

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González Martínez

CONSEJO DE REDACCION

PRESIDENTE:

D. Luis Díez-Picazo y Ponce de León.

CONSEJEROS:

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

COMISIÓN EJECUTIVA:

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

CONSEJERO-SECRETARIO DE LA REVISTA:

D. Francisco Corral Dueñas.

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

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

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

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

Depósito legal: M. 968-1958

SUMARIO

ESTUDIOS

Págs.

«La hipoteca constituida sobre una finca (solar) sobre la que existen edificaciones no declaradas ni mencionadas en la escritura de constitución del préstamo hipotecario», por INMACULADA SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA	2625
«El procedimiento de ejecución directa sobre bienes inmuebles hipotecados de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil: una primera aproximación a sus particularidades», por JUAN JOSÉ JURADO JURADO	2691
«El régimen económico matrimonial y el Registro de la Propiedad», por ANA M. ^a SANZ VIOLA	2727
	2817

DICTAMENES Y NOTAS

«La falta de amor conyugal, ¿es causa de separación en el Ordenamiento Jurídico-Civil español?», por AURELIA M. ^a ROMERO COLOMA	2869
«Estimación de la reclamación extrajudicial como causa de interrupción de la prescripción extintiva de acciones en el ámbito mercantil. La nueva doctrina de la Sala 1. ^a del TS (Sentencia de 31 de diciembre de 1998)», por JUAN MANUEL MURILLAS ESCUDERO	2923
	2935

ACTUALIDAD JURIDICA

Información legislativa y de actividades, por LA REDACCIÓN	
	2947

JURISPRUDENCIA

I. Sentencias del Tribunal Constitucional, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	
II. Resoluciones de la Dirección General:	
A) Resoluciones publicadas en el <i>BOE</i> , por JACINTO DE CASTRO GARCÍA	2957
B) Resoluciones comentadas, por JESÚS GONZÁLEZ GARCÍA y MARÍA GÓÑIS RODRÍGUEZ DE ALMEIDA	2961
III. Sentencias del Tribunal Supremo:	
	2969

1. Derecho Civil:

b)	Obligaciones y contratos, por JOSÉ QUESADA SEGURA, ISABEL DE LA IGLESIA MONJE, ISABEL MORATILLA GALÁN Y M. ^a DEL CARMEN CORRAL GUÓN	
c)	Arrendamientos, por CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ	
d)	Familia, por FRANCISCO CASTRO LUCINI	2987
e)	Sucesiones, por FRANCISCO CASTRO LUCINI	3020
		3027
		3046

INFORMACION BIBLIOGRAFICA

Manual de Derecho de la Propiedad Horizontal y de su inscripción registral», de EMILIO PÉREZ PÉREZ por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	
«La cláusula “por sí o por persona que se designará”», de XAVIER CECCHINI ROSELL, por ESTHER MUÑIZ ESPADA	3053
«Estudios sobre Derecho Hipotecario», de JOSÉ MARÍA CHICO ORTIZ, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	3055
«Madrid en sus libros», de ANTONIO PAU PEDRÓN, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	3062
	3064

REVISTA DE REVISTAS, por LA REDACCIÓN

3067

SUMARIO

Págs.

ESTUDIOS

«La hipoteca constituida sobre una finca (solar) sobre la que existen edificaciones no declaradas ni mencionadas en la escritura de constitución del préstamo hipotecario», por INMACULADA SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA

«El procedimiento de ejecución directa sobre bienes inmuebles hipotecados de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil: una primera aproximación a sus particularidades», por JUAN JOSÉ JURADO JURADO

«El régimen económico matrimonial y el Registro de la Propiedad», por ANA M.^a SANZ VIOLA

DICTAMENES Y NOTAS

«La falta de amor conyugal, ¿es causa de separación en el Ordenamiento Jurídico-Civil español?», por AURELIA M.^a ROMERO COLOMA

«Estimación de la reclamación extrajudicial como causa de interrupción de la prescripción extintiva de acciones en el ámbito mercantil. La nueva doctrina de la Sala@1.^a del TS (Sentencia de 31 de diciembre de 1998)», por JUAN MANUEL MURILLAS ESCUDERO

