos en el patio del Centro donde se habían organizado unas colonias infantiles. Uno de ellos arrojó el palo lesionando a un compañero en un ojo y produciéndole la pérdida del globo ocular. En ese momento se encontraban bajo la vigilancia de un profesor. Las colonias estaban organizadas por un colegio público dependiente del Departamento de Enseñanza de la Generalitat de Cataluña.

El padre del menor perjudicado demandó a los padres del menor que le ocasionó el daño, al profesor a cuyo cargo se encontraban los menores en el momento en el que se produjo el daño y a la Generalitat de Cataluña. Solicitaba la cantidad de 30.000.000 de pesetas, más los gastos habidos como consecuencia del accidente, la imposición de las costas, así como que se declarase en la sentencia «la obligación de los codemandados a resarcir o satisfacer los gastos... que en el futuro pudieran generarse en el supuesto de que se hiciera un avance científico en que fuera posible la recuperación del ojo perdido, en cualquier parte del mundo».

El Juzgado condenó a la Generalitat de Cataluña exclusivamente. La indemnización por la secuela del niño fue valorada en 6.000.000 de pesetas y lo más relevante de la sentencia es la declaración que se solicitaba sobre la futura obligación de hacerse cargo la parte demandada de los gastos que pudieran generarse para recuperar el ojo perdido.

Recurrida esta sentencia ante la Audiencia Provincial, declaró ésta que había lugar en parte al recurso interpuesto por el demandante y se rechazaban los interpuestos por la Generalitat de Cataluña y por los padres del alumno que causó la desgracia como apelantes adheridos. La diferencia de la sentencia de la Audiencia con respecto a la del Juzgado es que eleva la indemnización a 10.000.000 de pesetas, y revoca la sentencia apelada en lo que se opusiera a ésta.

Tanto el padre del menor afectado como la Generalitat recurren en casación. El Tribunal Supremo desestimó ambos recursos e impuso las costas a la Generalitat.

Comentario.—Como aspectos que merece la pena reseñar destacan los siguientes:

• **Resarcimiento.** No cabe especular con las expectativas o posibilidades futuras de recuperación del ojo perdido que pudiera tener en base a los avances de la ciencia médica, puesto que, en materia resarcitoria, hay que partir del estado científico actual. Acceder a la petición formulada por el demandante de que se condene a correr con los posibles gastos futuros no resultaría conforme con la seguridad jurídica, como argumenta el Supremo en esta sentencia.

• **Culpa.** Se aprecia la existencia de culpa por parte del profesor o cuidador que debió haber impedido a los niños jugar a «marcianos» armados con palos. Hay también culpa por parte del órgano competente de la Administración Autonómica *in vigilando* o *in omitendo*, además de la falta de previsión en el número suficiente de cuidadores para poder atender adecuadamente a los menores.

Considera el Supremo que, en aras a la protección que se debe dispensar a los menores por su menor discernimiento, ha de acentuarse la exigencia de la diligencia en aquellas personas encargadas de su cuidado adoptando medidas de previsión, vigilancia y atención. En el presente caso existía una situación de peligro. El juego de los niños entrañaba un gran riesgo por lo que no se debería haber permitido. Se citan casos recogidos en distintas sentencias del Tribunal Supremo similares en cuanto al riesgo implícito en la actuación de los menores por tratarse de actividades peligrosas: jugar a lanzar piedras al aire, con escopetas de aire comprimido, con un broche provisto de un elemento punzante, con un tirachinas...

• **Caso fortuito.** No existe caso fortuito en el supuesto analizado, precisamente porque el juego era peligroso y entraba dentro de lo previsible el que los niños se golpearan con los palos.

El caso fortuito exige que se trate de un suceso imprevisible o inevitable, lo que no se cumple en el caso de autos, por eso el Tribunal Supremo no admite la similitud con otros casos en los que se ha producido la pérdida de un ojo en un menor como resulta en un caso, al tratarse de una agresión rápida e inesperada con un tenedor durante la comida en un comedor escolar, o la agresión con un bolígrafo. En estos casos se trata de objetos de uso cotidiano, cuya anormal utilización genera un daño. Es importante, por tanto, examinar la diligencia de la persona que tiene a los menores a su cargo, las condiciones del lugar, así como el hecho de que la actividad que motivó el daño no engendre peligro dentro de un orden normal.

RESPONSABILIDAD CIVIL POR PRODUCTO FARMACEUTICO CAUSANTE DE GRAVES DAÑOS: HEPATITIS C. APLICACION DEL ARTICULO 28 LC Y U. RESPONSABILIDAD OBJETIVA. (SENTENCIA DE 5 DE OCTUBRE DE 1999.)

Ponente: Excmo. Señor don Xavier O'Callaghan Muñoz.

Hechos.—La sociedad demandada fabricó en sus laboratorios un producto farmacéutico *defectuoso* por cuanto contenía virus productores de hepatitis C. Este hecho se debió a la materia prima empleada, plasma sanguíneo infectado con dicho virus suministrado por bancos de sangre que la obtenían de donantes. Este producto fue suministrado al demandante que sufrió gravísimas alteraciones en su salud hasta quedar aquejado de hepatitis crónica activa.

Fundamento.—Encuentra su fundamento en los artículos 43 y 51 de la Constitución Española, 1.902 del Código Civil y 28 de la Ley 26/1984, de 19

de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Ley 25/1990, de 20 de diciembre del Medicamento, contempla este régimen de responsabilidad objetiva y a ella alude el Tribunal Supremo, si bien haciendo expresa mención de que la misma no aparece en el presente caso.

Estos preceptos establecen un sistema de responsabilidad objetiva. De modo especial es de aplicación el artículo 28.2 de la LCU que impone el principio de responsabilidad por los daños originados en el correcto consumo de bienes y servicios. De modo específico se contempla para los productos farmacéuticos un sistema de responsabilidad objetiva.

Comentario.—La responsabilidad objetiva es ajena a la noción de culpa, lo esencial en la misma es la existencia de un nexo causal que, en este caso, ha quedado acreditado. El daño producido al demandante es consecuencia del producto farmacéutico *defectuoso* que se le suministró.

RESPONSABILIDAD SANITARIA. OBLIGACION DE MEDIOS Y DE RESULTADO. RESULTADO DESPROPORCIONADO. PERDIDA DE UN OJO COMO CONSECUENCIA DE UNA OPERACION DE CATARATAS. (SENTENCIA DE 9 DE DICIEMBRE DE 1999.)

Ponente: Excmo. Señor don Román García Varela.

Hechos.—La paciente se somete a una operación quirúrgica consistente en la extirpación del cristalino para remediar una afección de cataratas. Tras sucesivas complicaciones e intervenciones quirúrgicas pierde el ojo.

El Tribunal Supremo sólo condena al Servicio Andaluz de la Salud al pago de 11.496.050 pesetas, absolviendo al personal sanitario demandado.

Comentario.—Se trata de un resultado desproporcionado, si se compara con lo que es usual, según las reglas de la experiencia, y de él se desprende una deducción de negligencia. Esta doctrina jurisprudencial es la que sirve de base al Supremo para condenar al Servicio Andaluz de la Salud.

Por lo que a los médicos demandados respecta, ha quedado acreditado que su actuación fue correcta, no habiéndose probado la existencia de una conducta productora del daño. Recuerda esta sentencia la reiterada doctrina jurisprudencial sobre la **naturaleza de la obligación del médico**: se trata de una obligación de medios o de actividad y no de resultado con algunas excepciones, como son las derivadas de la cirugía estética, odontología o vasectomía.

T. S.-S. M.

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL: MUERTE POR DISPAROS CAUSADA POR POLICIA NACIONAL. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR ACTOS DE SUS AGENTES. (SENTENCIA DE 31 DE DICIEMBRE DE 1999.)

Ponente: Excmo. Señor don Román García Varela.

El Juzgado de Primera Instancia número tres de Madrid dictó sentencia el 12 de enero de 1988, estimando la falta de jurisdicción formulada por el

letrado del Estado, en nombre del Ministerio del Interior, y sin entrar en el fondo de la demanda formulada por don Manuel G. C. [en la que, entre otras peticiones, interesó indemnización por el fallecimiento de su hijo, contra don Juan B. (policía nacional) y contra el Ministerio del Interior], y absolvió a los demandados con imposición de costas al actor.

La Audiencia Provincial de Madrid (sección octava) en sentencia de 15 de marzo de 1995, estimó el recurso interpuesto por don Manuel G. C. y revocando la sentencia, condenó a los demandados don Juan B. T. y al Estado a que paguen solidariamente la cantidad que se fije en la ejecución de la sentencia sin que sobrepase en ningún caso los tres millones de pesetas, imponiendo las costas de primera instancia a los demandados, y sin hacer especial pronunciamiento sobre las causadas en apelación.

El abogado del Estado interpuso recurso de casación.

El Tribunal Supremo declara no haber lugar al citado recurso.

Hechos.—El demandado reclama una indemnización solidaria a don Juan B. T. (policía nacional) y al Estado, por el fallecimiento de su hijo a consecuencia de un disparo del arma del citado funcionario.

Doctrina de la Sentencia.—El recurso de casación se fundó en dos motivos que se examinan a continuación:

Exceso de jurisdicción al amparo del artículo 1.692.1 de la LEC, al corresponder al orden contencioso-administrativo el conocimiento de la materia, motivo que se desestima por las razones que se dicen seguidamente:

La resolución de instancia ha dejado aclarado que la competencia de la jurisdicción civil en este caso viene determinada tanto por la naturaleza meramente civil de la acción, como por lo dispuesto en los artículos 40 y 41 de la LRJAE, vigente en la fecha del suceso. Por ello, *«corresponde recordar la presencia de dudas en la fase práctica forense sobre la concreción del orden jurisdiccional correspondiente para sustanciar las reclamaciones indemnizatorias contra la Administración, propiciadas, muchas veces, por los propios Tribunales, con la argumentación de que no existe una clara delimitación competencial en este espacio, pues, frente a la generalidad del artículo 3.b) de la LJCA, 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 ejercitado potestades soberanas, y la del orden contencioso-administrativo en caso contrario.*

...La publicación de las Leyes 30/1992 y 29/1998, evidencia un cambio del panorama competencial, con la tendencia en la nueva legislación, ...y 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 normativa, perjudicaría el principio de tutela judicial efectiva y produciría indefensión...»

El motivo segundo del recurso, que se basa en la aplicación indebida del artículo 1.902 del Código Civil, ya que, en dicho precepto funda la responsabilidad del funcionario, y no puede jurídicamente hacerla extensiva, y menos de forma solidaria, al Estado, se desestima, pues de una parte la acción culpable con el resultado lesivo objeto de este debate, de la que fue responsable un funcionario público, se encuentra en el artículo 1.902 del Código Civil, y, de otra, «...esta conducta culpable alcanza al Estado, por aplicación de los artículos 40 y 41 de la LRJAE... como asimismo le cabe al Estado por aplicación del artículo 1.903 del Código Civil...»

Notas: En este caso, la cuestión principal que se plantea es cuál es el órgano jurisdiccional competente para conocer de la reclamación indemnizatoria que procede por el fallecimiento de una persona a causa de un disparo producido por la pistola de un policía nacional, es decir, si la reclamación debía hacerse efectiva en la jurisdicción contencioso-administrativa o en la jurisdicción civil.

La clave para resolver la cuestión radica en aplicar la legislación vigente en la fecha en que se produjo el suceso que originó la demanda (1986), por razones de seguridad jurídica.

En consecuencia, mantiene el Tribunal Supremo que la resolución de instancia ha dejado aclarado que la jurisdicción competente para conocer del caso es la civil, tanto por la naturaleza civil de la acción como por los artículos 40 y 41 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado (LRJAE) de 26 de julio de 1957, vigentes en la fecha en que ocurrió el suceso que dio lugar a este pleito, además, recuerda en forma crítica, que la presencia de dudas sobre la concreción del orden jurisdiccional correspondiente para sustanciar las reclamaciones en contra de la Administración, han sido propiciadas muchas veces por los propios Tribunales.

Por otro lado, conviene señalar que en materia de responsabilidad patrimonial del Estado, a raíz de la nueva legislación aplicable, se han introducido profundas modificaciones que han cambiado el régimen de responsabilidad estatal.

En concreto, tal y como argumenta el Tribunal Supremo, la normativa aplicable actualmente Leyes 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC) y 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, y el artículo 215 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, evidencian un cambio del panorama competencial con la tendencia en la nueva legislación de concretar las reclamaciones en contra de la Administración en la jurisdicción contencioso-administrativa. En el mismo sentido insiste, el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos en materia de responsabilidad patrimonial del Estado.

Además, hay que tener en cuenta que recientemente la Ley 30/1992 ha sido objeto de reforma, por la Ley 4/1999, de 13 de enero, en cuya Exposición de motivos puede leerse:

«Por lo que respecta a la responsabilidad patrimonial de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas, se pretende garantizar su efectividad al preverse en el artículo 145 que se exigirá de oficio. Por otra parte, desaparece del artículo 146 toda mención a su responsabilidad civil por los

daños producidos en desempeño del servicio, clarificando el régimen instaurado por la Ley 30/1992, de exigencia directa a la Administración...»

Tras su lectura, es evidente que ya no puede albergarse ninguna duda, pues la competencia está claramente atribuida a la jurisdicción contencioso-administrativa, manteniéndose por tanto la pauta seguida por lo regulado en la Ley 30/1992.

Una vez resulta esta cuestión de competencia puede entrarse a valorar la cuestión de fondo que consiste en si se puede declarar la responsabilidad culposa del funcionario y hacerse extensiva al Estado.

El Tribunal Supremo estima que la responsabilidad del funcionario se encuentra dentro de las previsiones del artículo 1.902 del Código Civil, y, alcanza también al Estado, por aplicación de los artículos 40 y 41 de la derogada LRJAE, de 26 de julio de 1957, así como de la Ley 55/78, de 4 de diciembre, que impone la obligación de vigilancia y seguridad de los cuerpos y miembros de la Seguridad del Estado, de considerarse y estar siempre de servicio permanente, aunque se hallen libres o francos de servicio ordinario como por aplicación del artículo 1.903 del Código Civil.

Es decir, en este supuesto conoce de la causa la jurisdicción civil en base a su «*vis atractiva*», por lo que se aplica la normativa civil atinente a la responsabilidad.

MUERTE POR ATROPELLO DE TREN. RESPONSABILIDAD EXTRA-CONTRACTUAL: ARTICULOS 1.902 Y 1.903 DEL CODIGO CIVIL, INEXISTENCIA DE CULPA DEL CONDUCTOR DEL VEHICULO. (SENTENCIA DE 8 DE NOVIEMBRE DE 1999).

Ponente: Excmo. Señor don Alfonso Barcala y Trillo-Figueroa.

El Juzgado de Primera Instancia número cuatro de Avilés dictó sentencia con fecha 18 de mayo de 1994, desestimando la demanda sobre reclamación de cantidad promovida a instancia de doña Elvira C. V. y doña Julia V. C., contra don Jesús A. M. I. y RENFE.

En grado de apelación, la Audiencia Provincial de Oviedo (Sección quinta) dictó sentencia el 10 de febrero de 1995, confirmando la del Juzgado.

Las demandantes formalizan recurso de casación y el Tribunal Supremo declara no haber lugar al mismo.

Hechos.—Fallecimiento del esposo y padre de las demandantes como consecuencia de ser arrollado por una máquina de tren al circular en un vehículo conducido por don José P. V., quien también pereció. En el lugar del accidente existía un paso a nivel sin barrera, dotado de las correspondientes señales indicativas de circulación de trenes. El maquinista hizo uso del toque de silbato.

Doctrina de la Sentencia.—El recurso de casación se funda en un motivo único, denunciándose como infringidos los artículos 1.902 y 1.093, 1.214 y 1.253 del Código Civil, así como los artículos 40.4, 57 y 58 del Real Decreto 339/1990, de 2 de marzo, y 95.5, 144, 146 y 149 del Real Decreto 13/1992, de

17 de enero, y 235 del Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre: *«En relación con el artículo 1.214 del Código Civil es innumerable la jurisprudencia que lo interpreta en el sentido de no contener norma valorativa de prueba y sólo puede ser alegado como infringido en casación cuando se acuse al Juzgador de haber alterado indebidamente el onus probandi, o sea, haber invertido la carga que a cada parte corresponda, pero, desde luego, el principio de distribución de la carga probatoria no sufre ninguna alteración cuando se realiza una apreciación de la aportada y es valorada en conjunto su resultado»*, que fue precisamente lo que aconteció en el caso de autos, no apreciándose infracción alguna del citado precepto.

Igualmente no es de estimar infringido el artículo 1.253 del Código Civil, puesto que no se acudió a la prueba de presunciones para llegar a la conclusión de que el accidente fue debido al exceso de confianza y falta de diligencia en que incurrió el conductor del vehículo.

«...en definitiva, la doctrina de la Sala ha ido evolucionando hacia una minoración del culpabilismo originario, hacia un sistema que, sin hacer plena abstracción del factor moral o psicológico y del juicio de valor sobre la conducta del agente, viene a aceptar soluciones cuasiobjetivas, demandadas por el incremento de actividades peligrosas propias del desarrollo tecnológico y por el principio de ponerse a cargo de quien obtiene el beneficio o provecho, la indemnización del quebranto sufrido por tercero, habiéndose producido el acercamiento a la responsabilidad por riesgo, en una mayor medida, en los supuestos de resultados dañosos originados en el ámbito de la circulación del vehículo de motor».

No obstante, lo cierto es que, aun en tales supuestos, no es posible prescindir del factor moral sobre la conducta del agente, en el caso que nos ocupa, *«...fue la culpa exclusiva del conductor del vehículo lo que propició y desencadenó el resultado dañoso... con lo cual no resultaron infringidos los artículos 1.902 y 1.903 del Código Civil»*.

CULPA EXTRA CONTRACTUAL: LEGITIMACION ACTIVA. FALLECIMIENTO DE PEATON POR ACCIDENTE FERROVIARIO. (SENTENCIA DE 4 DE NOVIEMBRE DE 1999.)

Ponente: Excmo. Señor don Pedro González Poveda.

El Juzgado de Primera Instancia número dos de Tarragona, en sentencia de 17 de mayo de 1992, desestimó la demanda interpuesta por don Francisco S. P. en reclamación de daños y perjuicios, por culpa extracontractual a favor de la herencia yacente y comunidad hereditaria de don Francisco S. R. contra RENFE, por falta de legitimación activa de la invocada herencia yacente, condenando a la actora al pago de las costas.

La Audiencia Provincial de Tarragona dictó sentencia con fecha 8 de noviembre de 1994, confirmando la recaída en primera instancia desestimatoria de la demanda interpuesta por el demandante don Francisco S. P.

El TS estima el recurso de casación interpuesto por don Francisco S. P., y con revocación de la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número dos de Tarragona de fecha 17 de mayo de 1994, condenando a RENFE a que abone a don Francisco S. P. la cantidad de dos millones de pesetas como indemnización de daños y perjuicios causados por la muerte de su hijo,

más los intereses legales desde la fecha de la sentencia de primera instancia, sin que proceda especial condena en costas.

Hechos.—Fallecimiento del hijo del actor a consecuencia de ser golpeado por un tren. El accidente tuvo lugar a la altura del paso a nivel cuando don Francisco iba andando en paralelo a la vía del tren. En el lugar en que ocurrieron los hechos existe la posibilidad de acceso a la vía de cualquier persona.

Doctrina de la Sentencia.—El primero de los motivos del recurso de casación al amparo del número 3 del artículo 1.692 de LEC y del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, denuncia infracción del artículo 24.1 de la Constitución sobre Derecho a la tutela efectiva en relación al artículo 359 de LEC. «*El derecho a la tutela judicial efectiva comprende el derecho de acceder a la jurisdicción y, en su caso, a obtener una resolución motivada y no arbitraria sobre el fondo de las pretensiones deducidas, por lo que este derecho fundamental se satisface no sólo cuando el Juez o Tribunal resuelve sobre las pretensiones de las partes sino también cuando se inadmite una acción en virtud de la aplicación razonada en Derecho de una causa legal*». Esto último es lo que ha sucedido en el presente caso, por lo que el motivo se desestima.

En el segundo motivo se denuncia haber incurrido en incongruencia omisiva por haber dejado de pronunciarse sobre las pretensiones deducidas en la demanda. «*Es doctrina jurisprudencial reiterada que las sentencias absolutorias, desestimatorias de la demandada, no pueden ser tachadas de incongruentes y resuelven todas las cuestiones planteadas en el litigio, salvo que el pronunciamiento desestimatorio se funde en una excepción alegada por las partes y no apreciable de oficio o que se haya alterado por el Juzgador la causa petendi*», en el caso no se da el vicio de incongruencia, ya que la sentencia desestimatoria de la demanda recaída se funda en la apreciación por la Sala *a quo* de la falta de legitimación *ad causam* cuya estimación de oficio viene reconocida por reiterada jurisprudencia, lo que conduce a desestimar el motivo.

El tercer motivo denuncia infracción del artículo 1.902 del Código Civil al negar la sentencia recurrida la legitimación *ad causam* al demandante recurrente. Dice la sentencia de 23 de marzo de 1985, que «*la tesis de que, en los casos de muerte por un hecho delictivo, el destinatario directo de la indemnización era la propia víctima y por sucesión sus herederos, está hoy superada por el propio Tribunal Supremo, que ha rectificado su anterior postura, afirmando categóricamente que, en el supuesto analizado, los destinatarios inmediatos y directos son los perjudicados que reciben la indemnización iure proprio y no por vía hereditaria, cualidad que puede o no coincidir con la de heredero, pero que en cualquier caso es distinta y con efectos jurídicos muy diferentes, debiendo entenderse por perjudicado aquella persona ligada a la víctima por vínculos próximos de familia, afecto, relaciones de convivencia real, dependencia económica u otras situaciones de recíproca asistencia y amparo que determinen real y efectivamente perjuicios derivados directamente de la muerte producida por el hecho delictivo... y como establece la sentencia de 1 de julio de 1981, "en todo caso se impone en estos casos considerar en los reclamantes una doble cualidad, como perjudicados iure proprio y como herederos de la víctima..."* Ejercitada la acción por el padre del fallecido, aparece acreditado que concurre en el demandante la doble condición de perjudicado y de heredero del fallecido, por lo que procede reconocerle la legitimación *ad causam* para promover este proceso en su condición de perjudicado, acogiendo así este motivo del recurso.

En supuestos de accidentes ferroviarios, la jurisprudencia de esta Sala ha establecido que sin tener que acudir a la tendencia que, a través de diversos medios (inversión de la carga de la prueba, responsabilidad por el riesgo creado), viene siendo cada vez más proclive a la objetivación de la responsabilidad extracontractual, sino atendiendo exclusivamente al *factor moral o psicológico de la culpabilidad del agente que, en mayor o menor medida y pese a la expresada tendencia, condiciona el reproche culpabilístico y teniendo en cuenta, por otro lado, que para que la conducta del agente pueda ser calificada de diligente y exenta, por tanto, de toda connotación de antijuridicidad, no basta con que se hayan adoptado las exigencias que reglamentariamente vengan impuestas, sino que ha de atemperarse a las medidas de prudencia y precaución que vengan impuestas por las circunstancias (de personas, tiempo y lugar) concurrentes en cada caso concreto para evitar la producción del resultado dañoso*». En el caso, a la producción del evento dañoso contribuyó decisivamente la conducta de RENFE, al no haber adoptado las medidas procedentes para evitar el acceso indiscriminado de personas a la vía.

L. T. M.

2. DERECHO MERCANTIL

II. SOCIEDADES

A) ANÓNIMAS

Por RAMÓN SÁNCHEZ DE FRUTOS

IMPUGNACION DE ACUERDOS SOCIALES. INFORME ACERCA DE AMPLIACION DE CAPITAL. JUNTA UNIVERSAL. (SENTENCIA DE 29 DE DICIEMBRE DE 1999.)

Informe en ampliación de capital. En la ampliación de capital se precisa informe escrito con la justificación de la propuesta de ampliación. No debe olvidarse que el artículo 144.a) de la Ley implica una novedad respecto a la Ley de 1951, y aunque no fija un plazo para la confección del referido informe, debe entenderse en una interpretación contextual con los apartados b) y c) del mismo precepto que sea previo a la convocatoria, lo que se corrobora con lo señalado en el apartado b) que ha de expresarse asimismo en la convocatoria en su peculiar documentación.

Los encargados de realizar tal informe son los accionistas autores de la propuesta de modificación estatutaria o los administradores.

Asimismo el artículo 158.2 del Reglamento del Registro Mercantil, aprobado por Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, exige que la escritura pública, a más de los requisitos de carácter general, contenga «la manifestación de los otorgantes de que ha sido emitido el preceptivo informe justificando la modificación y su fecha». Finalmente, tal existencia implica una garantía espe-

cífica, autónoma e independiente, que no puede diluirse o subsumirse en el derecho de información, como resulta a tenor de los artículos 48.d) y 112 de la Ley de Sociedades Anónimas, y por ello no puede sustituirse dicha exigencia legal por la información del estado económico de la sociedad recibido por telefax, y menos aún puede ser suplido tal requisito por la declaración *a posteriori* del acta relativa a que en la Junta se examinaron los elementos contables, pues ello debe ser previo, escrito y suscrito por los administradores o accionistas proponentes.

Aumento de capital. La convocatoria tanto del diario ... como del Boletín del Registro Mercantil, omitían toda referencia al aumento de capital y se limitaban a señalar como uno de los temas de la Junta, el de «nuevas aportaciones de los señores accionistas, con el fin de amortizar las deudas de la sociedad». La vaguedad de la formulación no puede resultar más evidente y no puede estimarse como una ampliación de capital, pues no implica que toda aportación del socio suponga *per se* y necesariamente aumento de capital, pues por aportación habría que entender, gramatical y lógicamente, cualquier traslación patrimonial del accionista a la sociedad por cualquier título, préstamo, donación, anticipo, etc. No sólo la emisión de acciones, que implicaría un aumento de capital, sino en la emisión de obligaciones. Incluso no resulta extraño en la *praxis* de muchas sociedades la aportación de los socios, sin alteración del capital social.

En cualquier caso, el artículo 144.b) de la Ley de Sociedades Anónimas exige «que se expresen en la convocatoria, con la debida claridad, los extremos que hayan de modificarse», y precisamente la expresión **debida claridad** ha sido uno de los extremos más debatidos en la doctrina y la jurisprudencia por su indeterminación, pero parece existir unanimidad en que lo pretendido por el legislador es que en la convocatoria se reseñen debidamente todos los extremos a modificar, habida cuenta, sobre todo, que habrá accionistas que no asistan a la reunión y que queden sometidos a los acuerdos de la misma. A este respecto ya destacó la sentencia de 17 de diciembre de 1966, que «la finalidad no es otra que la de asegurar que los votos de los accionistas, se emitan, en su momento oportuno con plena conciencia y reflexión, tal como se requiere por la importancia de los acuerdos a adoptar, o lo que es igual, conforme a lo expresado en la sentencia de 21 de mayo de 1965, detallando en la convocatoria, con el pormenor necesario, la materia a tratar, para que sobre ella puedan los socios pronunciarse con pleno conocimiento de causa y libertad no mermada por la ignorancia y la improvisación y evitando así, como expresa la sentencia de 9 de julio de 1966, que surjan elementos de sorpresa con los cuales no pueda racionalmente contar el accionista convocado». Si bien nuestra doctrina jurisprudencial ha estimado cumplido el requisito de la *debida claridad* cuando en la convocatoria se hace mera referencia a los artículos de los Estatutos que debieran ser modificados o a la materia de los mismos —sentencias de 9 de julio de 1966 y 30 de abril de 1988—. En esta línea, seguida por la doctrina de esta Sala, afirma que se cumple el artículo 144 si se indica en la convocatoria el artículo de los Estatutos que se pretende modificar (sentencia de 10 de enero de 1973), anunciando la materia que se pretende reformar y modificación de los artículos de los Estatutos correspondientes a ella (sentencia de 14 de junio de 1994).

En la convocatoria se ha de fijar el importe de la ampliación, expresando si se hará por emisión de nuevas acciones o por elevación del valor nominal de las existentes, previendo la delegación de facultades a los administradores.

En definitiva, teniendo en cuenta que la cifra del capital social es una de las menciones esenciales estatutarias —art. 9.f) de la Ley—, la vigente normativa impone una mayor información que la establecida en la Ley de 1951.

La convocatoria ha de hacer constar el derecho que corresponde a los accionistas de examinar en el domicilio social el texto íntegro de la modificación propuesta y del informe sobre la misma y de pedir la entrega o el envío gratuito de dichos documentos, según el artículo 144.c) en relación con el 152.1 de la Ley.

Junta universal. Hay que tener en cuenta que el artículo 99 de la Ley es una reproducción, casi literal, del precedente artículo 55, con la sola diferencia que el texto precedente decía «que está presente todo el capital desembolsado» y ahora «que está presente todo el capital social». Pero en ambos supuestos requiere el precepto: a) que se encuentre presente la totalidad del capital social, y b) que los asistentes, una vez comprobada la presencia del 100 por 100 del capital, acepten por unanimidad la celebración de la Junta. Estos son tan sólo los únicos requisitos para la válida constitución de una junta como universal y para tratar de cualquier asunto. En semejante sentido se pronuncia la doctrina jurisprudencial al señalar como requisitos del precepto, «cuando se reúnen la totalidad de los accionistas y se constituyen en sesión, sin oposición de alguno de los asistentes» (sentencia de 9 de noviembre de 1955). En igual sentido pueden citarse las sentencias de 27 de octubre de 1964, 31 de mayo y 12 de julio de 1983, 14 de marzo de 1985, 15 de diciembre de 1992 y 16 de julio de 1994, esta última que mantiene que no infringe el artículo 55 de la Ley de 1951, aplicable al caso, pues se dio la concurrencia de que dicha Junta de accionistas representantes de todos el capital desembolsado y la aceptación por unanimidad de la celebración de la Junta en que tomaron los acuerdos.

Característica pues de esta Junta Universal, es que en el supuesto de que el poseedor de unas acciones que no alcance el mínimo estatutariamente establecido para asistir y deliberar en la Junta, si se halla presente y no acepta, no podrá celebrarse la Junta con tal carácter, bastando por tanto con la discrepancia de un solo accionista. Tampoco exige el precepto que los accionistas renuncien previamente al derecho de convocatoria, pues la asistencia del totum da carácter necesario a la Junta válidamente constituida.

COMPRAVENTA DE ACCIONES. BENEFICIOS NETOS Y DIVIDENDOS. (SENTENCIA DE 8 DE FEBRERO DE 2000.)

La decisión casacional queda concretada a lo que debe entenderse por beneficios netos, ante las dos tesis: los beneficios totales o los dividendos.

Se impone a NOS llevar a cabo la interpretación del contrato para establecer lo que ha de entenderse por beneficios netos, que es lo que literalmente dice el documento, por lo que, conforme al artículo 1.281.1.º del Código Civil, no cabe reputar los beneficios totales, pues si así lo fuera, se hubiera utilizado esta expresión en el contrato.

Son beneficios netos aquellos que resultan limpios y puros, es decir, los que se presentan líquidos en cuenta, después de haber deducido los gastos procedentes y en este caso los que tienen un soporte legal, es decir, que se habrá de restar obligatoriamente los impuestos, la reserva legal y la voluntaria y que corresponde a previsiones estatutarias.

RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES POR DAÑOS. (SENTENCIA DE 16 DE FEBRERO DE 2000.)

Para reclamar los daños al patrimonio social se ha de probar la concurrencia de los presupuestos que para ello señala el artículo 134 de la Ley de Sociedades Anónimas. Los daños ocasionados directamente a los accionistas pueden ser, sin embargo, reclamados a los administradores, siempre y cuando su conducta como tales infrinja los artículos 127 y 133.1, ambos de la citada Ley, pero siempre ha de demostrarse por los accionistas la realidad y efectividad del daño causado directamente a ellos, no daños hipotéticos y no producidos sin prueba de la posibilidad de su realización.

IMPUGNACION DE JUNTA DE ACCIONISTAS DE SOCIEDAD ANONIMA Y DE LOS ACUERDOS TOMADOS EN ELLA POR QUIEN NO HA LOGRADO INSCRIBIR EN EL LIBRO DE REGISTRO DE LA CORRESPONDIENTE SOCIEDAD ANONIMA LAS ACCIONES NOMINATIVAS ADQUIRIDAS. NO RECONOCIMIENTO DE SU CUALIDAD DE ACCIONISTA ANTE LA SOCIEDAD. (SENTENCIA DE 21 DE FEBRERO DE 2000.)

El artículo 55 de la Ley de Sociedades Anónimas vigente viene a constituir el núcleo del planteamiento porque, impuesta por el precepto la llevanza del libro registro de acciones nominativas en cuyos asientos ha de hacerse constar el historial de las mismas, el cumplimiento de esa exigencia registral es la que hace, en el orden subjetivo o de titularidades, que el último adquirente de acciones —sin entrar aquí a dilucidar el alcance del acto o contrato transmissivo— haya de ser tenido como accionista por la sociedad, como ya ha señalado esta Sala en sentencia de 2 de diciembre de 1999, y refiere el número 2 de dicho artículo 55.

Establecido que son nominativas las acciones que la entidad demandante invoca en favor de su alegado derecho a asistir a las Juntas que menciona y reconocido que dicha entidad no ha logrado la registración de dichas acciones por negárselo la sociedad, su pasividad ante tal situación, sin ejercitar la acción que por vía jurisdiccional pudiera poner remedio a dicha exclusión, hace permanecer el desconocimiento en que, conforme a ley, se le tiene ... sin la legitimación que resulta del artículo 117 en relación con el citado artículo 55.

V. la sentencia de 22 de febrero de 2000, extractada seguidamente, referente a los mismos litigantes.

IMPUGNACION DE JUNTA DE ACCIONISTAS DE SOCIEDAD ANONIMA Y DE LOS ACUERDOS TOMADOS EN ELLA POR QUIEN NO HA LOGRADO INSCRIBIR EN EL LIBRO REGISTRO DE LA CORRESPONDIENTE SOCIEDAD ANONIMA LAS ACCIONES NOMINATIVAS ADQUIRIDAS. NO RECONOCIMIENTO DE SU CUALIDAD DE ACCIONISTA ANTE LA SOCIEDAD. (SENTENCIA DE 22 DE FEBRERO DE 2000.)

Producido un hecho, arbitrario o no, impeditivo de un derecho —en este caso el posible derecho del adquirente de las acciones a obtener la registración de las acciones que adquirió, para así ejercer como accionista dentro de

la sociedad— no cabe en el mundo jurídico soslayarlo y proceder como si no existiera, porque siendo real la situación creada desde la producción de aquél, lo procedente es solicitar de los Tribunales su cesación y la imposición de lo que en él se denegó, ese derecho que, si efectivamente le corresponde, permitiría a su titular lo que ahora le viene vedando, bajo su entera responsabilidad, su oponente y trata de conseguir ignorándolo.

La acción a ejercitar es la tendente a obtener la plenitud de su invocada condición de accionista, también ante la sociedad, con la amplitud que señalan los artículos 93 y concordantes, y 117 de la Ley de Sociedades Anónimas.

Dadas las posibilidades que a la acción nominativa señala el artículo 52 de la Ley, parece necesario el control que sobre su transmisión debe llevar la sociedad en que se integran, y ese control ha de hacerse mediante su registración como dispone el artículo 55, previa comprobación que de la normalidad de la transmisión se haga, cual cuida establecer el artículo 56, aún cuando la inscripción no sea constitutiva, como garantía de esto mismo que ya establecía el artículo 282 del Código de Comercio de 1829.

Lo dispuesto en el artículo 55 de la Ley de Sociedades Anónimas viene a constituir el núcleo del planteamiento que se hace porque, impuesta en el precepto la llevanza del libro registro de acciones nominativas en cuyos asientos ha de hacerse constar el historial de las mismas, el cumplimiento de esa exigencia registral es el que hace, en el orden subjetivo o de titularidades, que el último adquirente de acciones de esa clase —sin entrar aquí a dilucidar el valor y alcance del acto o contrato transmisivo— haya de ser tenido como accionista por la sociedad, como refiere el número 2 de dicho artículo 55 y ha señalado esta Sala en la sentencia de 2 de diciembre de 1999.

V. la sentencia de 21 de febrero de 2000 entre los mismos litigantes, anteriormente extractada.

CONVOCATORIA DE JUNTA GENERAL: REQUISITOS. IMPUGNACION DEL ACUERDO DE JUNTA GENERAL RELATIVO A AUMENTO DE CAPITAL EN BASE A SIGNIFICAR DEBILITAMIENTO DE LOS SOCIOS MINORITARIOS. (SENTENCIA DE 4 DE MARZO DE 2000.)

Ciertamente la sentencia de 3 de octubre de 1987 declara que los requisitos sobre convocatoria de las Juntas, tanto ordinarias como extraordinarias, contenidos en la Ley de Sociedades Anónimas, deben interpretarse siempre con criterio estricto, pero tal interpretación jurisprudencial no debe desconectar de la razón teleológica del precepto cuando exige que «se expresen en la convocatoria, con la debida claridad, los extremos que hayan de modificarse». La finalidad del anuncio de la convocatoria es poner en conocimiento de los accionistas las materias o temas sobre los que va a tratar la reunión; por ello el contenido del orden del día ha de ser claro y completo, sin que se contradiga esta exigencia por el hecho de que se haga en forma sucinta, breve o sintética, porque sólo es precisa la «explicitación suficiente y adecuada del asunto a tratar» (sentencia de 18 de marzo de 1996), pudiendo ser, por ende, referencia bastante las indicaciones o expresiones genéricas, tal y como han declarado, entre otras, las sentencias de 14 de junio de 1994 y 29 de abril de 1985, a lo que ha de añadirse que la doctrina general debe avenirse con las circunstancias del caso, pues el principio de la buena fe reclama en ocasiones tomar en consideración la situación de conocimiento del contencioso de la

Junta por parte de los socios impugnantes, ora por ponerse a su disposición la información documental oportuna, ora por tratarse de sociedades familiares cuyos miembros conocen la finalidad de reunirse, tal y como ha señalado la sentencia de 18 de marzo de 1996.

Con independencia de si era o no oportuna la ampliación de capital, para que un acuerdo sea impugnabile (art. 115 de la Ley de Sociedades Anónimas) es preciso que sea lesivo para el interés social (como suma de intereses particulares de los socios, sentencias de 5 de julio de 1986 y 19 de febrero de 1991); la existencia de un beneficio para uno o varios accionistas o un tercero; y un nexo causal entre la lesión y el beneficio (sentencia de 18 de septiembre de 1988), que ha de probarse, sin que baste la mera alegación (sentencia de 5 de julio de 1986) ni puedan servir de fundamento los eventuales perjuicios que puedan derivarse para los accionistas minoritarios, cuando además tuvieron la posibilidad de evitarlos suscribiendo las nuevas acciones, consiguientes a la ampliación de capital, que les fueron ofrecidas, incluso prorrogando el plazo para facilitarles el ejercicio de tal derecho.

No se puede considerar abusivo, con infracción de la doctrina que prohíbe el abuso del derecho (art. 7.2 del Código Civil), el hecho de que la ampliación de capital produzca un debilitamiento de la participación social de los accionistas que no suscriben las nuevas acciones, porque ello es un efecto normal del funcionamiento de la sociedad anónima, y ningún obstáculo ajeno a su ámbito de disposición personal les impidió participar proporcionalmente mediante el ejercicio del derecho de suscripción preferente.

DERECHO DE INFORMACION DEL ACCIONISTA A PETICION VERBAL EN LA JUNTA O ESCRITA CON ANTERIORIDAD A ELLA. (SENTENCIA DE 22 DE MARZO DE 2000.)

El artículo 112 en relación con el 48 de la Ley de Sociedades Anónimas, establece y regula el derecho de información como aquél que trata de facilitar al socio un conocimiento directo sobre la situación y gestión de la sociedad anónima, y desde luego es uno de los derechos más importantes con los que puede contar el accionista.

Pues bien, este derecho de información, sustancialmente ligado a la condición de socio, es de naturaleza pública y por lo tanto de carácter imperativo, que no es dable ser modificado o excluido por pactos particulares, y además es de cumplimiento inexcusable para el órgano ejecutivo de la sociedad anónima, y cuyo incumplimiento permite el ejercicio de acciones dirigidas a impugnar los acuerdos aprobados por el órgano deliberante, en cuya gestión se haya impedido u obstaculizado el referido derecho que tiene todo socio o accionista a ser informado; y como consecuencia de ello declarar la nulidad de los referidos actos o acuerdos.

El artículo 112 de la Ley de Sociedades Anónimas indica el procedimiento para ejercitar el derecho del socio a ser informado, ya que establece que puede solicitar los informes por escrito —antes de la celebración de la Junta de accionistas—, o verbalmente —durante la celebración de la Junta de accionistas—.

Sin embargo no establece ni cuándo ni cómo los administradores o los obligados a informar deben proporcionar la información, pero lógicamente hay que proclamar que ello se deberá hacer en el momento en que tal infor-

mación pueda ser utilizada por el accionista para la emisión del voto, ya que otra ocasión haría ilusorio tal derecho.

En la presente contienda judicial la solicitud de información por escrito y con antelación a la celebración de la Junta, aunque denegada en principio, en el transcurso de la referida Junta se le informó cumplidamente al solicitante y de forma verbal sobre el objeto de tal petición de datos; de lo que se infiere que los datos cuyo conocimiento se proporcionó verbalmente en la Junta, cumplimentó perfectamente y a tiempo el derecho a ser informado, derecho que le correspondía por su calidad de socio o accionista; sin que la primeriza denegación pueda estimarse como atentatoria a tal derecho, desde el instante en que el mismo posteriormente le fue concedido.

Y así se ha proclamado directamente por esta Sala, cuando en la sentencia de 10 de octubre de 1962, se dice que no se da inexistencia de información cuando se contestan al accionista todas las preguntas formuladas, y la sentencia de 22 de enero de 1962, que admite perfectamente la solicitud de informe hecha verbalmente durante la Junta.

RESPONSABILIDAD SOLIDARIA CON LA SOCIEDAD DE SUS ADMINISTRADORES QUE HAN INCUMPLIDO LAS OBLIGACIONES LEGALES DE ADAPTACION DE ESTATUTOS Y DISOLUCION. (SENTENCIA DE 13 DE ABRIL DE 2000.)

La Disposición Transitoria tercera de la Ley de Sociedades Anónimas establecía la obligación de adaptación de Estatutos a la nueva legislación antes de 30 de junio de 1992, o su conversión, para las sociedades anónimas ya existentes, sin que los administradores hayan adoptado las medidas necesarias para su consecución. Esa pasividad trae como consecuencia objetiva, conforme al artículo 262.5 y citada Transitoria del Real Decreto-ley de 22 de diciembre de 1989, la responsabilidad solidaria de los administradores entre sí y con la sociedad por las deudas sociales.

INEXISTENCIA DE CONTRATO VERBAL DE VENTA DE ACCIONES DE UNA SOCIEDAD ANONIMA POR FALTA DE PRECIO CIERTO Y DETERMINADO, PARA CUYA DETERMINACION SE REQUIERE NUEVO CONVENIO ENTRE LAS PARTES. (SENTENCIA DE 14 DE ABRIL DE 2000.)

DISOLUCION DE SOCIEDAD ANONIMA POR IMPOSIBILIDAD DE FORMAR LA VOLUNTAD SOCIAL. NO PRECISA ACUERDO DE JUNTA. (SENTENCIA DE 15 DE MAYO DE 2000.)

La imposibilidad de formar la voluntad social es causa de disolución, según el artículo 262.3 de la Ley de Sociedades Anónimas, de forma que el hecho de que para que la misma se produzca sea preciso un acuerdo previo de Junta, requisito este exigible en los supuestos normales, no puede jugar, cuando precisamente, la causa de esta petición de disolución es la imposibilidad, acreditada durante largos años, de formar una voluntad social que, si

no pudo obtenerse en los casos anteriores, no puede ser exigida como requisito previo al acuerdo de disolución, llegándose con ello a la situación, que debe calificarse de absurda, de que precisamente para acordar la disolución de la sociedad en razón de que no pueden adoptarse acuerdos sociales, se venga a exigir, como requisito previo, la adopción de un acuerdo social.

B) LIMITADAS

QUORUM EXIGIBLE PARA EL ACUERDO DE EJERCITAR LA ACCION SOCIAL DE RESPONSABILIDAD CONTRA UN ADMINISTRADOR NOMBRADO EN LA ESCRITURA FUNDACIONAL. (SENTENCIA DE 29 DE MARZO DE 2000.)

La Ley 19/1989, de 25 de julio, en su artículo 11 dio nueva redacción a los artículos 11 y 13, entre otros, de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 1953. Y no debe seguirse el criterio de identificar la acción de responsabilidad contra un administrador, con la separación de su cargo de éste.

La acción de responsabilidad contra un administrador, en el tiempo en que se produjo, se rige por el artículo 11 de la Ley de Responsabilidad Limitada de 1953 (según redacción dada por Ley 19/1989, de 25 de julio) que se remite a la normativa de la Ley de Sociedades Anónimas, cuyo artículo 134 prevé el ejercicio de tal acción por acuerdo de la Junta General adoptado por mayoría no cualificada, que determina la destitución del administrador. Por el contrario, el acuerdo de separar del cargo a un administrador nombrado en la escritura fundacional, lo prevé el segundo párrafo del artículo 13, que se remite al artículo 17 de la propia Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, que sí exige mayoría cualificada.

DISOLUCION DE SOCIEDAD POR IMPOSIBILIDAD DE ADOPTAR ACUERDOS. (SENTENCIA DE 7 DE ABRIL DE 2000.)

Son hechos probados: 1.º Que la sociedad mercantil está prácticamente y de hecho integrada solamente por dos socios hermanos: uno con el 50 por 100 y el otro con el 30 por 100, pues el 20 por 100 restante de las participaciones sociales pertenece a la herencia yacente, aún no aceptada, del padre de ambos. 2.º Que entre los dos referidos hermanos existe una manifiesta enemistad tal que impide en absoluto la adopción de acuerdos válidos a la vista de las mayorías precisas en algunos temas trascendentales, tales como aumento o reducción del capital social, prórroga de la duración de la sociedad, fusión o transformación de la misma, su disolución o la modificación de la escritura social. 3.º Que la imposibilidad total y absoluta de adoptar acuerdos sociales sobre las materias antes expresadas determina la paralización del funcionamiento de los órganos sociales y la imposibilidad manifiesta de realizar el fin social.

Con base en tales hechos procede decretar la disolución judicial de la sociedad, de acuerdo con lo dispuesto en el número 3.º del artículo 266 de la vigente Ley de Sociedades Anónimas, por expresa remisión del artículo 30 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 1953.

D) COOPERATIVAS

IMPUGNACION DE ACUERDO DEL CONSEJO RECTOR. CADUCIDAD SEGUN SEA NULO O ANULABLE. (SENTENCIA DE 9 DE MARZO DE 2000.)

El dilema consiste en determinar si el acuerdo del Consejo Rector es un acto nulo de pleno derecho o simplemente un acto anulable. La nulidad de pleno derecho requiere una contravención de la norma, una contradicción entre lo en ella dispuesto y el acto ejecutado, y la doctrina jurisprudencial es constante en esta dirección encomendando al juzgador la tarea, hasta cierto punto discrecional, de declarar con extrema prudencia la nulidad del acto si la finalidad de la Ley y la del acto se contradicen, después de examinar la naturaleza, móviles, circunstancias y efectos previsibles del mismo.

Y en el anterior sentido se afirma la sentencia de esta Sala de 26 de junio de 1982, que recoge doctrina pacífica y constante, cuando en ella se dice que a la nulidad absoluta se podrá acceder en cualquiera de los casos siguientes: *a)* Que exista un precepto específico de la Ley que imponga la nulidad *per se* del acto; *b)* Que para la validez del acto, la ley exija requisitos esenciales y falte alguno de ellos, y *c)* Cuando la materia, objeto o finalidad del acto, implique un fraude de ley, sean atentatorios a la moral o supongan un daño o peligro para el orden público.

PLAZO PARA IMPUGNAR ACUERDOS DE EXPULSION DE SOCIO Y DE ACUERDOS DE LA ASAMBLEA GENERAL. (SENTENCIA DE 15 DE ABRIL DE 2000.)