ACTUALIDAD JURIDICA

Información legislativa y de actividades, por LA REDACCIÓN

JURISPRUDENCIA

I. Sentencias del Tribunal Constitucional, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

II. Resoluciones de la Dirección General:

A) Resoluciones publicadas en el *BOE*, por JACINTO DE CASTRO GARCÍA

B) Resoluciones comentadas, por JESÚS GONZÁLEZ GARCÍA y MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA

III. Sentencias del Tribunal Supremo:

1. Derecho Civil:

a) Derechos reales, por ELENA MÚGICA ALCORTA

b) Obligaciones y contratos, por ISABEL DE LA IGLESIA MONJE e ISABEL MORATILLA GALÁN

c) Arrendamientos, por CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ

ESTUDIOS

Las condiciones generales
de la contratación (*):
El nuevo Registro especial
de condiciones generales
de la contratación.
Las condiciones generales
de la contratación y el Registro
de la Propiedad

SUMARIO: Primera Parte: EL REGISTRO DE CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACION: I. REGULACIÓN.—II. OBJETO O FINALIDAD.—III. ACTOS INSCRIBIBLES. a) *Contenido principal:* 1. Objeto del Registro de Condiciones. 2. Objeto del Registro de Sentencias. b) *Contenido provisional o complementario:* c) *Cancelación.*—IV. PRINCIPIOS DEL SISTEMA: A) *Registro de condiciones:* 1. Principio de inscripción voluntaria incentivada de las condiciones generales. 2. Principio de libertad de forma de los contratos que accedan al Registro. 3. Principio de no calificación. 4. Principio de actualización del Registro de Condiciones. B) *Registro de sentencias:* 1. Principio de inscripción obligatoria de las sentencias estimatorias de la nulidad o no incorporación. 2. ¿Principio de no inscripción de las sentencias de validez? 3. Principio de duración infinita (no indefinida) de las inscripciones de las sentencias estimatorias de la nulidad o no incorporación. C) *Principio de publicidad del contenido del registro.*—V. ORGANIZACIÓN DEL REGISTRO: A) *Registro Central y Registros Provinciales.* B) *Utilización de la infraestructura dispensada por los Registradores de la Propiedad y Mercantiles.* C) *Sistema de folio personal y de clasificación por razón de la materia.* D) *Sistema de publicidad del contenido del Registro.*—VI. EL DICTAMEN DE CONCILIACIÓN.—VII. EFECTOS DEL REGISTRO DE CONDICIONES GENERALES: A)

(*) El presente trabajo es una adaptación actualizada de la ponencia que presenté en unas jornadas sobre protección de los consumidores que se celebraron en mayo de 1999 en Valencia.

Efectos del Registro de Condiciones. B) Efectos del Registro de Sentencias. C) Efectos de los asientos provisionales o complementarios.—VIII. CONCLUSIÓN CRÍTICA.

Segunda Parte: LAS CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACION Y EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD: I. CALIFICACIÓN REGISTRAL Y DEFENSA DE LOS CONSUMIDORES.—II. CALIFICACIÓN REGISTRAL DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS: A) *Doctrina DGRN.* B) *Revisión de la doctrina de la DGRN.* C) *La especial problemática de la calificación registral de las cláusulas abusivas.* D) *La aportación de los Registradores de la Propiedad a la lucha frente a las cláusulas contractuales abusivas.* E) *La colaboración de notarios y registradores en la efectividad de la legislación de consumo por medios distintos de la función calificadora.* F) *Conclusiones: La posibilidad de calificar conforme a la legislación de consumo y el sentido común que debe presidir la actuación del Registrador.*—III. CALIFICACIÓN REGISTRAL DE LAS CLÁUSULAS DECLARADAS JUDICIALMENTE NULAS: A) *Los efectos exorbitantes de las sentencias sobre cláusulas abusivas: la vinculación de Jueces y Tribunales.* B) *La vinculación de la calificación notarial y registral a las sentencias de nulidad de cláusulas abusivas:* 1. El artículo 10.6 LCU. 2. El artículo 258.2 LH. 3. El artículo 17.3 del RRCG. C) *El difícil encaje de los artículos 10.6 LCU y 258.2 LH con los principios constitucionales y con los principios del sistema judicial y del sistema registral.* D) *La futura incidencia de la entrada en vigor de la LEC 7/1/2000.*

Primera parte

EL REGISTRO DE CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACION

I. REGULACIÓN: LCGC Y RRCGC

El Registro CGC es una *institución nueva* en nuestro Derecho, creada por el artículo 11 LCGC de 13-4-98, de acuerdo con lo previsto en el artículo 7 de la Directiva de la UE de 5-4-93 que la LCGC traspone a nuestro Derecho interno.