Para impugnar acuerdos referentes a la expulsión de socio, la Ley 3/1987, de 2 de abril, establece un procedimiento especial, así como un plazo específico en el número 6 del artículo 38, para impugnar los acuerdos en vía judicial, que es el de dos meses, y no el de un año señalado en el número 6 del artículo 52, de forma general para la impugnación de acuerdos de la Asamblea General.

III. TITULOS VALORES

B) CHEQUE

CHEQUE NULO POR FIRMA MEDIANTE ESTAMPILLA. RESPONSABILIDAD DEL BANCO LIBRADOR POR EL PAGO DE TALONES NULOS. (SENTENCIA DE 17 DE MAYO DE 2000.)

No cabe obviar que el artículo 106 de la Ley Cambiaria y del Cheque determina los requisitos que debe contener el cheque y, en su apartado 6, se refiere, como uno de ellos, a la firma de quien expide dicho título, y el artículo 107 de este texto legal dispone que el documento no se considera che-

que si carece de alguno de los presupuestos indicados en el artículo precedente, por lo que, en este caso, habida cuenta de que doña ... presentó al cobro y consiguió hacer efectivos distintos y numerosos talones, en los cuales la firma no aparece manuscrita sino estampillada, y que no se había pactado entre la compañía mercantil ... y el Banco ..., ni se permitió en ningún momento por aquélla a la entidad bancaria el dar por buena y como auténtica otra firma que no fuera la manuscrita, es evidente que el Banco ha abonado, como válidos, cheques nulos.

La entidad bancaria está obligada a mantener una actitud diligente respecto al pago de cheques y debe verificar que el título está correctamente formado por el librador, de manera que ha de realizar una labor de comprobación de los requisitos intrínsecos y extrínsecos del talón, y en el supuesto de que mantenga una conducta negligente en las labores de comprobación incurrirá en responsabilidad contractual, sin que sea aplicable aquí la regla del artículo 156 de la Ley Cambiaria y del Cheque, que hace referencia a los cheques falsos o falsificados pero no a los nulos, con indicación a que la responsabilidad indemnizatoria, correspondiente al librado por el daño resultante del pago de un cheque falso o falsificado, puede quedar excluida cuando el titular de la cuenta corriente haya sido negligente en la custodia del talonario de cheques, o hubiere procedido con culpa, ni la interpretación jurisprudencial de este precepto con mención a que cuando, pese a la presencia de aquélla, aparece asimismo una clara conducta de igual grado por parte del perjudicado —cuya concurrencia culposa, como en todos los casos de responsabilidad por culpa contractual o extracontractual, es, incluso, apreciable de oficio (sentencias de 18 de octubre de 1992, 22 de abril de 1987, 7 de junio de 1991 y 18 de julio de 1995)— los Tribunales pueden moderar la responsabilidad del Banco y reducir en proporción su obligación resarcitoria, mediante el reparto del daño con el titular de la cuenta.

IV. CONTRATOS

CONTRATO DE AVAL AL PRIMER REQUERIMIENTO. (SENTENCIA DE 17 DE FEBRERO DE 2000.)

La relación contractual que ligaba a las partes estaba constituida por un contrato autónomo de garantía denominado aval al primer requerimiento, contrato atípico, producto de la autonomía de la voluntad sancionada por el artículo 1.255 del Código Civil (así, sentencia de 14 de noviembre de 1989) en el cual el fiador viene obligado a realizar el pago al beneficiario cuando éste se lo reclame, ya que la obligación de pago asumida por el garante se constituye como una obligación distinta, autónoma e independiente, de las que nacen del contrato cuyo cumplimiento se garantiza; es nota característica de esta forma de garantía personal que la diferencia de la fianza regulada en el Código Civil, su no accesoriedad, nota a que alude la sentencia de 11 de julio de 1983, al decir: «las garantías denominadas de primera solicitud en el comercio internacional», entre «las nuevas garantías que tendiendo a superar la rigidez de la accesoriedad, es decir, la absoluta dependencia de la obligación garantizada para la existencia y la misma supervivencia; así como la sentencia de 14 de noviembre de

1989, en la que se afirma que «toda interpretación que se trate de dar a la palabra garantía en el sentido de la obligación accesoria de fianza o de aplicar la excusión que le es característica, desvirtúa la naturaleza de la obligación compleja a la que venimos haciendo mérito», de ahí que el garante no pueda oponer al beneficiario que reclama el pago otras excepciones que las que se deriven de la garantía misma, siendo suficiente la reclamación del beneficiario frente al garante para entender que el obligado principal no ha cumplido, si bien en aras del principio de la buena fe contractual, artículo 1.258 del Código Civil, se permita al garante, caso de contienda judicial, probar que el deudor principal ha pagado o cumplido su obligación con la consiguiente liberación de aquél, produciéndose así una inversión de la carga de la prueba, ya que no puede exigirse al beneficiario que acredite el incumplimiento del obligado principal, siendo suficiente, como se dice, la reclamación de aquel beneficiario para que nazca la obligación de pago del avalista.

No se trata de una situación normal de afianzamiento, que permite el análisis de excepciones de prórroga y de pago como modo de extinción de la fianza.

V. sentencia de 30 de marzo de 2000, extractada seguidamente.

AVAL A PRIMER REQUERIMIENTO. CONTINUA EN FAVOR DE LAS PERSONAS AVALADAS AUNQUE SE UNAN EN SOCIEDAD. (SENTENCIA DE 30 DE MARZO DE 2000.)

El concepto de aval a primer requerimiento lo expone con claridad la sentencia de 27 de octubre de 1992, que se reitera en la presente: Es una garantía personal atípica, producto de la autonomía de la voluntad proclamada en el artículo 1.255 del Código Civil, que es distinta del contrato de fianza y del contrato de seguro de caución, no es accesoria y el garante no puede oponer al beneficiario, que reclama el pago, otras excepciones que las que derivan de la garantía misma. El efecto, por tanto, se produce por la reclamación de tal beneficiario, lo que supone que el obligado garantizado no ha cumplido; tan sólo si el garante prueba que sí ha cumplido (inversión, por tanto, de la carga de la prueba) puede evitar el pago. El efecto último es, pues, que el beneficiario tiene un claro derecho a exigir el pago, siendo la obligación del garante independiente de la obligación del garantizado y del contrato inicial, sin perjuicio de las acciones que puedan surgir a consecuencia del pago de la garantía.

El avalista, sociedad estatal con una especializada asesoría jurídica, no puede pretender que si emplea la expresión «aval» y la frase de que «queda obligada a abonar en metálico la cantidad garantizada, a primer requerimiento...», se entienda que no es un aval a primer requerimiento, sino un contrato de caución, término que no aparece.

Si las personas físicas avaladas se constituyen en sociedad, no hay cambio de deudor que provoque novación extintiva, ni cesión de contrato, sino que las personas garantizadas siguen siendo las mismas aunque unidas entre sí por la relación que deriva del contrato de sociedad. No es una persona jurídica que sustituye a tres personas físicas, sino estas mismas unidas en contrato de sociedad, que es llamada «sociedad instrumental»: entender otra cosa sería un fraude de ley y causaría evidente perjuicio a tercero, lo que iría contra la doctrina del levantamiento del velo, mantenida reiteradamente por la juris-

prudencia para evitar que bajo el velo de una sociedad se oculten unas personas físicas que causan perjuicio a tercero y fraude de ley.

V. sentencia de 17 de febrero de 2000, extractada anteriormente.

COMPRAVENTA DE LIBROS DE TEXTO CON ENTREGA AL COMPRADOR DE PUNTOS, EQUIVALENTES A DINERO. FRAUDE DE LEY. (SENTENCIA DE 31 DE MARZO DE 2000.)

Dice la sentencia de 23 de enero de 1999, con las demás que la misma recoge, incluida la del Tribunal Constitucional de 6 de abril de 1988, «son requisitos esenciales del fraude de ley y fraude procesal: *a)* que el acto o actos cuestionados sean contrarios al fin práctico que la norma defraudada persigue y supongan, en consecuencia, su violación efectiva; *b)* que la norma en la que el acto pretende apoyarse (de cobertura) no vaya dirigida, expresa y directamente, a protegerlo, bien por no constituir el supuesto normal, bien por ser el referido un medio de vulneración de otras normas, bien por ir dirigido a perjudicar a otros, y *c)* manifestación notoria e inequívoca de la producción de un resultado contrario o prohibido por otra norma tenida como fundamental en la regulación de la materia», exigiendo una clara prueba de haberse obtenido un resultado contrario al querido por el ordenamiento jurídico, utilizando deliberadamente una norma para llegar a tal resultado.

Las ventajas concedidas no afectan al precio fijo, ni atentan al artículo 15 de la Ley de 10 de enero de 1991, de Competencia Desleal, ni a los artículos 5 y 33 de la Ley de 12 de marzo de 1975, de Propiedad Intelectual, ni al artículo 3 del Real Decreto de 30 de marzo de 1990, regulador del precio de venta al público de libros, ni al artículo 9 de la Ley de 19 de julio de 1984, de Defensa de los Consumidores. Ninguna norma se elude, ni se comete fraude de ley (art. 3 del Código Civil), ni se falta a la buena fe (art. 7 del Código Civil), ni se ha acreditado se derive daño para tercero, como recoge la sentencia de 30 de enero de 1999.

DESCUENTO. LA CLAUSULA «SALVO BUEN FIN» IMPLICA QUE SI LOS EFECTOS DESCONTADOS NO SON PAGADOS A SU VENCIMIENTO POR EL OBLIGADO A ELLO, EL DESCONTATARIO HA DE DEVOLVER AL BANCO DESCONTANTE EL IMPORTE DE LOS MISMOS. (SENTENCIA DE 10 DE MARZO DE 2000.)

Por el contrato llamado de descuento el poseedor de un título valor no vencido (o de crédito ordinario) lo transfiere a una persona natural o jurídica, generalmente un Banco, para que anticipe su importe con ciertas deducciones o descuento, de donde toma su nombre, con independencia del contrato subyacente del que surgieron los efectos descontados. Una de las características del referido contrato de descuento es la de ser un contrato autónomo, en el que solamente son partes contratantes el cedente de los títulos (descontatario) y el Banco descontante, sin que de dicho contrato, en sí mismo considerado, se desprenda obligación alguna para el deudor de los títulos cedidos y descontados.

Otra de las características de todo contrato de descuento es la de que la cesión al Banco descontante de los títulos descontados es una cesión *pro*

solvendo (no *pro soluto*) y condicionada, por tanto, al buen fin de los expresados títulos (que éste es el sentido de la expresión *salvo buen fin*, que es esencial en toda operación de descuento), de tal modo que, si llegado el vencimiento de los títulos descontados, éstos no son hechos efectivos por el obligado al pago de los mismos, es evidente el derecho del Banco descontante a que quien obtuvo el descuento (descontatario) le reintegre el importe de los expresados títulos. Por tanto, no se deriva de los referidos contratos, en sí mismos considerados, obligación alguna (de las dos anteriormente dichas, que incumben al descontatario exclusivamente), para la entidad libradora de los pagarés descontados, al no haber sido parte contratante en los mismos.

SEGURO. CONCURRENCIA DE CULPAS. IMPROCEDENCIA DEL RECARGO DEL 20 POR 100, PERO HAN DE ABONARSE INTERESES. (SENTENCIA DE 21 DE MARZO DE 2000.)

La existencia de concurrencia de culpas en el causante del daño y la víctima influye en la determinación de la cantidad a satisfacer como indemnización.

El recargo del 20 por 100 no procede, existiendo concurrencia de culpas, pues el importe de la indemnización depende de tal concurrencia, por lo que mal puede ser la aseguradora penalizada por no haber satisfecho una indemnización cuyo importe dependía previamente de la declaración de aquella concurrencia.

Sin embargo, la cantidad total a satisfacer se incrementa con los intereses legales del artículo 921 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

USURA. INTERES SUPERIOR AL NORMAL DEL DINERO. LIBRE APRECIACION DEL JUZGADOR. (SENTENCIA DE 10 DE MAYO DE 2000.)

La sentencia de 10 de diciembre de 1992, dice que no merece la calificación de interés notablemente superior al normal del dinero, el fijado en el 20 por 100, la de 6 de noviembre de 1992 llega a la misma conclusión respecto al interés del 22 por 100, la de 22 de septiembre de 1992 se refiere al interés del 18 por 100, y la de 18 de febrero de 1991 al 19,50 por 100 que figuraba en contrato de crédito y afianzamiento concertado en mayo de 1982.

El artículo 2 de la Ley contra la Usura autoriza a los Tribunales a resolver en cada caso, formulando libremente su convicción a la vista de las alegaciones de las partes y reiterada doctrina de esta Sala (sentencias de 16 de enero de 1914, 17 de febrero de 1921, 4 de julio de 1956, 15 de diciembre de 1965, 24 de noviembre de 1966, 18 de octubre de 1968, 26 de junio de 1974, y 30 de septiembre de 1991) proclama que la libertad de apreciación que concede la referida Ley es tan absoluta que los juzgadores pueden formar su convicción sin prueba alguna, aunque no se impide que se tenga en cuenta el material probatorio obrante en el pleito.

VI. TITULOS VALORES

A) QUIEBRAS

LA RETROACION DE LA QUIEBRA SOLO PUEDE SER EJERCITADA POR LOS SINDICOS Y DENTRO DEL PROCEDIMIENTO. (SENTENCIA DE 15 DE MARZO DE 2000.)

La doctrina de esta Sala tiene recogido que la finalidad primordial de la quiebra es la de garantizar la *par conditio creditorum*, y unas veces de mala fe o con simple aprovechamiento desigual de los acreedores se produce y cuyo efecto principal es la devolución a la masa. Mas el proceso que se promueva para la eficacia de la retroacción sólo puede ser iniciado por la Sindicatura (art. 1.366 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) y no pueden plantear la demanda, ni el quebrado, ni la comisión liquidadora, ni los acreedores, ni terceros, cabiendo tan sólo comunicarlo al comisario y en caso de no hacer nada al juez (art. 1.367 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), tal y como recogen las sentencias de 8 de febrero y 13 de abril de 1988, si bien se permite su ejercicio al depositario, siempre que actúe antes del nombramiento de los síndicos —sentencia de 9 de diciembre de 1981—. Es a los síndicos a los que la Ley confiere personalidad para, tras determinar si los actos del quebrado fueron o no perjudiciales para la masa, poner en marcha las acciones de nulidad —sentencia de 8 de febrero de 1981—.

En definitiva, sólo pueden plantear la demanda los síndicos, habida cuenta que los acreedores tan sólo pueden reclamar al comisario o al juez, si aquél nada hace al respecto.

R. S. F.

4. DERECHO PROCESAL

Por ERNESTO CALMARZA CUENCAS

ORDEN JURISDICCIONAL.—EL ORDEN CIVIL ES COMPETENTE PARA RESOLVER UNA TERCERIA DE DOMINIO DE UN BIEN EMBARGADO POR LA JURISDICCION LABORAL. ARTICULO 257 DE LA LEY DE PROCEDIMIENTO LABORAL. (SENTENCIA DE 11 DE MARZO DE 1999.)

Ponente: Excmo. Señor don Luis Martínez-Calcerrada y Gómez.

Embargados en un procedimiento laboral determinados bienes, se interpuso, por el ahora recurrente en casación, proceso de tercería de dominio en un Juzgado de 1.^a Instancia. Este se declaró incompetente para conocer la demanda interpuesta, por corresponder su conocimiento, en su caso, al órgano jurisdiccional de lo Social que haya conocido del procedimiento en que se trabó el embargo. La Audiencia Provincial desestimó el recurso interpuesto

contra la primera sentencia, por entender también que su conocimiento correspondía a los órganos de la jurisdicción social.

El TS, sin embargo, estima el recurso en base a los siguientes argumentos: porque, el propio tenor literal del artículo 257 LPL, hace constar en su párrafo primero, «el tercero que invoque el dominio sobre los bienes embargados adquiridos con anterioridad a su traba, podrá pedir el levantamiento del embargo ante el Órgano del orden jurisdiccional social que conozca la ejecución, que a los meros efectos prejudiciales resolverá sobre el derecho alegado, alzando en su caso el embargo»; es obvio, pues, que aparte de la facultatividad que supone el ejercicio de esta llamada tercería laboral (podrá pedir), la resolución judicial que recoge, lo será sólo a los meros efectos prejudiciales, esto es, teniendo en cuenta que esa decisión lo será en relación con el caso concreto litigioso, con el exclusivo designio de poder suspender la continuación de las medidas cautelares y mantener intacto el bien así embargado hasta que, por el orden competente se resuelva definitivamente sobre el alzamiento del embargo. Y como en la tercería de dominio lo que se viene a discutir es la pretensión del tercerista para el alzamiento del embargo trabado, y que ello supone el previo juicio sobre quien tiene el mejor derecho de poseer o incluso la titularidad dominical del bien embargado, todo ello es perfectamente incardinable dentro del Derecho privado, reservado a la competencia del orden civil jurisdiccional, que podrá entender en plenitud de la auténtica tercería de dominio, y, por supuesto, con independencia de que al término de la misma quede expedita la opción del juicio declarativo correspondiente.

EL RESULTANDO DE HECHOS PROBADOS EN UNA RESOLUCION PENAL ABSOLUTORIA NO OBLIGA AL JUEZ CIVIL. (SENTENCIA DE 13 DE MARZO DE 1999.)

Ponente: Excmo. Señor don Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.

El artículo 596.7 LECiv permite que lo actuado en un juicio penal, y en concreto su relación fáctica, pueda tener eficacia en un proceso civil, pero no impone necesariamente que tales actuaciones o alguna de ellas se tomen en determinado sentido ni, mucho menos, pueda ser un obstáculo a la apreciación del sentido opuesto a la resultancia total de la prueba por el Juzgado Civil y consiguientemente fijación por éste de los hechos.

CUESTION DE COMPETENCIA.—CLAUSULA DE SUMISION EXPRESA EN CONTRATO DE ADHESION. (SENTENCIA DE 13 DE MARZO DE 1999.)

Ponente: Excmo. Señor don Xavier O'Callaghan Muñoz.

En el presente contrato, base de la cuestión de competencia, impreso previamente salvo la parte en que constan las prestaciones principales, en el anverso, antes de la firma, está impreso en letra especialmente pequeña, la frase «El comprador acepta íntegramente las condiciones generales de venta impresos al dorso», y al dorso, sin firma alguna, en letra normal, consta la condición 11.^a, «sometiéndose las partes contratantes expresamente al fuero y jurisdicción de los Juzgados y Tribunales de Castellón».

Se trata de una condición general inmersa en un contrato de adhesión, pero no se le puede aplicar, por ser posterior, la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación que exige, entre otros requisitos, que deben ajustarse a los criterios de *transparencia, claridad, concreción y sencillez*. Al no aplicarse esta norma, sí se aplican las generales del Código Civil y, en esencia, es preciso el consentimiento de las partes, como elemento del negocio jurídico. Y en este caso no aparece tal consentimiento, ya que la cláusula de sumisión expresa no está firmada por las partes, sí lo está el texto de aceptación de la misma y de otras muchas, texto en letra diminuta, por lo que los criterios de apreciación estricta e interpretación restrictiva de las condiciones generales han de llevar a la nulidad de tal cláusula.

RECURSO DE REVISION.—DESESTIMACION POR RAZON DE SU CUANTIA.
(SENTENCIA DE 15 DE MARZO DE 1999.)

Ponente: Excmo Señor don José Almagro Nosete.

La suma reclamada en la demanda base del presente recurso asciende a la cantidad de cinco millones de pesetas, sin que otras circunstancias influyan en la determinación procesal de la cuantía. Se está, por ello, ante el caso de una sentencia no susceptible de recurso de casación, y tratándose de una cuestión de materia de orden público, la causa de inadmisión se convierte ahora en causa de desestimación, apreciable de oficio.

RECONVENCION IMPLICITA.—CONTENIDO DEL SUPPLICO DEL ESCRITO DE CONTESTACION A LA DEMANDA. (SENTENCIA DE 18 DE MARZO DE 1999.)

Ponente: Excmo. Señor don Pedro González Poveda.

Para que pueda tenerse por formulada reconvención, aunque sea en la llamada forma «implícita», es necesario que en el suplico del escrito de contestación a la demanda se formule expresamente cualquier petición que exceda de la pura y simple absolución de las peticiones de la demanda.

RECURSO DE CASACION.—RECONOCIMIENTO Y EJECUCION DE SENTENCIAS EXTRANJERAS. CONVENIO DE BRUSELAS. (SENTENCIA DE 23 DE MARZO DE 1999.)

Ponente: Excmo. Señor don José Almagro Nosete.

La referencia al recurso de casación que contiene el artículo 37.2 del Convenio de Bruselas, no se puede entender sin relacionarlo con la proposición primera del expresado artículo que señala el recurso que procede contra la resolución que otorgase la ejecución, como ocurre en el presente asunto. En España, los órganos jurisdiccionales señalados para la tramitación de este primer recurso son las Audiencias Provinciales correspondientes a los respectivos órganos de primera instancia que hayan decidido autorizar la ejecución. Especifica el citado artículo 37-1 que el mencionado recurso «se presentará,

según las normas que rigen el juicio contradictorio. Es decir, la norma supranacional efectúa una remisión a las normas nacionales que rigen el procedimiento contradictorio, concepto que se corresponde con el de "juicio contradictorio", escasamente empleado por nuestras leyes pero equivalente, según la doctrina y la práctica judicial, al de "juicio ordinario declarativo". Si se repara en que conforme a la *lex fori* (nuestra ley nacional) disponemos, por ahora, de cuatro juicios ordinarios (verbal, cognición, menor cuantía y mayor cuantía), resulta obligado pensar que deberá seguirse la tramitación correspondiente a cualquiera de los referidos juicios, pero no caprichosamente, sino mediante la observación de las normas atinentes a cada tipo de juicio que se establece, según la cuantía y conforme al objeto litigioso.

LITISPENDENCIA.—NO CABE APRECIAR ESTA EXCEPCION CUANDO EL PRIMER PROCEDIMIENTO HA SIDO RESUELTO SIN ENTRAR EN EL FONDO DEL ASUNTO. (SENTENCIA DE 26 DE MARZO DE 1999.)

Ponente: Excmo. Señor don Pedro González Poveda.

La excepción de litispendencia tiene una finalidad preventiva de evitar que sobre una misma cuestión litigiosa se pronuncien resoluciones contradictorias, de forma tal que la sentencia que se dicte en el primero produzca la excepción de cosa juzgada en el otro. Si bien en el momento de interponerse la demanda iniciadora de los autos de que dimana este recurso estaba pendiente de resolución el juicio de cognición iniciado sobre la misma cuestión y entre las mismas partes, es evidente que en el momento de dictarse la sentencia, ahora recurrida, no podía ya producirse esa situación procesal determinante de la posibilidad de sentencias contradictorias al haber concluido el previo juicio de cognición sin entrar en el fondo del asunto, por declaración de inadecuación del procedimiento.

ORDEN JURISDICCIONAL COMPETENTE.—SE ESTIMA COMPETENTE LA JURISDICCION CIVIL PARA CONOCER DE SUPUESTOS DE RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL EN ACCIDENTES LABORALES. ARTICULO 9.2 LOPJ Y DOCTRINA DE LOS AUTOS DE LA SALA DE CONFLICTOS DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 23 DE DICIEMBRE DE 1993 Y 4 DE ABRIL DE 1994. (SENTENCIA DE 10 DE ABRIL DE 1999.)

Ponente: Excmo. Señor don Alfonso Barcala y Trillo-Figueroa.

La materia para determinar la competencia laboral se encuentra referida a las cuestiones que afectan al propio ámbito del contrato de trabajo que vincula al trabajador y al empresario y a aquellos otros relacionados con los conflictos colectivos, la Seguridad Social y las Mutualidades. Tal circunstancia vinculante o condicionante no ocurre en el presente caso, en el que lo acontecido fue la producción de un resultado dañoso como consecuencia de un hecho realizado en los quehaceres laborales, lo cual excede de la específica órbita del contrato de trabajo, y permite entender que su conocimiento corresponde al orden civil por el carácter residual y extensivo del mismo.

INCONGRUENCIA DE LA SENTENCIA.—UNA SENTENCIA ABSOLUTORIA O DESESTIMATORIA DE LA DEMANDA NO PUEDE SER TACHADA DE INCONGRUENTE, SALVO QUE ALTERE LA «CAUSA PETENDI», O QUE SE BASE EN UNA EXCEPCION NO ALEGADA POR LAS PARTES Y NO APRECIABLE DE OFICIO. (SENTENCIA DE 13 DE ABRIL DE 1999.)

Ponente: Excmo. Señor don Francisco Morales Morales.

ERROR JUDICIAL.—DOCTRINA. (SENTENCIA DE 17 DE ABRIL DE 1999.)

Ponente: Excmo. Señor don Alfonso Barcala y Trillo-Figueroa.

La doctrina ya consolidada acerca del error judicial, de neta construcción jurisprudencial, se puede resumir en los siguientes términos:

a) Incluye equivocaciones manifiestas y palmarias en la fijación de los hechos o en la interpretación y aplicación de la ley.

b) No puede dar lugar a una tercera instancia, por lo que sólo cabe su apreciación cuando el Tribunal haya actuado abiertamente fuera de los cauces legales, partiendo de unos hechos distintos de aquellos que hubieran sido objeto de debate.

c) No puede basarse en la interpretación de las leyes que el Tribunal aplicó con criterio racional y lógico, dentro de las normas de hermenéutica jurídica, sin que pueda prejuzgarse si dicho criterio es el único aceptable o si existen otros también razonables.

d) Se reserva a supuestos de decisiones injustificables desde el punto de vista del derecho.

CUESTION DE COMPETENCIA.—NULIDAD DE LA CLAUSULA DE SUMISION POR ABUSIVA. LEY DE CONSUMIDORES Y USUARIOS. DIRECTIVA 93/13/CEE. (SENTENCIA DE 19 DE ABRIL DE 1999.)

Ponente: Excmo. Señor don José Almagro Nosete.

El Tribunal Supremo declara nula una cláusula de sumisión a fuero, conforme a la aplicación del artículo 10-3, 4 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la defensa de los consumidores y usuarios (antes de su modificación por la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación) habida cuenta de que esa cláusula perjudica de manera desproporcionada o no equitativa al consumidor, o comporta una posición de desequilibrio entre los derechos y las obligaciones de las partes en perjuicio de los consumidores y usuarios. Este criterio era el que se infería de la Directiva 93/13/CEE, que la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo entendía aplicable al no ser traspuesta por el Estado español en el plazo fijado en la misma, tanto en su efecto vertical como horizontal. Definitivamente esa Directiva ha sido acogida por nuestro Derecho mediante la Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación, pues la misma reforma el artículo 10, introduce un artículo 10.bis y dos Disposiciones Adicionales, y es en el apartado IV.27 de la Disposición Adicional primera donde se califica como abusiva: «La previsión

de pactos de sumisión expresa a Juez o Tribunal distinto del que corresponda al domicilio del consumidor, al lugar de cumplimiento de la obligación o aquél en que se encuentre el bien si fuera inmueble...» El criterio aplicado a este caso viene acogándose por nuestra jurisprudencia en reiteradas sentencias.

INDEFENSION.—CONSTITUYE INDEFENSION EL TENER POR NO COMPARECIDO AL APELANTE, CUANDO REALMENTE LO HIZO, PERO SE TRAMITO LA APELACION ENTENDIENDOLE COMO NO PERSONADO EN EL ROLLO CORRESPONDIENTE, SIN POSIBILIDAD POR TANTO DE CUMPLIMENTAR NINGUN TRAMITE EN ESA INSTANCIA. (SENTENCIA DE 21 DE ABRIL DE 1999.)

Ponente: Excmo. Señor don Antonio Gullón Ballesteros.

RECURSO DE REVISION.—ARTICULO 1.796-1.º Y 4.º LECiv. (SENTENCIA DE 26 DE ABRIL DE 1999.)

Ponente: Excmo. Señor don Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.

Los datos esenciales para que pueda surgir el supuesto recogido en el artículo 1.796-1.º LECiv son: *a)* Que los documentos, en cuestión, se hayan recobrado después de pronunciada la sentencia firme; *b)* Que los mismos hubieran sido detenidos por causa de fuerza mayor o por la parte en cuyo favor se hubiera dictado el fallo impugnado, y *c)* Que sean decisivos para la justa decisión de la litis; siendo la carga probatoria de los citados extremos o datos, obligada para la parte recurrente. STS de 15 de abril de 1996 y 3 de marzo de 1999.

Por su parte, el otro supuesto recogido en el artículo 1.793-4.º LECiv, exige una maquinación fraudulenta, constatación de que se ha llegado al fallo recurrido por medio de argucias, artificios, ardides, falacias, conducta o actuación maliciosa encaminada a impedir la defensa del adversario, de suerte que exista nexo causal suficiente entre el proceso malicioso y la resolución final.

En igual sentido, la sentencia de 28 de abril de 1999 del mismo ponente.

CUESTION DE COMPETENCIA.—PROCEDIMIENTO SOBRE PROTECCION DEL DERECHO AL HONOR, A LA INTIMIDAD Y A LA PROPIA IMAGEN. (SENTENCIA DE 27 DE ABRIL DE 1999.)

Ponente: Excmo. Señor don Pedro González Poveda.

La transgresión al derecho al honor está catalogada dentro de los llamados delito-civiles, y de ahí que, al determinar la competencia territorial se atienda al *forum delicti comissi*, por lo que, conforme al artículo 11 de la Ley de 26 de diciembre de 1978, las reclamaciones por vulneración o desconocimiento de los derechos fundamentales de la persona han de formularse ante los Juzgados de Primera Instancia de la localidad donde se haya producido el hecho.

E. C. C.

INFORMACION BIBLIOGRAFICA

LLEDÓ YAGÜE, FRANCISCO Y OTROS: *Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. Editorial Dykinson. Madrid, 2000. Un tomo de 828 págs.

Tras un laborioso proceso de elaboración, las Cortes han aprobado una nueva Ley de Enjuiciamiento Civil que viene a sustituir a la de 1881. Como es sabido, se encuentra en período de «rodaje» y no empezará a regir hasta enero de 2001. Los tiempos cambian y las nuevas circunstancias exigen la actualización de las normas que han de regirlas; hay que estar al día y es lógico que los legisladores nos proporcionen las leyes adecuadas a cada momento.

Difícil tarea ha sido, sin duda, la de elaborar esta nueva Ley; más en este caso en que se trataba de sustituir una ley clásica que ha superado el siglo de vigencia y que nos había proporcionado un casi perfecto *modus operandi* en los procesos civiles en España y que, al igual que otras leyes de su época, estaba redactada en un perfecto lenguaje, con un estilo literario de gran calidad. Es forzoso que ante la nueva ley surjan las comparaciones; habrá que ver si desde el punto de vista doctrinal, y sobre todo desde el aspecto práctico, se puede considerar que la nueva ley no desmerezca frente a la antigua.

Han sido varios los debates a que ha sido sometida la normativa naciente desde la perspectiva científica, en el ámbito de los Colegios de Abogados y algunas Universidades; en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación tuvo lugar un ciclo de conferencias para analizar el nuevo texto a la luz de la doctrina procesalista.

El libro que comentamos, aunque recoge también algún toque doctrinario, se fija más en el aspecto práctico de la nueva Ley. Ha sido dirigido por el Catedrático de la Universidad de Deusto FRANCISCO LLEDÓ YAGÜE y es obra de nada menos que sesenta autores comentaristas, si no he contado mal, todos ellos expertos juristas y prácticos en su materia, los cuales han procedido a realizar una encomiable labor de exégesis de cada uno de los preceptos y disposiciones que componen la ley en los distintos ámbitos profesionales donde desarrollan sus funciones. Así, junto a los Abogados en ejercicio, están los Profesores universitarios, Magistrados, Abogados del Estado, Notarios, Registradores de la Propiedad y Procuradores de los Tribunales; todos ellos aportan su preparación doctrinal y la experiencia de sus profesiones.

Como decimos, el libro tiene un faceta más bien eminentemente práctica, enfocando los preceptos legales para su mejor empleo en el campo litigioso. Recordamos el dicho de un viejo profesional que opinaba que para triunfar en un pleito, aparte de tener razón, hay que exponerla oportunamente ... y que el tribunal la quiera dar. Como esto se debe presuponer, lo principal será saberse mover por las densas aguas del proceso, manejando adecuadamente los resortes que proporciona la ley. Es muy deplorable no ganar un pleito por no haber empleado los medios procesales adecuados.

Y tal es la finalidad de estos comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil que nos aportan los autores del libro, dándonos a conocer su estructura y contenido.

Ya en la Exposición de Motivos de la nueva ley se alude como precepto fundamental al conocido artículo 24 de la Constitución que proclama, como es sabido, el derecho a una tutela judicial efectiva, y se expresa el deseo de que esta nueva normativa procesal sea precisamente la vía más adecuada para conseguir ese objetivo, lo que constituye un verdadero reto para quienes, jueces y partes, han de velar para que sea efectiva esa tutela judicial.

Dada la extraordinaria litigiosidad que se ha extendido en España en las épocas actuales, la introducción del libro resalta que la nueva regulación procesal responde a la idea de que para preservar la igualdad de los intervinientes en el proceso es preciso buscar una distribución equitativa de los derechos y obligaciones que componen la relación jurídica procesal. La nueva ley procura precisamente esta equitativa e igualitaria posición de jueces y partes para obtener un desarrollo pleno del derecho fundamental de conseguir la efectiva tutela judicial.

Nunca llueve a gusto de todos y han sido variadas y múltiples las críticas, como también las loas a la nueva regulación. El libro que comentamos no toma partido en este terreno puramente doctrinal y se limita, como se ha dicho, a presentar el comentario correspondiente a cada uno de los artículos que lleva a cabo cada uno los respectivos autores. Se comentan, uno a uno, los 827 artículos de la ley, así como sus importantes disposiciones adicionales, transitorias o finales.

En el libro I de la ley se destaca la importancia del principio de legalidad procesal en el cumplimiento de los sucesivos actos de los intervinientes en el litigio, poniendo énfasis en la autonomía de la pretensión procesal como desarrollo de la facultad de conseguir la tutela judicial efectiva que reconoce el repetido artículo 24 de la Constitución.

Los procesos declarativos se regulan en el libro II, tomando como tipo central el juicio ordinario para las cuestiones contenciosas a sustanciar en primera instancia, con una cuantía divisoria de 500.000 pesetas para diferenciar los juicios verbales de los ordinarios.

La ejecución de sentencias es el objeto del libro III donde se articulan mecanismos eficaces para conseguir el cumplimiento en los casos, frecuentes, de resistencia de los vencidos en juicio. También se articulan medidas cautelares para prevenir posibles acciones torticeras de los demandados proclives a burlar una futura sentencia adversa.

La principal característica del libro IV de la LEC, se nos dice, es la drástica supresión de la frondosa arboleda que se había desarrollado de modo anárquico en torno a la ley anterior. En la nueva ley sólo se admiten como procesos especiales los referentes a la capacidad, filiación y matrimonio, división de patrimonios y los procesos monitorio y cambiario.

Esta ha sido la causa de que se hayan traído a la LEC varios procesos que estaban incluidos en otras leyes, que en este punto se modifican y hasta se derogan.

Tal ocurría en el proyecto, en el cual se derogó de un plumazo el artículo 41 de la Ley Hipotecaria, con su expeditivo procedimiento especial que tenía todo el tinte de un juicio inicialmente ejecutivo. El Registrador de la Propiedad, FERNANDO CURIEL LORENTE se ha encargado de comentar en este

libro las modificaciones que ha sufrido la Ley Hipotecaria, empezando por este artículo 41.

Atendiendo a una enmienda presentada a las Cortes, no tuvo lugar la derogación inicialmente proyectada; el precepto permanece e incluso se mejora en cuanto se hace expresión, que antes no estaba, de que el artículo se basa en el principio de legitimación registral reconocido por el artículo 38 de la Ley Hipotecaria y exige la certificación del Registrador de que está vigente sin contradicción alguna el asiento correspondiente. Únicamente se suprimen sus siguientes párrafos de contenido puramente procesal, que han pasado a los artículos 250, 441 y 444 de la nueva LEC.

También se ha modificado el artículo 86 para aclarar algunas dudas sobre la duración de la anotación preventiva y de su prórroga. En el número 12 del artículo 107 se facilita la participación en subastas públicas al ejecutarse la hipoteca. La modificación del artículo 129 tiene el doble objeto de situar en la LEC el procedimiento judicial sumario de ejecución de la hipoteca, que pasa a los artículos 682 y 683 de la LEC; además se zanja la cuestión de la constitucionalidad del procedimiento extrajudicial que había sido puesta en duda por dos sentencias del Tribunal Supremo.

El antiguo texto del artículo 131 de la Ley Hipotecaria ha pasado ahora a los artículos 684 a 695 de la LEC. Y el nuevo texto del artículo 132 señala, sin duda alguna, la extensión de la calificación de los Registradores en este procedimiento. El contenido del antiguo artículo 134 LH se recoge ahora, con carácter general para todas las ejecuciones sobre inmuebles en el artículo 662 LEC. Y en el nuevo artículo 135 se impone al Registrador la comunicación al Juez de la existencia de ulteriores asientos que puedan afectar a la ejecución en trámite.

El período de *vacatio legis*, que termina en enero de 2001, debe ser aprovechado para estudiar con detenimiento los preceptos de la nueva ley y así poderlos aplicar debidamente a partir del momento oportuno. Este libro puede ayudar a los profesionales para obtener una información suficiente, de modo que se capten los principios del nuevo proceso y se consiga la deseada tutela judicial efectiva en los términos más ajustados a la ley.

MARÍA DEL CARMEN CORRAL GIJÓN

BLASCO GASCÓ, FRANCISCO DE PAULA: *La Hipoteca Inmobiliaria y el Crédito Hipotecario*. Editorial Tirant lo Blanc. Valencia, 2000. Un tomo de 558 págs.

La hipoteca ha entrado de lleno en el lenguaje coloquial por mor de haberse extendido ampliamente este medio de obtener créditos, sobre todo, para apuntalar el pago de los aplazados al comprar la vivienda. El arrendamiento apenas existe y todos buscan la adquisición del piso en propiedad; y como faltan los fondos necesarios, hay que buscarlos en las entidades crediticias, las cuales exigen, ¿cómo no?, una garantía real y ésta es la hipoteca.

Pero la generalidad de la gente no distingue y viene a considerar lo mismo crédito que hipoteca. Así, se dice coloquialmente: «estoy pagando la hipoteca» o «he pedido una hipoteca», cuando realmente se debía decir un crédito.

Así empieza su libro el autor, Profesor FRANCISCO DE PAULA BASCO GASCÓ, Catedrático de Derecho Civil de la Universidad U.A.B. quien, a seguido, nos aclara que en el lenguaje jurídico tiene la expresión hipoteca un significado

más preciso y técnico, pero que aún así admite dos sentidos: Por un lado, puede referirse al contrato constitutivo, y por otro es también hipoteca el derecho real, ya constituido, en su papel de garantía del cumplimiento de una obligación.

El contrato se regula en los artículos 1.857 a 1.862 del Código Civil, como normas comunes con la prenda, y en los artículos 1.874 a 1.880. El derecho real, por su parte, se regula ampliamente en los artículos 104 a 197 de la Ley Hipotecaria, complementada no sólo por los artículos correspondientes de su Reglamento, sino actualmente además por la Ley de Enjuiciamiento Civil que ha recogido en su articulado todo lo referente al procedimiento para la ejecución del derecho.

El libro contiene, a lo largo de doce capítulos, una exposición muy completa de la materia, basándose en sus normas reguladoras, con el correspondiente desenvolvimiento doctrinal y jurisprudencial. Junto a los comentarios del autor, se recogen las sentencias del Tribunal Supremo y, sobre todo, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, dictadas en aplicación de los supuestos concretos en los que ha surgido controversia. Así se completa una amplia visión de las diversas cuestiones que suscita la hipoteca.

El capítulo I recoge el concepto y la naturaleza de la hipoteca sobre inmuebles, donde prima el principio de especialidad que exige la concreción del derecho que se ha de inscribir. La hipoteca es un derecho accesorio y hay que determinar el contenido del crédito que se asegura. También se estudian los caracteres de este derecho real de realización de valor, accesorio, indivisible y que no implica posesión de los bienes, cuya inscripción es constitutiva. Termina el capítulo con una exposición de las distintas clases de hipoteca reguladas en nuestra legislación.

En el capítulo II se atiende a los sujetos que pueden concurrir a formar la relación jurídica hipotecaria. En principio lo son el acreedor y el deudor, pero cabe que además haya un hipotecante no deudor y también existe la figura del tercer poseedor de finca hipotecada por su adquisición a posteriori. Estos sujetos pueden ser individuales o plurales, tanto en la posición activa como en la pasiva, y su capacidad ha de ser precisamente la necesaria para enajenar, ya que la hipoteca supone la posibilidad de una transmisión futura de la finca gravada por vía de ejecución.

La constitución de la hipoteca se aborda en el capítulo III, tanto en su faceta normal de constitución bilateral de las voluntarias como en la constitución unilateral o por testamento. En el libro se detallan sus variedades, así como la promesa de hipoteca y el llamado pacto de contrahendo; se trata, por último, de la constitución de las hipotecas legales.

En el capítulo IV, bajo el título del objeto de la hipoteca, se estudian los derechos que pueden ser hipotecados y que son, como es sabido, los señalados en los artículos 1.874 del Código Civil y 106 de la Ley Hipotecaria, o sea, los bienes inmuebles susceptibles de inscripción y los derechos reales enajenables impuestos sobre los mismos bienes. A continuación se desarrollan los distintos supuestos que contempla el artículo 107 LH y que son el usufructo, la nuda propiedad, la segunda hipoteca, la subhipoteca, la superficie y demás derechos análogos, las concesiones, el retracto convencional, los bienes litigiosos, los sujetos a condición resolutoria y los pisos en régimen de propiedad horizontal. La nueva LEC ha incluido bajo el nuevo número 12, otro supuesto que es el derecho del rematante sobre los bienes subastados. Todos estos

casos son detalladamente estudiados e interpretados por las adecuadas Resoluciones que se resumen.

¿Cuál es la extensión objetiva de la hipoteca? En el capítulo V del libro se estudian y desarrollan los artículos 109 a 113 de la Ley Hipotecaria. En principio se extiende a la propia finca y sus accesiones naturales, excesos de cabida, mejoras e indemnizaciones. Convencionalmente y por pacto expreso se puede extender la hipoteca a los bienes sitos en la finca por destino del propietario, los frutos y las rentas vencidas o no satisfechas al tiempo de exigirse la obligación.

La responsabilidad hipotecaria se estudia en el capítulo VI. En principio, el artículo 105 de la Ley Hipotecaria determina que la hipoteca podrá constituirse en garantía de toda clase de obligaciones y no alterará el principio de la responsabilidad personal ilimitada del artículo 1.911 del Código Civil. El autor aborda el problema de la llamada hipoteca de responsabilidad limitada y repasa las distintas teorías sobre el artículo 140 de la Ley Hipotecaria, concluyendo que el hecho de asegurar con una garantía hipotecaria una determinada obligación no modifica la estructura de ésta ni puede entenderse que haya nacido un *tertium genus*. La distribución de la responsabilidad hipotecaria es necesaria cuando son varias las fincas hipotecadas en garantía de un solo crédito; la jurisprudencia registral es unánime en este punto, según puede verse en las varias Resoluciones que se reseñan. Sobre la división de la finca hipotecada o la agrupación de varias se estudian sus efectos, según los artículos 110 y 123 LH.

En el capítulo VII se estudia el alcance del derecho real de hipoteca respecto al crédito garantizado, empezando por la llamada hipoteca flotante, que ha sido rechazada por la Dirección General, por ser contraria al principio de especialidad. En cuanto a los intereses, también son abundantes las Resoluciones que interpretan el artículo 114 LH, sobre todo en materia de intereses variables, muy usadas por las entidades crediticias, no siempre dentro de los buenos límites. Lo mismo se puede decir de los intereses moratorios y del pacto de anatocismo. También se estudian en este capítulo la ampliación de la hipoteca y las cláusulas sobre costas, gastos e impuestos, tan frecuentes como poco admisibles.

En el capítulo VIII se estudian las diversas hipotecas especiales, entre ellas las que garantizan obligaciones futuras o sujetas a condición, las en garantía de cuentas corrientes de crédito, letras de cambio, títulos transmisibles o al portador y las que aseguran el pago de rentas u obligaciones periódicas.

El contenido del crédito hipotecario en sus posibles variedades se contempla en el capítulo IX, empezando por las facultades del acreedor para el caso de deterioro de la finca, mediante la acción de devastación y las consecuencias del vencimiento anticipado del crédito por existencia de procedimientos concursales. El crédito puede ser cedido por el acreedor y, de contrario, cabe que el deudor modifique o consiga una subrogación para obtener mejores condiciones. También se estudia en este capítulo la movilización de los créditos siguiendo las normas de la Ley del Mercado Hipotecario.

En el capítulo X se aborda la cuestión de la prioridad y el rango que tiene el crédito hipotecario y la posibilidad de permutar los puestos, posponiendo o pactando una reserva para hipotecas futuras, además se estudian las cuestiones que pueden presentarse en esta cuestión del rango cuando la hipoteca se extiende a los bienes considerados inmuebles por destino del propietario, si hay colisión con aquellos comprendidos en la Ley de Ventas a Plazos.

La ejecución de la hipoteca se estudia ampliamente en el capítulo XI, tanto por los varios procedimientos judiciales posibles como por el extrajudicial que ha sido resucitado por la nueva LEC.

Por último, el capítulo XII se dedica a exponer los medios y las consecuencias de la extinción de la hipoteca y su consiguiente cancelación.

Termina con un apéndice en el que se recogen Resoluciones y sentencias sobre las distintas materias que comprende este libro, que se caracteriza, como se ha dicho, por incluir, junto a una muy completa doctrina, un amplio resumen de fallos jurisprudenciales que sirven de utilísima guía para los profesionales y estudiosos.

JOSÉ MARÍA CORRAL GIJÓN

CHILLÓN PEÑALVER, SUSANA: *El contrato de vitalicio: Caracteres y contenido*. Tesis Doctoral. Editorial Edersa. Madrid, 2000. Un tomo de 408 págs.

Los sociólogos nos dicen que la época actual se caracteriza por el envejecimiento progresivo de la población. Los nuevos hábitos de vida, las mejoras en los tratamientos médicos y el indudable mejor nivel alcanzado, hacen que la vida se prolongue. Lo que esto tiene de positivo, tiene en su contra la necesidad de cuidar a quienes por su edad necesitan de más atenciones. Es cierto que existen instituciones y residencias para la tercera edad, pero son muchas las personas que prefieren seguir en su ambiente habitual y no siempre tienen la posibilidad de contar con el ambiente familiar que los acoja. Es entonces cuando se justifica la utilidad de esta figura del vitalicio que no es más que un contrato de *ut facias*, pues supone la cesión de unos bienes a cambio de recibir atención personal.

Este es el punto que nos descubre y estudia la autora del libro, SUSANA CHILLÓN PEÑALVER, que obtuvo con esta su tesis el grado de Doctora en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid, y bien merecidamente, pues supone un elaborado estudio de esta figura jurídica.

Siguiendo en la exposición los cauces clásicos, empieza la autora buscando el concepto y la naturaleza jurídica del vitalicio y tratando de diferenciarlo de otras figuras análogas, pero distintas. No es posible, para ello, acudir al Código Civil, que no lo contempla; los autores y la jurisprudencia dan una idea muy amplia como el pacto por el que una de las partes se obliga a prestar alimentos a otra a cambio de una contraprestación. Sólo hay, como Derecho positivo en España, el artículo 95 de la Ley de Derecho Civil de Galicia, de 24 de mayo de 1995, según el cual una o varias personas se obligan a prestar alimentos en la extensión, amplitud y términos que convengan a cambio de la cesión o entrega de bienes por el alimentista.

Recogiendo este dato legal y los aportados por la doctrina y la jurisprudencia, la autora construye su definición como aquella obligación que contrae el alimentista de transmitir el dominio de un bien o la facultad de uso y disfrute del mismo o cambio de ser alimentado y atendido o asistido en convivencia o sin ella, durante el tiempo que se pacte, generalmente la vida del alimentista y en la extensión que se acuerde.