Se halla regulado por el propio artículo 11 LCGC y otros concordantes y por el Reglamento del RCGC, previsto en el artículo 11.1 LCGC, y recientemente aprobado por Real Decreto 3-12-99 (publicado en el *BOE* de 23-12-99, y que ha entrado en vigor, según la DF 4.ª de dicho Real Decreto, a los dos meses de su publicación en el *BOE*).

II. OBJETO O FINALIDAD

Es el de que *puedan ser fácilmente conocidas* por todos los interesados, sean particulares o asociaciones de consumidores, *las condiciones generales*

de la contratación utilizadas por las empresas y *las cláusulas declaradas nulas* por los tribunales, así como la persistencia en la utilización de tales cláusulas.

Se trata, por tanto, de un Registro que tiene un *doble objeto*: la publicidad de las condiciones generales y la publicidad de las sentencias de nulidad o no incorporación de una determinada condición general (art. 1 RRCG). Aunque, como veremos, *la eficacia del Registro es muy distinta en uno y otro caso*: mientras que la inscripción de las sentencias es obligatoria y deberá producirse en todo caso (art. 22), la inscripción de las condiciones generales es, en principio y como regla general, voluntaria para las empresas (art. 11.2). Además, mientras el Registro de sentencias está tomado de la experiencia de otros países como Alemania y Portugal, el Registro de Condiciones es una novedad de la ley española cuya utilidad práctica ha sido discutida por cierta doctrina.

III. ACTOS INSCRIBIBLES (ART. 2 RRCG)

¿Qué es lo que va a inscribirse en el Registro? ¿Cuál es el contenido del RCG? Podemos distinguir un contenido básico o principal y un contenido provisional o complementario.

a) *Contenido principal*: Es doble, en correspondencia con los dos Registros que realmente conviven dentro del RCG: el Registro de Condiciones y el Registro de Sentencias.

1. Objeto del Registro de Condiciones.—Es la inscripción de los contratos que contengan *cláusulas que tengan el carácter de condiciones generales de la contratación* con arreglo a lo dispuesto en la LCGC (1).

En este punto la ley se expresa de forma confusa, pues dice que podrán inscribirse las cláusulas contractuales que tengan el carácter de condiciones generales de la contratación (2). Pero de acuerdo con el principio de consideración conjunta de todas las estipulaciones de la relación contractual, entiendo que lo que se inscribe son los modelos de contrato con condiciones generales, o los modelos de condiciones generales aplicables a un grupo de contratos, y no cláusulas generales aisladas [a diferencia del Registro de Sentencias donde se inscribe solamente el texto de la cláusula afectada por la declaración de nulidad: artículo 2.1.b) y c) RRCG].

(1) No se inscriben, en cambio, como es lógico, los contratos de adhesión particulares que no contengan condiciones generales.

(2) El artículo 2.1.a) RRCG se expresa de forma ligeramente diferente, pero seguramente más acertada: dice que serán objeto de inscripción «las condiciones generales de la contratación».

2. Objeto del Registro de Sentencias.—En principio, según el artículo 11.4 LCGC son *las sentencias firmes estimatorias* de cualquiera de las acciones previstas en la ley, es decir, las sentencias que declaren que una cláusula general es nula o no debe incorporarse al contrato (3), y también las que declaren que una determinada cláusula tiene el carácter de condición general, pero, como enseguida explicaré, éstas pertenecen en realidad al Registro de Condiciones. Lo que se inscribe en el Registro de Sentencias es el texto de la cláusula afectada por la declaración de nulidad [art. 2.1.b) y c) RRCG].

Se inscriben todas las sentencias que declaren la nulidad de una condición general, tanto las que lo hagan por tratarse de cláusulas abusivas conforme a la LCU, como las que la declaren por ser contrarias a cualquier otra norma imperativa o prohibitiva (art. 8, 12.1 y 22 LCGC). Sin embargo, como veremos, sólo las primeras vinculan la calificación de los Notarios y Registradores de la Propiedad y Mercantiles (arts. 10.6 LCU y 258.2 LH).

Las sentencias de reconocimiento del carácter de condición general de una cláusula no suponen ninguna condena, sino la simple declaración de que una cláusula constituye una condición general, por lo que *se trata de una acción ciertamente insólita que, en cualquier caso, pertenece al ámbito del Registro de Condiciones* y se rige por sus principios. Así, mientras la inscripción de las sentencias de nulidad o no incorporación es obligatoria, en el caso de las declarativas del carácter de condición general, hay que entender, a pesar de la poca claridad de la ley (arts. 20.3 y 11.8.b, matizados por el 12.4 y el principio de inscripción voluntaria de las condiciones generales), que el juez sólo deberá instar su inscripción cuando se trate de una condición de inscripción obligatoria por pertenecer a un sector específico en el que el Gobierno haya impuesto dicha obligatoriedad.

Para que la sentencia sea inscribible no es necesario que sea dictada por el TS: se inscriben las sentencias dictadas por cualquier juez o Tribunal, aunque la eficacia de la declaración de nulidad o no incorporación no es la misma si la sentencia proviene de cualquier juez o Tribunal, que si constituye doctrina *reiterada* del TS (art. 20.4). Pero sí es necesario que sea firme, de modo que las sentencias estimatorias que son recurridas no acceden al Registro.

Sin embargo, las sentencias inscritas no se cancelan por el hecho de que posteriormente recaigan otras sentencias contradictorias, ni siquiera en instancias superiores, de modo que la inscripción de una sentencia de un determinado juzgado no se cancela si posteriormente, en otro juicio pero en relación con una cláusula idéntica, recae una o varias sentencias del TS declarando la validez de la cláusula en cuestión. Es más, de acuerdo con lo previsto en la

(3) Aunque en este caso no hay motivo para que no se inscriban también las sentencias de nulidad de cláusulas de contratos de adhesión sin condiciones generales, del artículo 22 se desprende que sólo se inscriben las sentencias relativas a condiciones generales.

LCGC, las sentencias que declaren la validez de una cláusula ni siquiera acceden al Registro. En el Registro no va a haber huella alguna de las sentencias contradictorias de las sentencias inscritas.

Tras la publicación de la Ley tuve ocasión de expresar mi opinión de que este reflejo parcial de la situación jurisprudencial es muy discutible. Responde a la idea de que el Registro es un instrumento establecido exclusivamente en defensa del consumidor, pero lo hace a costa de falsear la realidad y ocultar la verdadera situación jurídica. Por ello —defendí— hubiera sido preferible decretar la inscripción tanto de las sentencias estimatorias como de las desestimatorias de la petición de nulidad o no incorporación de las cláusulas que constituyan condiciones generales. El borrador del RRCG, que tuve ocasión de conocer unos meses después, se mantenía fiel a lo dispuesto en la Ley, diciendo en su artículo 2 que serán objeto de inscripción «las ejecutorias en que se recoja el fallo *favorable* de las sentencias firmes *estimatorias*» dictadas en el ejercicio de una acción individual o colectiva. Sin embargo, el RRCG finalmente aprobado, establece que serán objeto de inscripción «las ejecutorias en que se recoja *el fallo* de las sentencias firmes» dictadas en el ejercicio de una acción individual o colectiva [art. 2.1.b) y c)] (4). A la luz del artículo 11.4 LCGC, este artículo sólo podría ser interpretado en el sentido de que el único fallo que se inscribirá en el RCG es el que estime cualquiera de las acciones de nulidad o no incorporación. Por eso, el verdadero sentido del cambio de orientación del RRCG hay que buscarlo en su EM, donde dice que «Los profesionales (empresarios y profesionales propiamente dichos) ... *instarán la publicidad de la validez de las cláusulas que declaren jueces y tribunales*» (5).

Resulta obvio que el RRCG ha introducido una imprescindible y sustancial modificación de lo dispuesto de forma clara e indubitada en la Ley, pero hay preguntarse si una norma reglamentaria, y, en este caso, la norma que resulta de la explicación dada en una reglamentaria EM, puede tener alguna validez frente a lo establecido, con toda nitidez y sin ningún margen de duda, en la Ley que desarrolla. Yo siempre he estado en contra de una visión formalista del Derecho, y de la descalificación automática de ciertos buenos preceptos sin más argumento que su falta de jerarquía normativa. Y, cada vez más, pienso que por encima de la ley y de una abstracta seguridad jurídica están la prudencia, el buen juicio, la sensatez y el sentido común. Por eso no

(4) No obstante, el propio reglamento contiene alguna norma contradictoria con esta nueva orientación, como el artículo 19.3 al que después me referiré.