En cuanto a la naturaleza jurídica del vitalicio, la autora defiende que no es una simple modalidad de la renta vitalicia, sino un contrato autónomo, tal

como lo reconoce la doctrina y la jurisprudencia en varios fallos que se citan y esa autonomía resulta de los caracteres que lo configuran.

En primer lugar, es un contrato atípico, en cuanto que no está regulado de modo especial en el Código y tan sólo cuenta como norma positiva la citada ley gallega; su parecido con la renta vitalicia queda difuminado por la finalidad predominantemente social del vitalicio. Otro carácter que lo determina es el de ser oneroso; hay una cesión, un precio, a cambio de la protección y asistencia; aunque sea posible una asistencia gratuita, se saldría de su configuración normal. Al ser consensual, este dato lo diferencia de la renta vitalicia, la cual exige la entrega del dominio de los bienes «desde luego» (art. 1.802). Por supuesto, se trata de un contrato bilateral y aleatorio, pues la cesión de bienes se verifica a cambio de una asistencia de plazo incierto, de cuya duración dependerá la ventaja o carga para cada una de las partes. Al ser la asistencia de modo permanente y continuada, el vitalicio es un contrato de tracto sucesivo y durante la vida del pensionista, por lo que parece implícito el *intuitu personae*, ya que se entrecruzan prestaciones que presuponen un conocimiento y confianza mutuos entre los contratantes.

En el libro se exponen estos caracteres que configuran al vitalicio de modo claro y que sirven para resaltar las diferencias, que se hacen a continuación, de las figuras afines. El contrato de renta vitalicia obliga a pagar unas sumas de dinero y en el vitalicio hay una asistencia personal; en la renta la prestación es fija y en el vitalicio es variable; en la renta la prestación es periódica y en fechas fijas, en el vitalicio la asistencia es continua; en la renta el artículo 1.802 exige una transmisión de dominio, lo que no se da siempre en el vitalicio y, por fin, en el vitalicio predomina siempre una consideración social. También hay diferencias entre el vitalicio que es voluntario y pactado y la obligación de alimentos entre parientes que es legal, de donde se deducen distintas obligaciones, que hacen que estas figuras no sean asimilables. Algo análogo ocurre con la donación con carga o modal o la donación remuneratoria, que la autora delimita con toda claridad.

Al no estar regulado en el Código Civil, ¿cuáles son las reglas aplicables al vitalicio? Los autores que han tratado el tema sólo están de acuerdo en que le serán de aplicación las reglas generales de la contratación, con el único límite del artículo 1.255 del Código. Pero esas disposiciones generales responden más a la estructura que al contenido del contrato y de ahí la tentación de acudir a las normas de las figuras afines para llenar las lagunas en cuanto a su contenido. Las soluciones, tanto doctrinales como jurisprudenciales son numerosas y no siempre acordes, y por ello la autora examina especialmente la dudosa posibilidad de aplicar algunos artículos del Código sobre la renta vitalicia o los alimentos entre parientes que difieren por su naturaleza y finalidad.

Tras presentarnos algunas consideraciones históricas y otras figuras análogas existentes en el Derecho Foral, el libro entra en los elementos del contrato. En los personales están el cedente o alimentista y el alimentante. Ambos pueden ser individuales o plurales y precisan la capacidad necesaria para llevar a cabo la perfección del contrato y la posibilidad de la cesión de bienes; trata del problema de la intangibilidad de la legítima cuando el cedente tiene herederos forzosos, si éstos dudan del carácter oneroso del contrato. Son problemas que se estudian con atención y al detalle.

En cuanto a los elementos reales se examinan tanto los bienes que pueden ser objeto de cesión como el otro elemento que es la asistencia, detallando los

contenidos posibles de esta prestación del alimentista en sus variedades. Se contempla el pacto de convivencia, bien sea como esencial o accesorio y las soluciones cuando falta el entendimiento entre las partes; se apunta a la conversión del vitalicio en renta vitalicia y la posibilidad de desistir del contrato.

Respecto a los elementos formales, en principio no se exigen requisitos especiales para la perfección del contrato, pero si hay cesión de bienes inmuebles deberá mediar escritura pública por mandato del artículo 1.280 del Código y más si se quiere inscribir la transmisión en el Registro de la Propiedad.

La última parte del libro se refiere al contenido del contrato, analizando las obligaciones del alimentista que es la cesión de bienes, con el saneamiento por evicción y vicios ocultos, y las obligaciones del alimentante que se concretan en la prestación de la asistencia con la extensión pactada, pudiendo garantizarse con condición resolutoria, hipoteca, prohibición de disponer o reservar de dominio.

Como está mandado, la nueva Doctora, a la que hay que felicitar por la obtención de su máximo grado universitario, como por la excelente tesis que la ha motivado, termina con unas acertadas conclusiones en las que concreta su muy documentada exposición de esta figura del vitalicio.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

FUNDACIÓN DE ESTUDIOS INMOBILIARIOS-UNIVERSIDAD DE NAVARRA: *Libro Blanco del Sector Inmobiliario*. Editado por el Centro de Publicaciones del Ministerio de Fomento. Madrid, 1999. Un tomo de 648 págs.

El «LIBRO BLANCO DEL SECTOR INMOBILIARIO» es el primer —y por ahora único— estudio serio y profundo realizado en España sobre el sector inmobiliario y libro de consulta —a nuestro juicio obligada— para conocer, en toda su amplitud, la realidad de un sector cuyo valor de producción, en el año 1999, fue de 8,39 billones de pesetas; aproximadamente el 9 por 100 del PIB nacional.

Es, sin duda, un importante trabajo de investigación, realizado por la FUNDACION DE ESTUDIOS INMOBILIARIOS con la colaboración del IESE y en el que han intervenido más de 200 personas: empresarios de las distintas actividades que inciden en el sector, miembros de las administraciones públicas, profesionales independientes, etc.

El Libro Blanco tiene un carácter eminentemente descriptivo, tratando de evitar la toma de posición ante cuestiones controvertidas o con determinada carga política, y en su redacción procura mantener un lenguaje no excesivamente técnico con el fin de facilitar su lectura.

El libro se estructura en cinco partes claramente diferenciadas, precedidas —cada una de ellas— de una breve introducción.

La **Parte I** (cap. 1 y 2) define y describe lo que el Libro Blanco entiende por Sector Inmobiliario, profundiza en las interrelaciones entre todos los agentes que intervienen en el mismo y ofrece datos cuantitativos sobre su importancia y peso específico en el conjunto de la economía española.

Las Partes II, III y IV, constituyen el núcleo fundamental, por lo que se refiere al negocio inmobiliario, propiamente dicho, y analizan el **Proceso de Producción** (caps. 3 al 7), los **PRODUCTOS Inmobiliarios** (caps. 8 al 10) y la **Inversión y Explotación de Bienes Inmuebles** (caps. 11 al 13).

Por su importancia y evidentes connotaciones sociales, dedica un capítulo específico al tema de la vivienda, y otro a los diferentes productos inmobiliarios vinculados al turismo: hoteles, apartamentos, aprovechamiento por turnos, etc.

Los capítulos 14 y 15, que integran la Parte V, versan sobre actividades complementarias llevadas a cabo por diversos agentes, que posibilitan la actividad inmobiliaria propiamente dicha: comercializaciones, seguros, intermediación, financiación, etc.

El Libro incluye también doce textos complementarios, de muy diversa naturaleza y de contenido mucho más técnico, que permiten profundizar en aspectos concretos de los temas planteados.

Por el contenido y planteamiento básico del Libro, no se abordan en él los problemas jurídicos de fondo, ni la necesidad de formalización en instrumento público de las diversas operaciones. Pero una simple lectura de los contenidos permite deducir que todas las actividades analizadas, desde la compra y preparación de suelo a la venta y post-venta de edificios, así como las relacionadas con los aspectos societarios requieren más pronto o más tarde la intervención del Registro.

JOSÉ MARÍA PÉREZ HERRERO

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONGE: *El Derecho de Superficie. Aspectos civiles y registrales*. 2.^a edición actualizada. Centro de Estudios Registrales del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Madrid, 2000. Un tomo de 486 págs.

Hace cuatro años que presentamos en estas mismas páginas la primera edición de esta obra, Tesis Doctoral de la autora, en loables términos, encomiando merecidamente el profundo estudio del derecho de superficie contenido en ella. El libro contemplaba una materia tan interesante y de actualidad que la edición se agotó en poco tiempo.

Pero no ha sido éste el único motivo que ha dado lugar a editarlo nuevamente, sino otro de mayor alcance. Como es sabido, el Tribunal Constitucional, con fecha 20 de marzo de 1997, dictó una sentencia, fallando demandas motivadas por el prurito competencial autonómico, mediante la cual puso patas arriba el texto refundido de la Ley del Suelo de 1992, dejándolo en los puros huesos. Para intentar el arreglo del estropicio se ha dictado una nueva y descafeinada Ley del Suelo, el 13 de abril de 1998, la cual deja libre la impetuosa riada de las numerosas normas autonómicas que han venido a regular, cada una a su modo, el tema del urbanismo, en el cual se incluye la figura del derecho de superficie que nos ocupa.

Estas modificaciones y nuevas normas dieron lugar, a su vez, a una adecuación del artículo 16 del Reglamento Hipotecario, en su reforma por Real Decreto de 4 de septiembre de 1998.

Y al llevarse a cabo esta nueva edición del libro se han recogido no sólo estas modificaciones normativas, sino también los estudios doctrinales publicados y la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de la Dirección General de los Registros y del Notariado que se ha producido desde aquella primera edición hasta febrero de 2000 en que ésta se ha entregado a la imprenta.

Entrando ya en el detalle de las modificaciones introducidas, diremos que el capítulo I permanece poco alterado, pues se dedica al estudio histórico y la evolución del derecho de superficie en el sistema español, contemplando también la comparación con los sistemas vecinos.

Los capítulos II y III resultan más afectados, pues como consecuencia de la citada sentencia del Tribunal Constitucional se han producido las aludidas normas autonómicas, cuyos detalles ha sido preciso reseñar. La verdad es que, a pesar de la variedad, en general siguen manteniendo una configuración bastante similar del derecho de superficie. No podría ser de otra manera, pues en esencia siempre se tratará de una concesión de un derecho real para construir en suelo ajeno y únicamente pueden variar los detalles sobre los sujetos, objeto y finalidad, pero conservando la regulación básica.

El artículo 287 de la Ley del Suelo de 1992 ha salvado sus apartados 2.º y 3.º, por lo que siguen vigentes la posibilidad de constitución del derecho por los particulares y su transmisibilidad.

En el artículo 288 se anuló su apartado 1.º, relativo al procedimiento de constitución de la superficie, y las Comunidades Autónomas han procedido a su regulación, aunque tomando como referencia el propio precepto anulado.

En el capítulo IV la autora se hace eco de todas las modificaciones introducidas por el nuevo texto del artículo 16 del Reglamento Hipotecario, analizando sus puntos más interesantes al estudiar los aspectos registrales del derecho de superficie.

Así, en cuanto al plazo de duración, la reforma era necesaria. Ahora se fija como límite el de setenta y cinco años para el derecho concedido por las entidades públicas, y el de noventa y nueve años en el convenido entre particulares, aunque con posibilidad de prórroga. La autora se plantea la duda de si tras la derogación del párrafo 1.º del artículo 287 de la Ley de 1992, las Comunidades Autónomas podrán fijar plazos distintos, cosa que hasta ahora no han hecho, pero considera que esta norma reglamentaria se basa en la competencia estatal que en materia de Registro concede el artículo 149 de la Constitución, teniendo en cuenta además que la inscripción del derecho de superficie es constitutiva.

También comenta favorablemente que en el nuevo texto se señale para el caso de reversión parcial, que haya de fijarse en el pacto la parte o cuota de la edificación que haya de conservar el superficiario y las normas de comunidad por las que habrá de regirse el inmueble una vez extinguido el derecho de superficie.

Otra de las modificaciones de dicho artículo 16, que la autora recoge y comenta, son las consecuencias del incumplimiento del plazo para edificar, permaneciendo éste fijado en los cinco años. La novedad más importante que se introduce se centra en que el transcurso del plazo no impedirá la inscripción de la declaración de obra nueva siempre que el régimen del derecho de superficie esté aún vigente e inscrito. La razón de la modificación hay que ponerla en conexión con el Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, aprobando las normas para inscribir actos de naturaleza urbanística, donde se regula la inscripción de la obra nueva en el modo conocido.

Por último, otra novedad de este artículo 16 del Reglamento Hipotecario es la constancia de las garantías de trascendencia real con que se asegure el cumplimiento de los pactos del contrato. La autora nos indica que con ello se resalta la importancia de tales pactos, ampliándose su contenido, pues no sólo comprenden los relativos a la edificación, sino a todos los que, en general,

sean consecuencia del contrato y se extienden a todos los derechos y obligaciones que surjan entre ambas propiedades separadas.

En el capítulo V del libro se recogen las modificaciones resultantes de la nueva normativa en lo referente a diversas cuestiones particulares de la concesión del derecho de superficie, poniendo al día lo que se refiere a la duración de este derecho y la reversión en los términos antes apuntados y se estudia igualmente la cuestión de su onerosidad o gratuidad y las facultades dispositivas del superficiario.

Pero la novedad más saliente es que se le añade el estudio de la figura que la autora llama contrato de «lease-back», acogiéndose a la terminología anglosajona que nos está invadiendo irremisiblemente. Según se expone en el libro, este contrato es una variedad del «leasing» inmobiliario y es aquél por el cual el propietario de un bien inmueble lo vende a otra persona, la cual se lo cede en arrendamiento al vendedor, concediéndole además el derecho de opción de compra a ejercitar transcurrido determinado período de tiempo.

Nos dice la autora que la forma más usual es la compra por la sociedad arrendadora o de «leasing» de un solar al cliente con vistas a realizar una construcción posterior, con arrendamiento financiero del edificio al vendedor, aunque también es posible, desde el punto de vista teórico, su concreción en otras modalidades.

El estudio de esta figura arranca examinando la situación en que se puede encontrar el bien inmueble que va a ser objeto del contrato, sea en solo proyecto, en construcción o ya construido. Contempla también la autora los problemas más frecuentes que puede plantear la utilización de esta operación, tales como su duración y el plazo para realizar la edificación y el plazo para ejercitar la opción de compra y reversión de la propiedad superficiaria, lo referente a la onerosidad de la operación, su transmisibilidad y la inscripción en el Registro de la Propiedad de las diversas fases. El estudio termina analizando los efectos de este contrato de «lease-back», con el entramado de derechos y obligaciones entre las partes, según esté el edificio por construir o ya construido.

En resumen, si en la recensión inicial ya decíamos que este libro contenía un extenso estudio de este fenómeno atípico de la construcción sobre suelo ajeno, trasluciendo con ello la gran preparación y el trabajo de la autora, ahora que ha actualizado y ampliado la obra, habremos de confirmar el juicio en sentido positivo, en cuanto ha recogido de modo exhaustivo la nueva normativa relativa a los aspectos civiles y registrales de la figura en cuestión.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

REVISTA DE REVISTAS

REVISTA GENERAL DE DERECHO

Número 673-674 (Octubre-Noviembre 2000)

«La contrarreforma en materia de extranjería», por RAFAEL MANZANA LAGUARDA, pág. 12695.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. CONSIDERACIONES PREVIAS.—III. ESTATUTO MATERIAL DEL EXTRANJERO.—IV. ESTATUTO ADMINISTRATIVO DEL EXTRANJERO.—CONCLUSIONES.

«Procedimientos abreviados, simplificados y acelerados, más facultades inquisitivas y adaptación a las nuevas competencias procedentes del tratado de la Unión Europea», por JUAN LUIS CERVERA GARCÍA, pág. 12717 (sin sumario).

«El régimen de los actos de comunicación en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», por JOSÉ CARLOS MANRIQUE CABRERO, pág. 12743.

SUMARIO: 1. INTRODUCCION.—2. CLASES DE ACTOS DE COMUNICACION.—3. NOTIFICACIONES: 3.1. DESTINATARIOS. 3.2. PLAZO.—4. FUNCIONARIOS COMPETENTES PARA LA PRACTICA DE LOS ACTOS DE COMUNICACION.—5. FORMA DE LOS ACTOS DE COMUNICACION: 5.1. COMUNICACIÓN MEDIANTE PROCURADOR. 5.2. COMUNICACIÓN POR CORREO. 5.3. COMUNICACIÓN MEDIANTE ENTREGA. 5.4. COMUNICACIÓN POR MEDIOS ELECTRÓNICOS E INFORMÁTICOS.—6. CONCLUSIONES.—7. BIBLIOGRAFIA.

«El derecho fundamental a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa en el proceso civil. Jurisprudencia constitucional (1997-2000)», por CARLOS ROMERO REY, pág. 12811.

SUMARIO: 1. INTRODUCCION: AMBITO DE APLICACION Y CONTENIDO DE TAL DERECHO FUNDAMENTAL EN EL PROCESO CIVIL.—2. SU CONSIDERACION COMO UN DERECHO DE CONFIGURACION LEGAL.—3. EXCLUSION DEL DERECHO A UNA ACTIVIDAD PROBATORIA ILMITADA.—4. LA EXIGENCIA DE INDEFENSION MATERIAL.

«La admisión a trámite de la solicitud de suspensión de pagos y sus efectos procesales», por IGNACIO SANCHO GARGALLO y RICARDO CONDE Díez, pág. 13311.

SUMARIO: I. SUSPENSION DE PAGOS: CONFIGURACION LEGAL Y PRESUPUESTOS.—II. EL EXAMEN JUDICIAL DE LA SOLICITUD Y LA PROVIDENCIA DE ADMISION A TRAMITE DE LA SUSPENSION DE PAGOS.—III. EFECTOS PROCESALES DE LA PROVIDENCIA DE ADMISION A TRAMITE.

«El modelo estadounidense de tratamiento de los préstamos de socios: La doctrina de la *equitable subordination*», por RAFAEL GUASCH MARTORELL, pág. 13349.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. LA SECCION 510 © DEL «BANKRUPTCY CODE».—III. LA DIFICULTAD DE CONFIGURACION DE LA DOCTRINA DE LA «EQUITABLE SUBORDINATION». LOS CASOS «TAYLOR-PEPPER-COMSTOCK».—IV. LA «INEQUITABLE CONDUCT» DEL SOCIO ACREEDOR.—V. LA INFRACAPITALIZACION DE LA SOCIEDAD DEUDORA.—VI. EL EXCESO DE CONTROL EN LA ACTUACION DEL «NON-INSIDER»: 1. LA CATEGORIZACIÓN «INSIDER» VERSUS «NON INSIDER». 2. LOS CASOS «AMERICAN LUMBER CO.» Y «CLARK PIPE & SUPPLY CO.»—VII. ACIERTOS Y DESACIERTOS DEL MODELO ESTADOUNIDENSE DESDE LA PERSPECTIVA EUROPEA.—VIII. BREVES CONSIDERACIONES EN TORNO A LA FUTURA REGULACION EN EL DERECHO ESPAÑOL.

«Notas sobre los principios del Derecho concursal en atención a una futura reforma legal», por RICARDO YÁÑEZ VELASCO, pág. 13369.

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES PREVIAS.—II. EL DERECHO CONCURSAL: LA NORMATIVA DEL LABERINTO.—III. LA FUERZA DE ATRACCION CONCURSAL.—IV. REFLEXION FINAL.

REVISTA JURIDICA DEL NOTARIADO

Número 33 (Enero-Marzo 2000)

«La economía de mercado y la función notarial como garantía de la seguridad jurídica», por MANUEL FRAGA IRIBARNE, pág. 11 (sin sumario).

«La firma electrónica: Directiva 1999/93/CE, de 13 de diciembre de 1999, y Real Decreto-ley 14/1999, de 17 de septiembre», por FRANCISCO JAVIER GARCÍA MÁZ, pág. 23.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. ANALISIS DE LA DIRECTIVA POR LA QUE SE ESTABLECE UN MARCO COMUNITARIO PARA LA FIRMA ELECTRONICA.—III. INFORME GENERAL EN RELACION CON EL DOCUMENTO Y EL COMERCIO ELECTRONICOS.—IV. ALGUNOS COMENTARIOS SOBRE LAS LEYES ALEMANA E ITALIANA SOBRE FIRMA ELECTRONICA: 1. LEGISLACIÓN ALEMANA. 2. LEGISLACIÓN ITALIANA.—V. LA NORMA ESPAÑOLA: EXEGESIS DEL REAL DECRETO-LEY 14/1999, DE 17 DE SEPTIEMBRE, SOBRE FIRMA ELECTRONICA: 1. INTRODUCCIÓN. 2. AMBITO DE APLICACIÓN. 3. DEFINICIONES. 4. EFECTOS JURÍDICOS DE LA FIRMA

ELECTRÓNICA. 5. LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE CERTIFICACIÓN. 6. CUESTIONES DE NATURALEZA TÉCNICA. 7. RÉGIMEN DE INFRACCIONES Y SANCIONES. 8. OTRAS CUESTIONES.

«Los complejos inmobiliarios privados», por RAFAEL GÓMEZ-FERRER SAPIÑA, pág. 75.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. LAS PROPIEDADES PRIVATIVAS O UNIDADES INMOBILIARIAS BASICAS. REQUISITOS: 1. PLURALIDAD DE EDIFICACIONES O PARCELAS. 2. INDEPENDENCIA. 3. EL DESTINO DE LAS EDIFICACIONES Y PARCELAS. 4. SUSCEPTIBILIDAD DE APROVECHAMIENTO INDEPENDIENTE. 5. PLURALIDAD SUBJETIVA.—III. LOS ELEMENTOS COMUNES Y LAS UNIDADES INMOBILIARIAS BASICAS PROCOMUNALES.—IV. CONFIGURACION DE LOS COMPLEJOS INMOBILIARIOS Y NORMAS DE APLICACION: 1. UNA SOLA COMUNIDAD DE PROPIETARIOS. 2. UNA AGRUPACIÓN DE COMUNIDADES DE PROPIETARIOS: 2.1. *Constitución de la agrupación de comunidades de propietarios por determinación del propietario único del complejo.* 2.2. *Constitución de la agrupación de comunidades por acuerdo mayoritario de las juntas de propietarios de las comunidades llamadas a integrarse.* 3. COMPLEJO INMOBILIARIO PRIVADO QUE NO ADOPTA NINGUNA DE LAS FORMAS JURÍDICAS ESTABLECIDAS EN EL ARTÍCULO 24.2. DE LA LPH.—V. EL COMPLEJO INMOBILIARIO PRIVADO CONSTITUIDO COMO UNA SOLA COMUNIDAD DE PROPIETARIOS: 1. TÍTULO CONSTITUTIVO. 2. LA INSCRIPCIÓN DEL TÍTULO CONSTITUTIVO EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD. 3. EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL COMPLEJO INMOBILIARIO.—VI. LOS COMPLEJOS INMOBILIARIOS PRIVADOS CONSTITUIDOS COMO AGRUPACION DE COMUNIDADES DE PROPIETARIOS: 1. EL TÍTULO CONSTITUTIVO DE LA AGRUPACIÓN DE COMUNIDADES DE PROPIETARIOS. 2. LA INSCRIPCIÓN DEL TÍTULO CONSTITUTIVO EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD. 3. LAS ESPECIALIDADES DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS AGRUPACIONES DE COMUNIDADES: 3.1. *Los órganos de gobierno de las agrupaciones de comunidades.* 3.2. *El fondo de reserva.* 3.3. *La obligación de contribuir al sostenimiento de los gastos generales de la comunidad agrupada: las deudas de las comunidades agrupadas con la agrupación de comunidades.* 3.4. *Las deudas de la agrupación de comunidades.*—VII. LA EXTINCION DE LOS COMPLEJOS INMOBILIARIOS URBANOS.—VIII. BIBLIOGRAFIA.

«Sobre el título inscrito», por JOSÉ ANGEL MARTÍNEZ SÁNCHEZ, pág. 137 (sin sumario).

«El documento y la práctica documental», por ANTONIO RODRÍGUEZ ADRADOS, pág. 181 (sin sumario).

«Seguridad jurídica estática y seguridad jurídica dinámica», por JUAN BMS. VALLET DE GOYTISOLO, pág. 207 (sin sumario).