(5) La frase entera es la siguiente: «Los profesionales (empresarios y profesionales, propiamente dichos) no infractores procurarán obtener la inscripción de las condiciones generales que utilicen dado el efecto de transparencia de su actividad que ello les dará en el tráfico jurídico e *instarán la publicidad de la validez de las cláusulas que declaren jueces y tribunales*».

tendría ningún empacho en aceptar y aplicar una norma reglamentaria como ésta, que, además, hunde sus raíces en los derechos de igualdad ante la ley y tutela judicial efectiva reconocidos por la Constitución. Con todo, y con independencia de mi opinión personal, en el resto de la exposición habré de seguir teniendo en cuenta el dudoso carácter de la innovación reglamentaria.

Por lo demás, las sentencias se inscriben en virtud de la ejecutoria que la recoja.

b) *Contenido provisional o complementario*

1. La interposición de *demandas individuales* de nulidad o de no incorporación de condiciones generales y el ejercicio de *acciones colectivas* de cesación, de retractación o declarativa del carácter de condición general de una determinada cláusula que serán objeto de anotación preventiva.

2. Las resoluciones judiciales que, ante el ejercicio de una acción, acuerden la *suspensión cautelar de la eficacia de una condición general*, que también serán objeto de anotación preventiva.

Puede pensarse que esta suspensión cautelar sólo afectará a la concreta cláusula objeto del litigio y no a otras cláusulas idénticas contenidas en otros contratos, aunque sean del mismo predisponente. Pero si esto es así, no se ve la utilidad de la inscripción. Por ello parece preferible defender que esta suspensión de efectos tendrá el mismo alcance que la sentencia sobre todas las cláusulas idénticas del mismo predisponente (efectos ultra partes y ultra contrato, siempre que se trate del mismo predisponente) (6).

Las anotaciones preventivas se practican en todo caso en virtud de mandamiento judicial (art. 11.8.c) y, lo mismo que ocurre en el ámbito del Registro de la Propiedad, tendrán una vigencia temporal, de cuatro años a contar desde su fecha, y serán prorrogables hasta la terminación del procedimiento en virtud de mandamiento judicial (que habrá que presentar antes de que expire el plazo de vigencia de la anotación, que hay que entender que es de caducidad). Es decir, que si la anotación es prorrogada ya no caduca nunca y no puede ser cancelada si no es por mandamiento dictado por el Juzgado que la ordenó. Hubiera sido preferible establecer un sistema de prórrogas sucesivas de cuatro años, sobre todo teniendo en cuenta que en este Registro no existe un expediente de liberación de cargas y gravámenes ya inexistentes pero imposibles de cancelar (7).

(6) Suspensión que paradójicamente terminará cuando recaiga la sentencia, aunque ésta sea estimatoria pero no sea firme. ¿Cabría extender la suspensión hasta la terminación definitiva del pleito en cualquier instancia?

(7) En el ámbito del Registro de la Propiedad la nueva LEC 2000 modifica el sistema vigente dando nueva redacción al artículo 86 L.H. A partir de la entrada en vigor

3. *La persistencia en la utilización de cláusulas declaradas judicialmente nulas* (8), cuando así se acredite suficientemente al Registrador. Aclara el RRCG que esta inscripción se practicará a instancia de cualquier adherente o legitimado para interponer acciones colectivas, y añade que se presumirá que existe persistencia en la utilización cuando los contratos en que se incorporen las cláusulas declaradas judicialmente nulas tengan fecha posterior a la sentencia, siempre que hayan transcurrido tres meses desde la fecha de la inscripción en el Registro de la sentencia firme (art. 15 RRCG, donde se regula con detalle esta inscripción).

Ahora bien, siempre que la nulidad haya sido declarada con motivo del ejercicio de una acción colectiva de cesación, que supone un enjuiciamiento en abstracto de la cláusula en cuestión, y donde se admite siempre el recurso de casación ante el TS (art. 18.3: si el interesado no recurre hasta la casación, él sabrá por qué, pero que se atenga a las consecuencias), la sentencia debe condenar al demandado a eliminar de sus condiciones generales las que haya considerado nulas y a *abstenerse de utilizarlas en lo sucesivo* (art. 12.2). En este caso, la persistencia supone el incumplimiento de un mandato judicial y, ante este incumplimiento, lo lógico es que el adherente, que por definición será persona distinta de la entidad que ejercitó la acción colectiva, o incluso cualquiera de las entidades legitimadas para ejercitar esta acción, acudan al juez para exigir el cumplimiento de la sentencia, y no que soliciten la constancia registral de la ilegalidad. No tiene sentido publicar el incumplimiento, sino exigir el cumplimiento (9).