Número 34 (Abril-Junio 2000)

«La autoprotección del discapacitado. Disposiciones en previsión de la propia incapacidad», por MIGUEL ANGEL CAMPO GÜERRI, pág. 9.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. DISPOSICIONES MORTIS CAUSA:

A) INSTITUCIÓN DE HEREDERO EN FAVOR DE QUIEN CUIDE AL TESTADOR EN LOS ÚLTIMOS AÑOS DE SU VIDA. B) LA DELEGACIÓN DE LA FACULTAD DE DISTRIBUIR Y MEJORAR DEL ARTÍCULO 831 DEL CÓDIGO CIVIL: a) *Que el cónyuge delegado sea cónyuge al tiempo de morir el testador*; b) *Que el cónyuge delegado conserve la viudez, esto es, que no contraiga segundas nupcias*; c) *Que existan hijos comunes, quienes además habrán de ser los beneficiados por el ejercicio de la facultad delegada*.—III. DISPOSICIONES INTER VIVOS: A) LA RENTA VITALICIA. B) EL CONTRATO DE VITALICIO. C) EL CONTRATO DE SOCIEDAD. D) LA DONACIÓN.—IV. EL PODER DE AUTOPROTECCION.—V. LA AUTOTUTELA: A) INTRODUCCIÓN. B) ADMISIBILIDAD DE LA FIGURA. C) ELEMENTOS DE LA AUTOTUTELA: 1. *La capacidad del tutelado*. 2. *Elemento formal*. 3. *Contenido de la disposición*. D) EFICACIA DE LA DISPOSICIÓN.

«Aspectos jurídicos y fiscales del divorcio amistoso», por PEDRO CARRIÓN GARCÍA DE PARADA, pág. 31.

SUMARIO: I. ESTUDIO DE DERECHO COMPARADO EN MATERIA DE DIVORCIO (ESPECIALMENTE DE DIVORCIO AMISTOSO): 1. INTRODUCCIÓN.

2. ESTUDIO CON CONCLUSIONES: 1.º *Todas las legislaciones admiten el divorcio*. 2.º *El divorcio simplemente por consentimiento mutuo no es admitido*. 3.º *Se exige la intervención de una autoridad que declare el divorcio*. 4.º *Normalmente es una autoridad judicial, excepcionalmente una administrativa*. 5.º *¿A qué se extiende el control?* 6.º *¿Cómo se practica el control? Procedimiento (respuesta de cada país por orden alfabético)*. 7.º *¿Cuál es el protagonismo de los propios cónyuges? (respuesta de cada país)*. 8.º 1'. *Respuestas de cada país a las dos cuestiones siguientes: A) Derecho Internacional Privado: ley aplicable. B) Tratamiento fiscal del divorcio. 2'. Convención sobre la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial (acta del Consejo de 28 de mayo de 1998). 3'. Conclusiones en materia fiscal: impuestos directos e indirectos.*—

II. PROPUESTA DE TRABAJO: ESTUDIO DE *LEGE FERENDA*: 1. INTRODUCCIÓN. 2. «DESJUDICIALIZACIÓN» DEL DIVORCIO AMISTOSO: 1'. *Fortalecimiento de la autonomía de la voluntad de los cónyuges*: A) Razones. B) *¿Cuál es la voluntad protegida?: a) La voluntad de divorciarse, siempre que sea: verdadera, seria, meditada; libre; consciente, exteriorizada; b) La voluntad y los acuerdos sobre las consecuencias del divorcio*. C) Una vía posible para facilitar su formación: los institutos de mediación. D) *¿Puede ser absoluta la autonomía de la voluntad?* E) Contenido: 2'. Mantenimiento de controles: A) *¿Está justificado?* B) Nivel de control. C) «Desjudicialización» del control que sirva para facilitar la formación de la voluntad común. 3'. Intervención del notario: A) Razón. B) Tipo de control. 3. CONCLUSIONES.

COMENTARIO: El artículo objeto de comentario muestra un estudio muy interesante sobre la realidad actual de todos los problemas existentes en relación con los sistemas de la unión europea que regulan el divorcio a fin de establecer una figura o modelo general que verse sobre el *divorcio amistoso*, siempre que estén de acuerdo ambas partes no sólo en su existencia sino también de sus consecuencias que de él se derivan.

Con carácter previo, el autor establece cuál es la *situación actual* en los países del entorno europeo, concretando que aunque en todos se admite el divorcio, no se admite el divorcio por mutuo disenso, es decir, el acordado por la sola voluntad de los cónyuges, pues en todas las legislaciones se exige la intervención de una tercera persona que en la mayoría de los casos se corresponde con la autoridad judicial, salvo las excepciones de Portugal y Dinamarca, donde la importancia de la figura reside en una autoridad administrativa. La importancia de esta tercera persona es consecuencia de la necesidad de control de los divorcios en cuestiones como la capacidad de los cónyuges, la libre voluntad y exteriorización de la misma, la concurrencia de las causas legalmente previstas, la existencia de pactos con un contenido mínimo legalmente previsto, la legalidad de los acuerdos adoptados, el cumplimiento de las formalidades legalmente previstas. Todo ello sin olvidar los principios fundamentales de la autonomía de la voluntad de los cónyuges y de protección a la familia.

Asimismo estudia tanto en el caso español como en los sistemas europeos, la incidencia de todos los aspectos fiscales que acompañan al divorcio, tales como el IRPF, el impuesto de la renta de los no residentes, el impuesto sobre transmisiones patrimoniales, el impuesto sobre el patrimonio...

Pero el verdadero e interesante trabajo se centra en el examen sobre la posibilidad de modificar el actual tratamiento jurídico para desjudicializarlo.

El autor llega a diferentes conclusiones, muy acertadas, entre las cuales se encuentran la necesidad de *reforzar el protagonismo de los cónyuges en materia de divorcio*, dando especial relevancia a los acuerdos que entre ellos se alcanzan.

Señala también, *la introducción de instrumentos que permitan a los cónyuges asegurarse de que quieren divorciarse*. Entre los que se encuentran centros oficiales de mediación y de conciliación, donde se encuentran los profesionales que les ayudarán a alcanzar un clima de paz a favor de todos los afectados.

Introduce la *importancia del Notario como figura mediadora y pieza clave en el proceso de divorcio*. Sus competencias se centrarán en:

- * Ayudar a los cónyuges en la formación de su voluntad de divorciarse o separarse y de alcanzar acuerdos sobre sus consecuencias.

- * Resolver directamente, de forma rápida y sencilla, toda la cuestión procedimental. Así los acuerdos se plasmarán en escritura pública, título directamente inscribible en los registros públicos (civil y de la propiedad), dotado de fuerza ejecutiva, legitimador de derechos y probatorio. El contenido de los acuerdos podría someterse al control de una autoridad nacional, para que en breve plazo se tomaran las medidas oportunas a fin de preservar los intereses de los perjudicados.

- * Colaborar con los centros oficiales de mediación y de conciliación.

No se olvida el autor de afirmar la *posible revisión de los convenios de divorcio por la vía judicial, o si persistiese el acuerdo común, por la vía extrajudicial*. No obstante, *el convenio adoptado extrajudicialmente podría ser hecho efectivo por la vía judicial de no cumplirse voluntariamente*.

«Documento público», por RICARDO EGEA IBÁÑEZ, pág. 99.

SUMARIO: DOCUMENTO PUBLICO Y DOCUMENTO PRIVADO: CODIGO CIVIL.—INSTRUMENTO PUBLICO: LN Y R. NOTARIAL.—DOCUMENTO

AUTENTICO: R. HIPOTECARIO.—DOCUMENTO OFICIAL: LEC Y C. PENAL.—DOCUMENTO PUBLICO CON FUERZA EJECUTIVA: CONVENIO DE BRUSELAS Y DE LUGANO.—BIBLIOGRAFIA.—NOTA ADICIONAL.

«El desarrollo de la función notarial en el ámbito del comercio electrónico: explicaciones, reflexiones y comentarios», por FERNANDO GOMÁ LANZÓN, pág. 111.

SUMARIO: PREAMBULO.—PRIMERA PARTE. COMERCIO ELECTRONICO: PROBLEMAS Y SOLUCIONES: 1. GÉNESIS. 2. RIESGO Y VENTURA. 3. DE LOS PROBLEMAS Y LAS NECESIDADES. 4. OCULTACIÓN DEL MENSAJE: LA CRIPTOGRAFÍA: A) *Criptografía simétrica o de clave privada*. B) *Criptografía asimétrica o de clave pública*. C) *La doble cara de la criptografía*. 5. EL FUNCIONAMIENTO DE LA FIRMA ELECTRÓNICA. 6. LOS PRESTADORES DE SERVICIOS DE CERTIFICACIÓN.—SEGUNDA PARTE. COMERCIO ELECTRONICO Y NOTARIADO: I. PERSPECTIVA GENERAL: 1. TAN CERCA, TAN LEJOS. 2. LOS PRINCIPIOS. SISTEMAS JURÍDICOS LATINO Y ANGLOSAJÓN. 3. LA IMPORTANCIA DE LLAMARSE NOTARIO. 4. ALGUNAS BASES DE ACTUACIÓN: A) *Vigencia de la profesión*. B) *Reciclaje y ampliación de conocimientos*. C) *Sentido y credibilidad*. D) *Participación activa*. E) *Notario, marca registrada*.—II. FUNCIONES CONCRETAS DEL NOTARIO EN LA TRANSACCION ELECTRONICA: 1. FUNCIONES COMO NOTARIO: A) *El acta de depósito, el «escrow» y el depósito de claves privadas*. B) *El acta de visualización de la pantalla de un ordenador*. C) *Autoridad de registro*. D) *Legitimación de firmas digitales*. E) *Sellado digital*. F) *La escritura pública electrónica*. 2. FUNCIONES POR SER NOTARIO Y PARA ACTUAR COMO NOTARIO EFICIENTE: A) *Prestador de servicios de certificación*. B) *Ventanilla electrónica*. C) *Tercero de confianza*. 3. UNA PROPUESTA: LA ESCRITURA PÚBLICA DE RECONOCIMIENTO DE FIRMAS DIGITALES.—III. EL LLAMADO CIBERNOTARIO EN ESTADOS UNIDOS.—COLOFON.—BIBLIOGRAFIA.

«Derechos de aprovechamiento por turno (Ley 42/1998, de 15 de diciembre)», por EDUARDO MARTÍNEZ-PIÑEIRO CARAMÉS, pág. 163 (sin sumario).

«Un estudio sobre el juicio notarial de capacidad», por SALVADOR TORRES ESCÁMEZ, pág. 205.

SUMARIO: I. LA NOCION DE CAPACIDAD COMO CUESTION PREVIA.—II. EL JUICIO NOTARIAL DE CAPACIDAD. CONCEPTO E HISTORIA.—III. IMPORTANCIA DE ESTE ASPECTO DE LA FUNCION NOTARIAL.—IV. NATURALEZA.—V. ALCANCE Y CONTENIDO DEL JUICIO NOTARIAL DE CAPACIDAD.—VI. VALOR: a) COMO MEDIO DE PRUEBA; b) COMO INSTRUMENTO DEL CONTROL DE LEGALIDAD; c) COMO REQUISITO FORMAL O SOLEMNE.—VII. CONFLICTO ENTRE EL JUICIO NOTARIAL Y LA CAPACIDAD JUDICIALMENTE DETERMINADA. Examen especial del testamento en intervalo lúcido.—VIII. RESPONSABILIDAD. JURISPRUDENCIA CITADA. BIBLIOGRAFIA UTILIZADA Y CITADA.

«Informe-dictamen que emite el letrado de este ilustre Colegio de Madrid, Juan Vallet de Goytisolo, a solicitud del abogado don X. Y. Z.», por JUAN BMS. VALLET DE GOYTISOLO, pág. 249 (sin sumario).

«Las certificaciones de dominio de la Iglesia católica. Análisis del artículo 206 de la Ley Hipotecaria», por MIGUEL RODRÍGUEZ BLANCO, pág. 265.

SUMARIO: I. CERTIFICACIONES DE DOMINIO E IGLESIA CATOLICA.—II. SU CONSTITUCIONALIDAD: 1. LA INTERPRETACIÓN EN CLAVE CONSTITUCIONAL. 2. LA APLICACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN A LAS CERTIFICACIONES DE DOMINIO.—III. SU VIGENCIA Y APLICABILIDAD: 1. FINCAS NO INSCRITAS. 2. FINCAS INSCRITAS.—IV. CONCLUSION.

REVISTA DE DERECHO URBANISTICO

Número 180 (Septiembre-Octubre 2000)

«El urbanismo en la Carta municipal de Barcelona», por ANTONIO CARCELLER FERNÁNDEZ, pág. 11.

SUMARIO: I. INTRODUCCION: 1. CONSIDERACIÓN PREVIA. 2. ANTECEDENTES. 3. RÉGIMEN ESPECIAL.—II. COMPETENCIA URBANISTICA: 1. ATRIBUCIÓN. 2. ORGANIZACIÓN MUNICIPAL: A) *Organos de gobierno*. B) *Atribuciones del Consejo municipal*. C) *Atribuciones de la Comisión de Gobierno*. D) *Atribuciones del Alcalde*. 3. SUBCOMISIÓN DE URBANISMO. 4. INSTRUMENTOS DE ORDENACIÓN: A) *Plan general*. B) *Planes especiales*. 5. PROCEDIMIENTO: A) *Normas de carácter general*. B) *Aprobación de los planes parciales y especiales y de los estudios de detalle*. C) *Aprobación de los proyectos de urbanización y de otros tipos de proyectos*. 6. OTRAS MATERIAS URBANÍSTICAS. 7. VIVIENDA.—III. CONCLUSION.

«Refundición y técnica legislativa, apunte crítico sobre el Texto Refundido de Cataluña en materia urbanística», por JUAN PEMÁN GAVÍN, pág. 35.

SUMARIO: I. INTRODUCCION. LAS PECULIARIDADES DE LA REFUNDICION LLEVADA A CABO POR EL DECRETO LEGISLATIVO 1/1990, DE 12 DE JULIO.—II. SOBRE LOS ERRORES Y DEFICIENCIAS OBSERVABLES EN EL TEXTO REFUNDIDO CATALAN SOBRE URBANISMO: 1. PRELIMINAR. 2. ERRORES EN LA REDACCIÓN DE ALGUNOS PRECEPTOS. 3. DEFICIENCIAS EN LA ESTRUCTURACIÓN SISTEMÁTICA DE LA REFUNDICIÓN. 4. PROBLEMAS DE ORDEN SUSTANTIVO QUE PLANTEA LA REFUNDICIÓN. EN PARTICULAR, EL TRATAMIENTO DE LAS CUESTIONES VINCULADAS A LA AUTONOMÍA LOCAL: A) *Falta de adaptación actualizadora de algunos preceptos de la LS de 1976*. B) *Posible contradicción con las normas objeto de refundición*. C) *Falta de clarificación de algunas cuestiones: sobre las competencias urbanísticas de las Diputaciones Provinciales*. 5. ERRORES Y DEFICIENCIAS REFERIDOS ESPECÍFICAMENTE A LA VERSIÓN CASTELLANA DEL TEXTO REFUNDIDO.—III. REFLEXION FINAL.

«Las infracciones y sanciones urbanísticas en la Ley Urbanística 2/1998, de Ordenación del Territorio y la Actividad Urbanística en Castilla-La Mancha», por JOSÉ MARÍA A. MAGÁN PERALES, pág. 83.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. LAS INFRACCIONES URBANISTICAS: 1. INFRACCIONES MUY GRAVES (ART. 183). 2. INFRACCIONES GRAVES (ART. 183.2).

3. INFRACCIONES LEVES. 4. INFRACCIÓN POR PARTE DE LA ADMINISTRACIÓN (ART. 183.4).—III. LAS SANCIONES URBANÍSTICAS: 1. CLASES DE SANCIONES. 2. PERSONAS RESPONSABLES DE LA INFRACCIÓN. 3. PLAZOS DE PRESCRIPCIÓN. 4. NORMAS SOBRE DETERMINACIÓN DE LA SANCIÓN: A) *Circunstancias agravantes*. B) *Circunstancias atenuantes*. C) *Circunstancias mixtas*. D) *Cuantificación de la sanción*.—IV. LAS INFRACCIONES Y SANCIONES ESPECÍFICAS EN MATERIA DE GESTIÓN, PARCELACIÓN, EDIFICACIÓN Y MEDIO AMBIENTE: 1. INFRACCIONES EN MATERIA DE GESTIÓN. 2. INFRACCIONES EN MATERIA DE PARCELACIÓN Y EQUIDISTRIBUCIÓN. 3. INFRACCIONES Y SANCIONES EN MATERIA DE EDIFICACIÓN. 4. LAS INFRACCIONES Y SANCIONES EN MATERIA DE MEDIO AMBIENTE CULTURAL Y NATURAL.—V. COMPETENCIA Y PROCEDIMIENTO PARA SANCIONAR.—VI. OTRAS DISPOSICIONES.—BIBLIOGRAFÍA.

«El suelo urbanizable sectorizado en la Ley canaria de Ordenación del territorio», por MANUEL J. SARMIENTO ACOSTA, pág. 109.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. ACERCA DE LA CLASIFICACIÓN Y CALIFICACIÓN DEL SUELO.—III. BREVE REFERENCIA HISTÓRICA SOBRE EL SUELO URBANIZABLE.—IV. LA LEY ESTATAL 6/1998 Y EL PAPEL DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS.—V. RÉGIMEN DEL SUELO URBANIZABLE SECTORIZADO EN LA LEY DE ORDENACIÓN DEL TERRITORIO DE CANARIAS: 1. DETERMINACIONES PREVIAS. 2. LA NUEVA CATEGORÍA. EL SUELO URBANIZABLE SECTORIZADO. 3. EL SUELO URBANIZABLE SECTORIZADO ORDENADO: a) *Concepto*; b) *Derechos y deberes de los propietarios*. 4. EL SUELO URBANIZABLE NO ORDENADO. 5. DELIMITACIÓN NEGATIVA: EL SUELO NO SECTORIZADO. 6. CONSIDERACIÓN FINAL.—VI. ALGUNAS CONCLUSIONES.

«Nuevas perspectivas en la ordenación del suelo rústico (la reciente reforma de la legislación canaria)», por ADOLFO JIMÉNEZ JAÉN, pág. 139.

SUMARIO: I. SUELO: PERSPECTIVAS PARA SU ANÁLISIS: 1. PRESUPUESTOS DE LA REGULACIÓN DEL SUELO RÚSTICO EN CANARIAS. PRINCIPIOS DE LA LEY DE ORDENACIÓN DEL TERRITORIO DE CANARIAS CON RELACIÓN AL SUELO RÚSTICO. 2. CLASIFICACIÓN Y CATEGORIZACIÓN DEL SUELO RÚSTICO: 2.1. *Clasificación del suelo rústico*. 2.2. *Categorización del suelo rústico*.—II. DEFINICIÓN DEL DERECHO DE PROPIEDAD EN SUELO RÚSTICO: 1. UN ASPECTO PREVIO: EL SIGNIFICADO DEL DERECHO DE PROPIEDAD EN LA CONSTITUCIÓN. 2. DERECHOS Y DEBERES GENERALES DEL SUELO RÚSTICO Y DERECHOS ESPECÍFICOS DE ACUERDO CON LAS DISTINTAS CATEGORÍAS DEL MISMO: 2.1. *Derechos generales*. 2.2. *Deberes generales de la propiedad del suelo rústico*. 3. DERECHOS ESPECÍFICOS POR CATEGORÍAS DE SUELO RÚSTICO: 3.1. *El régimen jurídico del suelo rústico de las categorías de protección ambiental*. 3.2. *El régimen jurídico del suelo rústico de las categorías de no protección ambiental*.—III. REQUISITOS DE LOS USOS Y ACTIVIDADES SOBRE SUELO RÚSTICO: 1. NORMAS DE DIRECTA APLICACIÓN. 2. NORMAS DE APLICACIÓN DE SEGUNDO GRADO. 3. NORMAS DE APLICACIÓN SUBSIDIARIA.

Número 181 (Noviembre 2000)

«Edificios fuera de ordenación en la jurisprudencia (1985-1999)», por RAFAEL ARIÑO SÁNCHEZ, pág. 11.

SUMARIO: 1. PLANTEAMIENTO: REGULACION DE LAS EDIFICACIONES FUERA DE ORDENACION COMO RESPUESTA A LA TRANSITORIEDAD EN DERECHO URBANISTICO.—2. INEXISTENCIA DE UNA SITUACION FUERA DE ORDENACION: A) PARA QUE HAYA UNA SITUACIÓN DE FUERA DE ORDENACIÓN, EL EDIFICIO TIENE QUE ESTAR CONSTRUIDO CON ANTERIORIDAD AL PLAN, NO CON POSTERIORIDAD. B) LA SITUACIÓN DE FUERA DE ORDENACIÓN DEBE DERIVAR DEL PLAN, NO DE OTRO INSTRUMENTO URBANÍSTICO. C) NO EXISTE SITUACIÓN DE FUERA DE ORDENACIÓN CUANDO SE PRODUCE TOLERANCIA POR LAS PROPIAS NORMAS SUBSIDIARIAS. D) LA SITUACIÓN DE FUERA DE ORDENACIÓN APARENTE CEDE CUANDO HA DE CONCILIARSE UN PLAN URBANÍSTICO GENERAL CON UN PLAN ESPECIAL (COMO ES EL DE CATALOGACIÓN DE EDIFICACIONES). E) FINALMENTE, TAMPOCO SE PRODUCE UNA SITUACIÓN DE FUERA DE ORDENACIÓN CUANDO SE LEGALIZA LA ANTERIOR SITUACIÓN CREADA.—3. LA DECLARACION DE UN EDIFICIO COMO FUERA DE ORDENACION NO CONLLEVA LA DEMOLICION AUTOMATICA DEL MISMO, SALVO QUE SE PRODUZCA LA EXPROPIACION FORZOSA.—4. SE APLICA, POR ANALOGIA, EL REGIMEN DE FUERA DE ORDENACION PARA LAS OBRAS REALIZADAS ILEGALMENTE EN AQUELLOS SUPUESTOS EN QUE HA TRANSCURRIDO EL PLAZO PARA DEMOLICION.—5. CRITERIO DE LA INTERPRETACION RESTRICTIVA.—6. EDIFICIOS FUERA DE ORDENACION Y AUTORIZACION DE USOS DISCONFORMES CON EL PLANEAMIENTO: SI LA AUTORIZACION QUE SE PIDE ERA POSIBLE CUANDO EL EDIFICIO FUE CONSTRUIDO, NO PUEDE NEGARSE POR ENCONTRARSE ACTUALMENTE FUERA DE ORDENACION.—7. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD NO SUELE TRIUNFAR CUANDO SE ALEGA CON EL FIN DE MANTENER UNA OBRA NO AUTORIZADA POR LA NORMATIVA REGULADORA DE LOS EDIFICIOS FUERA DE ORDENACION.—8. OBRAS NO PERMITIDAS: A) EL CAMBIO DE DESTINO DEL LOCAL. B) EL AUMENTO DE VOLUMEN IMPIDE LA OBRA DE QUE SE TRATE. C) QUÉ ES LO QUE SE ENTIENDE POR PEQUEÑAS REPARACIONES. NO BASTA CON CONSERVAR LA ESTRUCTURA DEL EDIFICIO. D) LA ENTIDAD DEL PRESUPUESTO Y LO EXTENSO DE LAS OBRAS PERMITE OPONER EL PRINCIPIO DE INCREMENTO DEL VALOR EXPROPIATORIO PARA IMPEDIRLAS. E) NO ES DETERMINANTE EL CRITERIO DEL FIN DE LA OBRA PARA OBTENER EL PERMISO.—9. OBRAS PERMITIDAS: A) LAS LLAMADAS «OBRAS MENORES». UNA DEFINICIÓN JURISPRUDENCIAL. B) AJUSTÁNDOSE AL MERO ORNATO E HIGIENE, SIN QUE AUMENTE EL VALOR EXPROPIATORIO. C) LAS PARCIALES Y CIRCUNSTANCIALES CUANDO NO ESTÉ PREVISTA LA EXPROPIACIÓN FORZOSA EN LOS PRÓXIMOS QUINCE AÑOS. D) OBRAS DE HIGIENE. E) QUE NO AFECTEN A LA ESTRUCTURA DEL EDIFICIO. F) PARA JUZGAR SOBRE LA ADECUACIÓN DE LA OBRA A LOS ERICTOS TÉRMINOS DE LA NORMATIVA DE EDIFICACIONES FUERA DE ORDENACIÓN, SE HA ACUDIDO EN ALGUNA OCASIÓN AL ARGUMENTO FAVORABLE DEL PRECEDENTE Y COSTUMBRE EN DERECHO ADMINISTRATIVO. G) LAS OBRAS RELATIVAS A LA INCORPORACIÓN DE ELEMENTOS DESMONTABLES, POR EL PROPIO HECHO DE SERLO, DEBEN SER AUTORIZADAS.—10. RELACION DE RESOLUCIONES CITADAS: A) SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO (POR ORDEN INVERSO DE ANTIGÜEDAD). B) TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA.

«Jurisprudencia en materia de residuos: localización de instalaciones, producción y gestión», por JULIA ORTEGA BERNARDO, pág. 49.

SUMARIO: 1. EL CONCEPTO DE RESIDUO.—2. LOS PROBLEMAS QUE PLANTEA LA UBICACION DE LAS INSTALACIONES PARA LA GESTION DE LOS RESIDUOS: A) EL SOMETIMIENTO DE LAS INSTALACIONES PÚBLICAS DE GESTIÓN DE RESIDUOS A LA LICENCIA DE OBRAS. B) EL SOMETIMIENTO DE LAS INSTALACIONES PÚBLICAS DE GESTIÓN DE RESIDUOS A LA LICENCIA DE ACTIVIDAD Y A OTRAS AUTORIZACIONES Y REQUISITOS MEDIOAMBIENTALES. C) LA LOCALIZACIÓN ADECUADA DE LAS INSTALACIONES: a) *Mediante la adjudicación por concurso cuando se trata de terrenos de propiedad privada;* b) *La suspensión judicial de los acuerdos de construcción de instalaciones de gestión de residuos.* D) ASPECTOS FISCALES DE LA CONSTRUCCIÓN DE LAS INSTALACIONES DE GESTIÓN DE RESIDUOS. E) SU INCIDENCIA SOBRE LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO DE OBRAS.—3. LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA EXTRA CONTRACTUAL DERIVADA DEL FUNCIONAMIENTO DEL SERVICIO PUBLICO DE RECOGIDA Y TRATAMIENTO DE RESIDUOS.—4. LOS PROCEDIMIENTOS SANCIONADORES A LOS QUE DA LUGAR EL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES PREVISTAS EN LA LEGISLACION DE RESIDUOS.—5. LA ASUNCION DEL SERVICIO DE RECOGIDA Y TRATAMIENTO DE RESIDUOS POR LAS MANCOMUNIDADES DE MUNICIPIOS.—6. ASPECTOS FISCALES DE LA ACTIVIDAD DE RECOGIDA Y TRATAMIENTO DE RESIDUOS: A) LA DISTINCIÓN ENTRE LA GESTIÓN DE LOS RESIDUOS URBANOS Y LA GESTIÓN DE LOS RESIDUOS INDUSTRIALES ES TAMBIÉN RELEVANTE A EFECTOS TRIBUTARIOS. B) ¿ESTÁ OBLIGADO EL PRODUCTOR DE RESIDUOS URBANOS A SATISFACER LA TASA DE BASURA SI NO UTILIZA EL SERVICIO MUNICIPAL? C) ¿LAS TASAS SE RECAUDAN EXCLUSIVAMENTE POR EL SERVICIO MUNICIPAL DE RECOGIDA DE BASURAS URBANAS? D) LOS SUJETOS PASIVOS DE LA TASA SON LAS PERSONAS FÍSICAS Y JURÍDICAS QUE OCUPEN CUALQUIER CLASE DE VIVIENDA O LOCAL. E) FACTORES QUE HAN DE VALORARSE PARA LIQUIDAR LA TASA MUNICIPAL POR RECOGIDA DE RESIDUOS URBANOS: a) *Superficie computable en las instalaciones industriales;* b) *El criterio de capacidad económica.*

«Ordenación urbanística, legislación sectorial y medio ambiente», por BLANCA RODRÍGUEZ-CHAVES MIMBRERO, pág. 83.

SUMARIO: 1. MEDIO AMBIENTE: 1.1. ESPACIOS NATURALES: LOS PRINCIPIOS DE LEGALIDAD Y TIPICIDAD EN LA REGULACIÓN DE LAS INFRACCIONES Y SANCIONES ES PERFECTAMENTE COMPATIBLE CON LA COLABORACIÓN REGLAMENTARIA (PORN Y PRUG) EN LA NORMATIVA SANCIONADORA.—2. MEDIO AMBIENTE Y ORDENACION DEL TERRITORIO: 2.1. CONCEPTO LEGAL Y DOCTRINAL DE REVISIÓN DEL PLANEAMIENTO. 2.2. CONTROL DEL EJERCICIO DE LA POTESTAD DISCRECIONAL DE LA ORDENACIÓN JURÍDICA DEL TERRITORIO. 2.3. DISTINCIÓN ENTRE ORDENACIÓN DEL TERRITORIO Y MEDIO AMBIENTE. EL PLAN DIRECTOR TERRITORIAL DE COORDINACIÓN DE DOÑANA Y SU ENTORNO TIENE UNA NATURALEZA, FINALIDAD, O CONTENIDO NORMATIVO PROPIO DE LA MATERIA DENOMINADA «ORDENACIÓN DEL TERRITORIO».—3. MEDIO AMBIENTE Y URBANISMO: 3.1. MEDIO AMBIENTE Y AUTORIZACIÓN DE CONSTRUCCIONES EN SUELO NO URBANIZABLE, ORDINARIO O COMÚN. 3.2. VALORACIÓN DE SUELO NO URBANIZABLE. CRITERIOS DE VALORACIÓN DE FINCAS CON RIQUEZA PISCÍCOLA, CINEGÉTICA Y ECOLÓGICA SITAS EN EL ENTORNO DE DOÑANA (VALORACIÓN POR EL MÉTODO DE CAPI-

TALIZACIÓN DE RENTAS): PARA ELLO SE HACE PRECISO NO SÓLO TENER EN CUENTA LA REALIDAD EXISTENTE, ESTO ES, SUPERFICIE Y CARACTERÍSTICAS NATURALES DE LAS FINCAS Y USOS Y APROVECHAMIENTOS ADECUADOS, SINO TAMBIÉN ESTAR AL ESTATUTO JURÍDICO APLICABLE A LOS BIENES CONCRETOS QUE, EN DEFINITIVA, LOS DELIMITA Y APORTA LOS ELEMENTOS PRECISOS PARA SU JUSTA VALORACIÓN.—4. URBANISMO Y COSTAS: 4.1. NO CABE APRECIAR VINCULACIÓN SINGULAR CUANDO LA RESTRICCIÓN DEL APROVECHAMIENTO URBANÍSTICO DERIVA DIRECTAMENTE DE LA SERVIDUMBRE DE PROTECCIÓN EN SUELO URBANO PREVISTA EN LA LEY Y EL REGLAMENTO DE COSTAS, PUES SU ESTABLECIMIENTO ES OBLIGADO EN EL PLANO DEL PLANEAMIENTO Y NO EN EL DEL EJERCICIO DISCRECIONAL DE LA POTESTAD PLANIFICADORA.

«El derecho de acceso a la información en materia de medio ambiente en la jurisprudencia española», por JORGE AGUDO GONZÁLEZ, pág. 121.

SUMARIO: 1. OBJETO DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACION EN MATERIA DE MEDIO AMBIENTE.—2. AUTORIDADES PUBLICAS OBLIGADAS A REMITIR LA INFORMACION SOLICITADA.—3. EXAMEN DE ALGUNAS EXCEPCIONES AL EJERCICIO DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACION EN MATERIA DE MEDIO AMBIENTE: 3.1. ASUNTOS QUE SE ENCUENTREN «SUB JUDICE» O LO HAYAN ESTADO EN EL PASADO, O SEAN OBJETO DE PESQUISAS (INCLUIDAS LAS INVESTIGACIONES DISCIPLINARIAS), O DE INVESTIGACIÓN PRELIMINAR. 3.2. SOLICITUD DE ACCESO A LA INFORMACIÓN QUE AFECTE A DOCUMENTOS O DATOS INCONCLUSOS. 3.3. GENERALIDAD DE LA SOLICITUD.—4. OBLIGACION DE SUMINISTRO DE INFORMACION PARCIAL.—5. PAGO DE CONTRAPRESTACIONES ECONOMICAS POR EL SUMINISTRO DE INFORMACION MEDIOAMBIENTAL: 5.1. LA RAZONABILIDAD DE LA CONTRAPRESTACIÓN. 5.2. ¿CABE EL COBRO DE CONTRAPRESTACIONES ECONÓMICAS EN EL CASO DE DENEGACIÓN DE LA INFORMACIÓN SOLICITADA?

«Responsabilidad derivada del planeamiento ambiental. A propósito de la STSJ de Cantabria, de 1 de junio de 1999», por SUSANA GALERA RODRIGO, pág. 141.

SUMARIO: I. SOBRE LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA EN EL AMBITO AMBIENTAL: REFERENCIAS INTRODUCTORIAS.—II. LA STSJ DE CANTABRIA DE 1 DE JUNIO DE 1999: SUS APORTACIONES A LA DETERMINACION DE LA NATURALEZA JURIDICA DE LOS PORN.—III. LA RESPONSABILIDAD DERIVADA DEL PLANEAMIENTO AMBIENTAL EN LA STSJ DE CANTABRIA: a) SOBRE EL FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD; b) SOBRE LA APLICACIÓN DEL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD POR PRIVACIÓN DE APROVECHAMIENTOS URBANÍSTICOS.—IV. LAS PREVISIONES INDEMNIZATORIAS DE LA LEY 2/1989, DE ESPACIOS NATURALES DE ANDALUCIA.—V. BREVE APUNTE SOBRE LA IMBRICACION COMPETENCIAL.—VI. REFLEXION FINAL.

**REVISTA DE ESTUDIOS DE LA ADMINISTRACION
LOCAL Y AUTONOMICA
Número 282 (Enero-Abril 2000)**

«El proceso de ampliación de las retribuciones de los representantes locales»,
por FERNANDO LÓPEZ RAMÓN, pág. 9.

SUMARIO: 1. INTRODUCCION: SOBRE LA NECESIDAD DE RETRIBUIR A LOS POLITICOS.—2. LA GRATUIDAD DE LOS CARGOS LOCALES, COMO REGLA GENERAL, EN LA ANTERIOR LEGISLACION DE REGIMEN LOCAL (1950).—3. LA GENERALIZACION DE LOS GASTOS DE REPRESENTACION Y DIETAS CON LA DEMOCRACIA (1979).—4. LA LIMITACION DE LAS RETRIBUCIONES A LA DEDICACION EXCLUSIVA Y LA GENERALIZACION DE LOS DERECHOS DE ASISTENCIA EN LA LEGISLACION BASICA DEL REGIMEN LOCAL (1985).—5. LAS EXIGENCIAS RETRIBUTIVAS DE LA CARTA EUROPEA DE LA AUTONOMIA LOCAL (1988).—6. EL MARCO NORMATIVO VIGENTE DE LAS PERCEPCIONES DE LOS REPRESENTANTES LOCALES PERMITE RETRIBUCIONES CON DEDICACION PARCIAL (1999).—7. PROBLEMAS DE COMPATIBILIDAD ENTRE LA RETRIBUCION POR DEDICACION PARCIAL Y OTRA RETRIBUCION DEL SECTOR PUBLICO.—8. UNA REFLEXION FINAL.

«El concepto actual de autonomía local según el bloque de la constitucionalidad», por JAVIER GARCÍA ROCA, pág. 23.

SUMARIO: A) LA VERTIENTE DEL DERECHO COMO CONJUNTO DE CATEGORIAS, CONCEPTOS Y PRINCIPIOS JURIDICOS.—B) EL NUEVO CONTEXTO CONSTITUCIONAL RECLAMA UNA DIFERENTE HERMENÉUTICA: UNA INTERPRETACION EVOLUTIVA Y SOCIOLOGICA DE LAS NORMAS FUNDAMENTALES. DIEZ PROPOSICIONES SOBRE LA CONFIGURACION CONSTITUCIONAL DE LA AUTONOMIA LOCAL A LA LUZ DE LAS RECIENTES REALIDADES. 1. SOBRE LOS SUJETOS: LA CONSTITUCIÓN OTORGA AUTONOMÍA A MUNICIPIOS Y PROVINCIAS COMO ENTIDADES PUBLICAS DE BASE TERRITORIAL QUE INTEGRAN UN ESTADO DE TRES TÉRMINOS. LA DEBILIDAD Y FRAGMENTACIÓN DE LA PLANTA LOCAL. LA APUESTA POR EL PLURALISMO FRENTE A LA UNIFORMIDAD. 2. SOBRE EL ALCANCE DE LA CONFIGURACIÓN CONSTITUCIONAL: LA CONSTITUCIÓN NO DEFINE LA AUTONOMÍA LOCAL, PERO PREFIGURA UN ÁMBITO PÚBLICO DE ACTUACIÓN LIGADO AL INTERÉS LOCAL (ART. 137) Y EL BLOQUE DE LA CONSTITUCIONALIDAD LO CONCRETA. NO EXISTE UNA LIBERTAD ABSOLUTA DEL LEGISLADOR SECTORIAL YA SEA ESTATAL O AUTONÓMICO. 3. LAS NUEVAS TÉCNICAS HERMENÉUTICAS: a) *La teoría de la garantía institucional no sirve para cumplir una función positiva de delimitación del ámbito local. La idea de función constitucional y su atribución a ciertas leyes. La diferenciación, de un lado, entre el legislador de la LBRL y el estatutario y, de otro, el sectorial. Las insuficiencias de la LBRL;* b) *La definición de autonomía local de la Carta Europea de Autonomía Local;* c) *El principio de subsidiariedad en las relaciones entre entidades territoriales. Su relevancia para determinar los contenidos esenciales de la autonomía local.* 4. EL PRINCIPIO DEMOCRÁTICO Y EL MANDATO REPRESENTATIVO LOCAL. EL

AUTOGOBIERNO LOCAL: LA AUTONOMÍA LOCAL NO ES SÓLO ADMINISTRACIÓN LOCAL SINO DIRECCIÓN POLÍTICA. 5. NO HAY CONFORMACIÓN CONSTITUCIONAL EFECTIVA NI VERDADERA GARANTÍA DE LA AUTONOMÍA LOCAL SIN UNA ACCIÓN CONSTITUCIONAL PARA LA DEFENSA POR SUS PROPIOS TITULARES DE SU RESPECTIVO INTERÉS FRENTE A LA LEY. LA AUTONOMÍA LOCAL RECLAMA EL CONFLICTO LEGISLATIVO COMO MECANISMO DE RELACIÓN JURÍDICA. 6. UNA AUTONOMÍA POLÍTICA IMPLICA RESPONSABILIDAD POLÍTICA ANTE EL ELECTORADO, Y ES INCOMPATIBLE CON LA SUBSISTENCIA DE TUTELAS DE OPORTUNIDAD POLÍTICA POR PARTE DEL ESTADO O DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS Y, NORMALMENTE, EXCLUYE TAMBIÉN CONTROLES DE LEGALIDAD QUE NO SEAN Estrictamente JUDICIALIZADOS. 7. LA AUTONOMÍA LOCAL ES UN PILAR DE LA CONSTRUCCIÓN EUROPEA. EXISTE UNA GARANTÍA NO JURISDICCIONAL, SUPRAESTATAL Y EUROPEA DE LA AUTONOMÍA LOCAL. LA CEAL COMO «CONSTITUCIÓN» EUROPEA EN MATERIA LOCAL. 8. UN ENTE TERRITORIAL, PÚBLICO, AUTÓNOMO Y REPRESENTATIVO DICTA NORMAS PRIMARIAS: LA POTESTAD NORMATIVA LOCAL INTRODUCE NORMAS GENERALES EN EL ORDENAMIENTO. 9. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y LA RESERVA DE LEY EN MATERIA ADMINISTRATIVA, TRIBUTARIA Y SANCIONADORA SE EXTIENDEN CON MODULACIONES MUY ESPECÍFICAS A LAS ENTIDADES LOCALES. 10. LA AUTONOMÍA LOCAL RECLAMA AUTONOMÍA Y SUFICIENCIA FINANCIERAS, AUTONOMÍA FUNCIONARIAL Y LA CLARIFICACIÓN DE UN ÁMBITO COMPETENCIAL ESTABLE.—C) CONSIDERACION FINAL.

«La privatización en el ámbito local (el lento declinar de los monopolios locales)», por JOSÉ MANUEL DÍAZ LEMA, pág. 71.

SUMARIO: 1. PRIVATIZACION, UN CONCEPTO AMBIGUO: LA GESTION INDIRECTA DE SERVICIOS PUBLICOS.—2. LOS MONOPOLIOS LOCALES: UNA INTERPRETACION LIBERALIZADORA DEL ARTICULO 86.3 DE LA LEY DE BASES DE REGIMEN LOCAL.—3. LA LIBERALIZACION DE LOS MONOPOLIOS LOCALES A PARTIR DE 1996: SUPUESTOS.—4. LIMITES A LA LIBERALIZACION DE LOS MONOPOLIOS LOCALES: LA INICIATIVA PUBLICA.—5. EL CONTROL DE LA ACTIVIDAD ECONOMICA LOCAL EN REGIMEN CONCURRENCIAL.—6. REFLEXION FINAL: LIBERALIZACION DE MONOPOLIOS LOCALES Y PACTO LOCAL.

«Régimen jurídico del patrimonio histórico y cultural de Extremadura: Especial referencia a los bienes de valor artístico», por MANUEL BEATO ESPEJO, pág. 85.

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO.—II. TITULOS COMPETENCIALES Y ORGANIZACION ADMINISTRATIVA: a) CONCURRENCIA, COORDINACIÓN Y COLABORACIÓN ENTRE ENTES; b) COMPETENCIAS ASUMIDAS POR LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE EXTREMADURA; c) ESTRUCTURA ORGÁNICA DE LA JUNTA DE EXTREMADURA.—III. EL PATRIMONIO HISTORICO Y CULTURAL EXTREMEÑO: a) PRECEDENTES DEL RÉGIMEN JURÍDICO VIGENTE; b) LA LEY 2/1999, DE 29 DE MARZO, DE PATRIMONIO HISTÓRICO Y CULTURAL DE EXTREMADURA; c) SU APLICACIÓN EN LOS BIENES DE VALOR ARTÍSTICO.—IV. TECNICAS DE TUTELA DEL PATRIMONIO ARTISTICO DE EXTREMADURA: a) BIENES INMUEBLES; b) BIENES MUEBLES: SINGULARMENTE O EN COLECCIONES; c) SU TRATAMIENTO EN EL ANTEPROYECTO DE LEY DEL SUELO Y ORDENACIÓN TERRITORIAL DE EXTREMADURA.—V. LA COLABORACION DE LOS TITULARES PATRIMONIALES DE LOS BIENES DE VALOR

ARTISTICO EN LA OBLIGACION DE RESALTAR SU VALOR SOCIAL:

a) EL DEBER DE ENRIQUECIMIENTO; b) EL PERMISO DE ACCESO; c) EL ESTÍMULO COMO TÉCNICA DE CONSERVACIÓN, RECUPERACIÓN, RESTAURACIÓN Y DIFUSIÓN.

«Obligaciones especiales de servicio público en el transporte rural», por ISABEL DE LOS MOZOS TOUYA, pág. 119.

SUMARIO: I. LA OBLIGACION ESPECIAL DE SERVICIO PUBLICO: A) EL DERECHO ORIGINARIO. B) EL DERECHO DERIVADO: 1. *Naturaleza de la actividad y régimen de su ejercicio*. 2. *El cauce utilizado para su establecimiento, exigencia o imposición*.—II. NATURALEZA Y REGIMEN DEL TRANSPORTE PUBLICO DE VIAJEROS DE CARACTER RURAL.—III. COMPETENCIAS IMPLICADAS EN LA GARANTIA DEL CORRESPONDIENTE SERVICIO ESENCIAL DE TRANSPORTE: A) COMPETENCIAS DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA. B) COMPETENCIAS DE LAS ENTIDADES LOCALES EN EL CONTEXTO DE LA RESERVA DEL ARTÍCULO 86.3 DE LA LEY ESTATAL 7/1985.—IV. APLICACION POR EL DECRETO 87/1988 DE LA TECNICA JURIDICA ANALIZADA: A) REGULACIÓN Y DESARROLLO DEL DECRETO. B) CALIFICACIÓN JURÍDICA DE LOS CAUCES UTILIZADOS EN SU APLICACIÓN.—V. CONCLUSION.

REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO CANONICO

Número 148 (Enero-Junio 2000) (sin sumario)

- «La scelta giuridica premiale», por ANTONIO MELFILO, págs. 11-39.
- «Actos de administración ordinaria y extraordinaria: normas canónicas», por FEDERICO R. AZNAR GIL, págs. 41-70.
- «Desamortización y financiación del culto y el clero. La Constitución de 1837», por RICARDO GARCÍA GARCÍA, págs. 71-127.
- «La objeción de conciencia a formar parte de una mesa electoral», por LUIS ALVAREZ PRIETO, págs. 129-151.
- «La no discriminación de los alumnos, opten o no por la enseñanza de la religión», por ANA-ISABEL RIBES SURIOL, págs. 153-171.
- «Espíritu y Derecho», por CARLOS PINTADO ESTOBAL, págs. 175-188.
- «El Convenio sobre el régimen económico-laboral de las personas encargadas de la enseñanza de la religión católica en centros públicos de enseñanza (26 de febrero de 1999). Texto y comentario», por FRANCISCO J. GONZÁLEZ DÍAZ, págs. 189-212.
- «La instrucción de la Conferencia Episcopal Española sobre la inscripción de asociaciones y fundaciones de la Iglesia católica en el Registro de Entidades Religiosas. Texto y comentario», por MARÍA ELENA OLMOS ORTEGA, págs. 213-226.
- «O novo regime jurídico da uniao de facto em Portugal», por JOSÉ JOAQUIM ALMEIDA LOPES, págs. 227-238.
- «Notificación del Decreto de Publicación de las Actas», por CARLOS SALINAS ARANEDA, págs. 239-247.
- «Boletín de Legislación Canónica Particular Española, 1999», por FEDERICO R. AZNAR GIL, págs. 249-279.

REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO INTERNACIONAL (Julio-Diciembre 1999)

«Derecho internacional privado y Tratado de Amsterdam», por ALEGRÍA BORRÁS, pág. 383.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. EVOLUCION HACIA LA COMUNITARIZACION: 1. EL ARTÍCULO 220 TCEE. 2. EL TÍTULO VI TUE (MAASTRICHT). 3. EL TRATADO DE AMSTERDAM.—III. CONTENIDO Y ALCANCE DEL TÍTULO IV TCE: EFECTOS *AD INTRA*: 1. ELEMENTOS GENERALES: A) Elección de la base jurídica. B) Elección del instrumento. C) El procedimiento de adopción. D) La «comitología». 2. ÁMBITO SUSTANTIVO DEL ARTÍCULO 65. 3. CONSECUENCIAS PARA LOS ESTADOS MIEMBROS.—IV. LAS CONSECUENCIAS *AD EXTRA* DE LA NUEVA NORMATIVA: 1. LOS EFECTOS EXTERNOS DE LA COMUNITARIZACIÓN. 2. LA CELEBRACIÓN DE TRATADOS INTERNACIONALES. 3. LA PARTICIPACIÓN DE LOS ESTADOS MIEMBROS EN OTRAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES.—V. EL MÉTODO DE TRABAJO: EL DENOMINADO «COMITÉ DE CUESTIONES DE DERECHO CIVIL»: 1. FUNCIONAMIENTO. 2. TRABAJOS EN CURSO. 3. TRABAJOS FUTUROS.—VI. CONSIDERACIONES FINALES.

«La contribución de la economía política internacional a la reflexión teórica de las relaciones internacionales», por CATERINA GARCÍA SEGURA, pág. 427.

SUMARIO: INTRODUCCION: I. LA ECONOMIA POLITICA INTERNACIONAL Y LAS RELACIONES INTERNACIONALES: EL CARACTER, EL ORIGEN Y LA EVOLUCION DE UNA RELACION: 1. LA ECONOMIA POLITICA INTERNACIONAL COMO ÁREA DE ESTUDIO DE LAS RELACIONES INTERNACIONALES. 2. EL OBJETO DE ESTUDIO DE LA EPI. 3. LOS HECHOS COMO ORIGEN DE LA EPI. 4. EVOLUCIÓN DE LA EPI Y DE SU RELACIÓN CON LAS RI.—II. DE LA CRITICA A LA EPI A LA EPI CRITICA: 1. LA NUEVA EPI Y LA CRÍTICA POS-POSITIVISTA DE LAS RI. 2. LA NUEVA EPI Y LA CRÍTICA AL NEORREALISMO Y AL NEOLIBERALISMO: LA RECONSIDERACIÓN DEL PAPEL DEL ESTADO. 3. LA NUEVA EPI Y LA REFLEXIÓN SOBRE EL PODER, LA HEGEMONÍA Y LOS RÉGIMENES INTERNACIONALES EN EL CONTEXTO DE LA GLOBALIZACIÓN.—III. REFLEXIONES FINALES.

REVISTA JURIDICA DE CASTILLA-LA MANCHA Número 28 (Septiembre 2000)

«Oralidad, concentración, intermediación y celeridad en el orden contencioso-administrativo: El novedoso procedimiento abreviado de la Ley 29/1998», por JUAN-GALO CARRASBAL ONIEVA, pág. 11 (sin sumario).

«Los derechos del menor: evolución y situación actual», por C. GUTIÉRREZ GARCÍA y J. M. MARTÍ SÁNCHEZ, pág. 27.

SUMARIO: 1. INTRODUCCION: CONCEPTO DE MENOR.—2. EL MENOR EN LA HISTORIA.—3. LOS DERECHOS DEL MENOR: EL ORDEN INTERNACIONAL Y EL NACIONAL.—4. EL PAPEL DEL ESTADO.—5. CONCLUSION: LA SITUACION DEL MENOR EN EL DERECHO CONTEMPORANEO.

«Los derechos humanos en América Latina», por CÉSAR LANDA ARROYO, pág. 49 (sin sumario).

«El error administrativo e informático y su rectificación en el ámbito de las Administraciones Públicas», por JUAN B. LORENZO DE MEMBIELA, pág. 67.

SUMARIO: 1. INTRODUCCION.—2. EL ERROR DE HECHO: ACOTACION DOGMATICA Y JURISPRUDENCIAL.—3. EL ERROR DE DERECHO COMO LIMITE A LA POTESTAD RECTIFICADORA DE LA ADMINISTRACION.—4. PROCEDIMIENTOS DE RECTIFICACION DE LOS ERRORES DE DERECHO Y DE HECHO EN LA LEY 30/1992, DE 26 DE NOVIEMBRE, Y EN EL REGLAMENTO GENERAL DE RECAUDACION DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA DE LA SEGURIDAD SOCIAL DE 1995 Y ORDEN DE DESARROLLO.—5. LA INCONGRUENCIA DE LA RESOLUCION ADMINISTRATIVA COMO ERROR DE DERECHO: EL ERROR INFORMATICO.

«La inspección y la disciplina territorial y urbanística en la Ley Urbanística 2/1998, de Ordenación del Territorio y la Actividad Urbanística en Castilla-La Mancha», por JOSÉ MARÍA A. MAGÁN PERALES, pág. 99.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. LA INSPECCION URBANISTICA: 1. COMPETENCIA. 2. FUNCIONES. 3. POTESTADES Y FACULTADES DE LA INSPECCION URBANISTICA. 4. EL PERSONAL INSPECTOR.—III. LAS ORDENES DE EJECUCION: 1. EL PROCEDIMIENTO PARA IMPONER UNA ORDEN DE EJECUCION. 2. FASE DE INICIACION. 3. FASE DE ALEGACIONES E INFORMES. 4. LA RESOLUCION.—V. LA DISCIPLINA TERRITORIAL Y URBANISTICA: 1. EL RÉGIMEN DE LAS CONSTRUCCIONES, INSTALACIONES Y ACTIVIDADES INDUSTRIALES CLANDESTINAS (ARTS. 177 A 181): A) *El procedimiento para legalizar*. B) *Las actuaciones ilegales*. 2. LAS OPERACIONES DE RESTAURACIÓN DE LA ORDENACIÓN TERRITORIAL Y URBANÍSTICA (ARTS. 182 Y 183).—BIBLIOGRAFIA.

«La autonomía universitaria: aspectos generales», por JUANA MORCILLO MORENO, pág. 113.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. LA NOCION DE AUTONOMIA.—III. EL FUNDAMENTO DE LA AUTONOMIA UNIVERSITARIA.—IV. LA AUTONOMIA UNIVERSITARIA COMO DERECHO FUNDAMENTAL: A) ¿TIENEN DERECHOS FUNDAMENTALES LAS PERSONAS JURÍDICO-PÚBLICAS? B) EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA AUTONOMÍA UNIVERSITARIA: 1. *Consideraciones doctrinales en torno a la autonomía universitaria*. 2. *La respuesta del Tribunal Constitucional*: a) Alternativa derecho fundamental/garantía institucional; b) Criterios justificativos de su decisión y críticas a los mismos.—V. TITULARIDAD DEL DERECHO A LA AUTONOMIA UNIVERSITARIA.—VI. EL CONTENIDO DEL DERECHO A LA AUTONOMIA UNIVERSITARIA: LA LEY 11/1983, DE 25 DE AGOSTO, DE REFORMA UNIVERSITARIA: A) SU CONTENIDO ESENCIAL. B) EL ARTÍCULO 3 DE LA LEY DE REFORMA UNIVERSITARIA Y SU VALOR COMO PARÁMETRO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA AUTONOMÍA UNIVERSITARIA. C) MANIFESTACIONES DE LA AUTONOMÍA UNIVERSITARIA: 1. *Autonormación*. 2. *Autogobierno*. 3. *Autonomía financiera*. 4. *Autonomía docente e investigadora*.—VII. LIMITES DE LA AUTONOMIA UNIVERSITARIA Y SUS APLICACIONES.

CIONES: A) EXIGENCIAS DEL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE IGUALDAD. B) LÍMITES DERIVADOS DE LA EXISTENCIA DE UN SISTEMA UNIVERSITARIO NACIONAL. C) EL MODELO FUNCIONARIAL DEL PROFESORADO UNIVERSITARIO.—VIII. A MODO DE CONCLUSIÓN.

«La responsabilidad civil de los docentes», por ALFREDO MUÑOZ NARANJO, pág. 161 (sin sumario).

«Forma escrita obligatoria y consecuencias contractuales de su incumplimiento en el contrato de trabajo», por JOAQUÍN PÉREZ REY, pág. 179.

SUMARIO: I. LA PROCLAMACION DE LA LIBERTAD DE FORMA EN EL ORDENAMIENTO LABORAL.—II. LAS EXCEPCIONES A LA LIBERTAD DE FORMA.—III. INCENTIVOS A LA FORMALIZACION ESCRITA DEL CONTRATO: FACULTAD DE COMPULSION Y DEBER DE INFORMACION ESCRITA EMPRESARIAL.—IV. LA NATURALEZA DE LA FORMA EXIGIDA.—V. CONSECUENCIAS CONTRACTUALES DERIVADAS DEL INCUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS FORMALES.—VI. CONCLUSIONES.

REVISTA JURIDICA DE CATALUÑA

Número 4 (2000)

«Incidencia de la publicación de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de 7 de enero de 2000, en el ejercicio procesal de las acciones de filiación», por FRANCISCO RIVERO HERNÁNDEZ, pág. 961.

SUMARIO: 1. INTRODUCCION. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.—2. NATURALEZA SUSTANTIVA O PROCESAL DE LAS ACCIONES DE FILIACION Y DE SU REGIMEN JURIDICO: 2.1. EL PROBLEMA, GENERAL, DE LA NATURALEZA DE LA ACCIÓN. 2.2. NATURALEZA DE LAS NORMAS Y RÉGIMEN JURÍDICO DEL EJERCICIO (JUDICIAL) DE LOS DERECHOS Y RELACIONES JURÍDICAS MATERIALES: A) *Relación de la acción con el derecho o relación jurídica material correspondiente.* B) *Examen de la cuestión en relación con las acciones reales.* C) *Respecto de las acciones personales.* 2.3. PROBLEMAS CONCRETOS: LA LEGITIMACIÓN PARA ACCIONAR Y, EN PARTICULAR, RESPECTO DE LAS ACCIONES DE FILIACIÓN: A) *Naturaleza de las normas relativas a legitimación activa indirecta.* B) *La legitimación en el ejercicio de las acciones de filiación.*—3. APLICACION O NO EN DERECHO CATALAN DE PRECEPTOS CONCRETOS DE LA LEC 2000: 3.1. NORMAS DE LA LEC 2000 QUE SÍ SE APLICAN EN DERECHO CATALÁN. 3.2. NORMAS DE LA LEC 2000 NO APLICABLES EN DERECHO CATALÁN. 3.3. ARTÍCULOS DE LA LEC 2000 QUE PLANTEAN DUDAS MÁS O MENOS GRAVES ACERCA DE SU APLICACIÓN EN DERECHO CATALÁN.

«Actos de competencia desleal producidos en el ámbito laboral. Cláusulas contractuales de protección», por MARÍA JOSÉ ABELLA MAESTRANZA y JORDI GARCÍA VIÑA, pág. 985.

SUMARIO: 1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTION: PROTECCION DE LA CLIENTELA.—2. INTRODUCCION HISTORICA.—3. PROHIBICION DE

COMPETENCIA DESLEAL: 3.1. CONCEPTO. 3.2. NOTAS CARACTERÍSTICAS. 3.3. LA PROHIBICIÓN DE COMPETENCIA DEL PERSONAL DE ALTA DIRECCIÓN. 3.4. LA PROHIBICIÓN DE COMPETENCIA DE LAS PERSONAS QUE INTERVIENEN EN OPERACIONES MERCANTILES. 3.5. EFECTOS DEL INCUMPLIMIENTO. 3.6. CONCLUSIONES.—**4. PACTOS DE PLENA DEDICACION O PACTOS DE DEDICACION EXCLUSIVA:** 4.1. CONCEPTO. 4.2. REQUISITOS DEL PACTO DE EXCLUSIVA. 4.3. LA EXCLUSIVIDAD EN LA RELACIÓN LABORAL DE CARÁCTER ESPECIAL DEL PERSONAL DE ALTA DIRECCIÓN. 4.4. EFECTOS DEL INCUMPLIMIENTO DEL PACTO DE EXCLUSIVA. 4.5. CONCLUSIONES.—**5. PACTO DE PERMANENCIA EN LA EMPRESA.—6. PACTO DE NO PERMANENCIA POSTCONTRACTUAL:** 6.1. OBJETO. 6.2. INTERÉS DEL EMPRESARIO. 6.3. MOMENTO DE LA CELEBRACIÓN. 6.4. FORMA. 6.5. DURACIÓN. 6.6. INDEMNIZACIÓN. 6.7. EFECTOS DEL INCUMPLIMIENTO. 6.8. POSIBILIDAD DE PACTO DE NO COMPETENCIA TRAS UN DESPIDO DISCIPLINARIO. 6.9. CONCLUSIONES.

«El dret davant els avenços de la biotecnologia mèdica», por JOSEP-ENRIC REBÉS I SOLÉ, pág. 1023.

SUMARIO: I. INTRODUCCIO.—II. ELS SUPOSITS EXAMINATS: a) EL GENOMA HUMÀ; b) LES MANIPULACIONS GENÈTIQUES; c) LA CLONACIÓ.—III. EPILEG.

REVISTA JURIDICA DE NAVARRA

Número 29 (Enero-Junio 2000)

«Las relaciones entre prescripción y usucapión en Derecho navarro», por PEDRO DE PABLO CONTRERAS, pág. 9.

SUMARIO: I. LA PRESCRIPCION GENERAL DE LAS ACCIONES REALES EN EL FUERO NUEVO.—II. LA PRESCRIPCION DE LAS ACCIONES REALES Y LA USUCAPION EN EL DERECHO HISTORICO DE NAVARRA: 1. EL DERECHO COMÚN ROMANO: A) *Usucapio y longi temporis praescriptio*. B) *La prescripción teodosiana*. C) *La reforma de Justiniano*. D) *La impugnación canónica de la prescripción con mala fe*. 2. EL DERECHO NAVARRO HISTÓRICO: A) *La posesión de año y día en el Fuero breve de Jaca*. B) *La formulación del non respondere como efecto de la posesión de año y día y la incorporación del plazo de posesión de treinta y un años y un día a los textos históricos*. C) *La posesión de cuarenta años en el Fuero de Viguera y Val de Funes y en el Fuero General de Navarra*. D) *El Fuero Reducido. La inserción de la posesión de año y día y de las demás hipótesis de non respondere en el concepto de prescripción del Derecho común*. E) *Evolución posterior. Las leyes de Cortes de 1580 y 1604*.—III. ALGUNAS CONCLUSIONES PARA EL DERECHO VIGENTE: 1. SOBRE LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN REIVINDICATORIA Y LA USUCAPIÓN DEL DOMINIO: A) *La acción reivindicatoria prescribe, si bien existe una vinculación institucional entre la prescripción de la acción reivindicatoria y la usucapión*. B) *El Derecho navarro rechaza la prescripción autónoma de la acción reivindicatoria, independiente de la usucapión*. C) *Sobre el modo de operar de la prescripción y la usucapión*. D) *Prescripción de la acción reivindicatoria, usucapión y posesión como no propietario*. E) *Interrupción de la prescripción de la acción reivindicatoria: a) Regla*

general: la prescripción de la acción reivindicatoria sólo se interrumpe por las causas de interrupción de la usucapión; b) Interrupción por pérdida de la posesión; c) Interrupción por reclamación judicial: aplicación de la ley 40; d) ¿Otras causas de interrupción? El reconocimiento del derecho como interruptivo. 2. SOBRE LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN NEGATORIA Y LA USUCAPIÓN DE LOS DERECHOS REALES LIMITADOS: A) *Idea general*. B) *Usucapión de las servidumbres y prescripción de la acción negatoria*. C) *Usucapión del usufructo (y de otros derechos de aprovechamiento parcial sobre cosa ajena) y prescripción de la acción negatoria*. 3. SOBRE LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN CONFESORIA, LA FALTA DE USO Y LA USUCAPIÓN.

«La imposición directa en Navarra y sus diferencias con el Estado (1927-1978)», por ARANCHA YUSTE JORDÁN, pág. 51.

SUMARIO: (1.ª Parte. Continúa en el número 30 RJN).—I. INTRODUCCION.—II. LOS IMPUESTOS A CUENTA DE LOS GENERALES SOBRE LA RENTA: A) CONTRIBUCIONES ENCASTRADAS: 1. *Consideraciones previas*. 2. *Contribución territorial*: a) Contribución territorial sobre la riqueza rústica y pecuaria: a.I. Dificultades en la aplicación del Reglamento de 1887. a.II. Ausencia de cuota proporcional. a.III. El Catastro: determinación del capital imponible. a.IV. Cuota foral y recargos municipales. a.V. Establecimiento de un impuesto no fiscal sobre la vid. b) Contribución territorial sobre la riqueza urbana: b.I. Consolidación de la CTU como gravamen independiente. b.II. Los Registros fiscales: determinación del capital imponible. b.III. Cuota foral y recargos municipales. b.IV. Valoración crítica de la CTU. 3. *Contribución sobre actividades diversas*: a) Contribución provincial; b) Hecho imponible, tarifas y determinación de la cuota. B) IMPUESTO SOBRE LOS RENDIMIENTOS DEL TRABAJO PERSONAL: 1. *CURM (tarifa 1.ª)*. 2. *Naturaleza del impuesto*. 3. *Hecho imponible*. 4. *Normas generales*: a) Determinación de la base imponible; b) Reducciones en la base imponible; c) Clasificación de los contribuyentes: c.I. Funcionarios públicos, empleados y asimilados. c.II. Profesionales. c.III. Artistas. c.IV. Remuneraciones Especiales. C) IMPUESTO SOBRE LAS RENTAS DEL CAPITAL: 1. *CURM (tarifa 2.ª)*. 2. *Hecho imponible y exenciones*. 3. *Base imponible y cuota tributaria*. 4. *Bonificaciones y deducciones en la cuota tributaria*. D) IMPUESTO SOBRE ACTIVIDADES Y BENEFICIOS COMERCIALES E INDUSTRIALES (IMPUESTO INDUSTRIAL): 1. *CURM (tarifa 3.ª) y Contribución industrial*. 2. *Requisitos para tributar por la Cuota de Beneficios*. 3. *Las empresas individuales ante el Impuesto industrial*.

«El comercio electrónico. Su incidencia en la contratación de bienes y servicios», por MANUEL HEREDERO HIGUERAS, pág. 87.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. LOS NEGOCIOS JURIDICOS OBJETO DEL COMERCIO ELECTRONICO.—III. LA IDENTIFICACION DE LAS PARTES Y SU INCIDENCIA.—IV. VIABILIDAD DEL NEGOCIO JURIDICO ELECTRONICO.—V. LA PERFECCION DE LOS CONTRATOS POR VIA ELECTRONICA.—VI. LOS VICIOS DEL CONSENTIMIENTO EN EL CONTRATO ELECTRONICO.—VII. LA PRUEBA DE LOS CONTRATOS ELECTRONICOS. LA FIRMA ELECTRONICA.

«Pueblo, nacionalidades y regiones en la práctica estatutaria», por ALBERTO PÉREZ CALVO, pág. 107.

SUMARIO: I. LAS NACIONALIDADES Y REGIONES: 1. LA INTRODUCCIÓN DE LAS NACIONALIDADES Y REGIONES EN LA CONSTITUCIÓN. 2. EL SIGNIFICADO DE LOS CONCEPTOS. 3. NACIONALIDADES Y REGIONES Y PRINCIPIO DISPOSITIVO. 4. CARACTERES COM- PARTIDOS POR LAS NACIONALIDADES Y REGIONES. 5. ¿PREEXISTEN LAS NACIONALIDADES Y REGIONES A LA CONSTITUCIÓN? 6. CONSECUENCIAS DE LA DISTINCIÓN ENTRE NACIONALIDADES Y REGIONES.—II. «PUEBLOS DE ESPAÑA», NACIONALIDADES Y REGIONES: 1. LOS PUEBLOS DE ESPAÑA EN LA CONSTITUCIÓN. 2. EL PUEBLO COMO ELEMENTO ACTIVO Y LEGITIMADOR DE LOS PODERES AUTONÓMICOS. 3. PUEBLOS DE ESPAÑA Y PUEBLO ESPAÑOL.—III. LA DEFINICIÓN ESTATUTARIA DE LA BASE SOCIAL DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS: 1. DEFINICIÓN DEL ELEMENTO DEMOCRÁTICO DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS. 2. LA DEFINICIÓN DEL ELEMENTO SIMBÓLICO-POLÍTICO DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS.

REVISTA NOTARIAL DEL COLEGIO DE ESCRIBANOS DE BUENOS AIRES

Número 935 (Enero-Abril 2000)

«La mora en el Código Civil de Paraguay de 1987», por LUIS MOISSET DE ESPANÉS, pág. 21.

«Fideicomiso de garantía», por FERNANDA ALEJANDRA ARANCIBIA, GONZALO GALMARINI, LILIANA NURIT JARMUI, LAURA Yael KAUS, ROMINA LOZANO y NATALIA MARTÍNEZ DODDA, pág. 53.

«Pactos sobre herencias futuras en el Proyecto de Código Civil», por LUIS R. LLORENS, pág. 87.

«A modo de comentario a propósito de la prohibición de donar a los hijos del cónyuge...», por GASTÓN R. DI CASTELNUOVO y LUIS R. LLORENS, pág. 117.

REVISTA DEL NOTARIADO DE LA REPUBLICA ARGENTINA

Número 862 (Octubre-Noviembre-Diciembre 2000)

«Transmisión de inmuebles de titularidad de una sociedad cuya inscripción registral ha sido cancelada», por MARITEL M. BRANDI TAIANA, pág. 49.

«Algunas precisiones acerca de las intervenciones extraprotocolares y del respectivo libro de registro», por JOSÉ CARLOS CARMINIO CASTAGNO, pág. 57.

«El documento o expediente judicial como sustento del acto notarial», por JOSÉ VÍCTOR SING, pág. 71.

**REVISTA DE LA ASOCIACION DE ESCRIBANOS
DEL URUGUAY
Tomo 86 (Enero-Junio 2000)**

- «La deontología notarial frente a los clientes, a los colegas y al Estado», por FRANCISCO DELGADO DE MIGUEL, pág. 9.
- «El régimen jurídico de las riberas en el Derecho uruguayo. Uso común y privativo de aguas y álveos. Protección de la faja costera», por EMILIO BIASCO MARINO, pág. 77.
- «Sobre la dominialidad de las tierras que conforman la península de Punta del Este», por SUSANA CAMBIASSO, pág. 123.
- «Recursos hídricos; su conocimiento como condición de su regulación jurídica», por NÉSTOR CAREAGA ALFONSO, pág. 157.
- «Régimen jurídico de las aguas y las riberas», por BEATRIZ DÁVILA y JULIO UMPIÉRREZ, pág. 163.
- «La faja costera ante el Ordenamiento Territorial. Un enfoque jurídico global», por HERMANN R. LEIS, pág. 173.
- «Régimen jurídico de las aguas y las riberas», por RUBÉN A. RODRÍGUEZ GRENNI, pág. 195.
- «Propiedad y aprovechamiento de las aguas en la agricultura», por ENRIQUE GUERRA DANERI, pág. 207.

**BOLETIM DA FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA
Vol. LXXV (1999)**

- «Osecico Pública pelo Autor, Direitos Conexos e Gestao Colectiva», por A. FERRER CORREIA, ALMENO DE SÁ, pág. 1.
- «Reforma Pombalina dos Estudos jurídicos», por MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, RUI DE FIGUEIREDO MARCOS, pág. 67.
- «A Propriedade no Direito Romano. Reflexos no Direito Português», por A. SANTOS JUSTO, pág. 99.
- «Constituição das Sociedades Comerciais», por J. M. COUTINHO DE ABREU, pág. 121.
- «Algumas Considerações sobre a Solidariedade e a Cidadania», por JOSÉ CASALTA NABAIS, pág. 145.
- «La libertad. Una cuestión de axiología jurídica», por MILAGROS OTERO PARGA, pág. 175.
- «Algunos rasgos típicos de la ordenación del tiempo de trabajo en España», por JAVIER GÁRATE CASTRO, pág. 199.
- «A Constituição como Direito: a Supremacia das Normas Constitucionais em Espanha e nos EUA», por ANTONIO-CARLOS PEREIRA MENAUT, pág. 219.
- «O Governo das Sociedades Cotadas (Corporate Governance) em Espanha: o Relatório Olivencia», por LUIS ANTONIO VELASCO SAN PEDRO, pág. 279.
- «Acerca del Estado moderno en Europa: una reflexión de conjunto», por DAVID TORRES SANZ, pág. 315.

- «Corte Costituzionale e Sistema di Giustizia Minorile», por SILVIA LARIZZA, pág. 341.
- «Poder judicial e Magistratura de Investigaçao», por A. G. LOURENÇO MARTINS, pág. 389.
- «Les Principes de la Bioconstitution du Type Etat Constitutionnel Européen», por JOÃO CARLOS LOUREIRO, pág. 433.
- «Direitos de Autor, Códigos Tecnológicos e a Lei Milénio Digital», por ALEXANDRE DIAS PEREIRA, pág. 475.

REVUE DE DROIT UNIFORME

Número 3 (2000)

- «The New Contract Law in the People's Republic of China and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: A Brief Comparison», por ZHANG YUQING - HUANG DANHAN, pág. 429.
- «Agency under the New Contract Law of the People's Republic of China», por ZHANG YUQING, pág. 441.
- «Invalidity of Contracts: A Tour d'horizon of Chinese Practice», por FRANK MONZEL, pág. 451.
- «Do We Need a Global Commercial Code?», por MICHAEL JOACHIM BONELL, pág. 469.
- «Hardship in Contract: The Approach of the UNIDROIT Principles and Legal Developments in Russia», por ALEXEI G. DOUDKO, pág. 483.