Por el contrario, si la nulidad ha sido declarada como consecuencia del ejercicio de una acción individual, la utilización de la cláusula en otros contratos no supone ninguna ilegalidad y por tanto, no cabe hablar de persistencia y no debe proceder inscripción alguna.

c) *Cancelación*

Anotaciones.—Las anotaciones preventivas se cancelarán por mandamiento judicial si la acción no prospera o si se revoca la suspensión cau-

de esta reforma las anotaciones prorrogadas caducan a los cuatro años de la fecha de la anotación de prórroga, pero pueden ser indefinidamente prorrogadas en los mismos términos. Dada la ambigua redacción de la LCGC, pienso que este mismo sistema, mucho más acertado, puede ser aplicado en el ámbito del RCG.

(8) ¿No hay persistencia en la utilización de cláusulas declaradas como no incorporadas al contrato?

(9) En el mismo sentido, JAVIER GARCÍA DE ENTERRÍA, «La pretendida vinculación de los jueces a las sentencias del TS en materia de cláusulas abusivas. Sobre la inconstitucionalidad del artículo 20.4 LCGC», en *La Ley*.

telar (art. 2 RRCG). Aunque el RRCG no lo dice, hay que entender que también se cancelarán cuando la acción prospere y se inscriba la sentencia definitiva. El problema se plantea cuando la sentencia sea desestimatoria y, por tanto, según el artículo 11.4 LCGC (aunque ya hemos visto que el RRCG se aparte de la Ley en este punto), no inscribible, pero el juez haya olvidado remitir al Registro el mandamiento cancelatorio. Para este caso está prevista la caducidad de la anotación. El borrador del RRCG no se refería para nada a la cancelación de las anotaciones caducadas, con lo que no quedaba claro a iniciativa de quién o con motivo de qué se practicará la cancelación de las anotaciones caducadas, o incluso si tales anotaciones se cancelan expresamente o simplemente pierden su vigencia. Por el contrario, el Reglamento aprobado dice que las anotaciones preventivas se cancelarán por caducidad, siempre que no hayan sido prorrogadas a instancia de parte interesada. Pero el problema se produce, al igual que en el Registro de la Propiedad, en relación con las anotaciones prorrogadas: estas anotaciones no caducan nunca y sólo se cancelan en virtud de resolución judicial que acredite la finalización del procedimiento. Si esta resolución no se produce o no llega al Registro, cosa que es más fácil que ocurra si la sentencia es desestimatoria y, según el repetido artículo 11.4 de la Ley, no inscribible, estos asientos provisionales y probablemente engañosos (porque la demanda no triunfa) habrán trascendido su humilde condición para alcanzar la vida eterna. No existe en este Registro ninguna vía alternativa para su cancelación (como ocurre en el Registro de la Propiedad con el expediente de liberación de cargas y gravámenes) (10).

Inscripciones.—Con arreglo a la LCGC, los asientos de inscripción de sentencias o de condiciones generales no caducan ni se cancelan por ninguna causa. Probablemente existe aquí una laguna legal. Con el tiempo y las renovaciones contractuales las inscripciones se fosilizarían y el Registro podría acabar lleno de asientos inútiles que lo hagan inmanejable.

Así, parece claro que, al menos los modelos de condiciones generales de las empresas deben poder ser periódicamente actualizados conforme vayan cayendo en desuso, y esto es lo que ahora prevé el artículo 12 RRCG, salvando la laguna legal: Después volveremos sobre este punto al hablar de los principios del sistema. Asimismo sería completamente absurda la imposibilidad de cancelar las inscripciones de persistencia en la utilización de cláusulas nulas, y también aquí el RRCG viene a llenar la laguna legal en su artículo 15.4, del que me ocuparé al hablar de los efectos de estas inscripciones.

(10) Ver, no obstante, la influencia que puede tener en este tema la entrada en vigor de la nueva LEC y, en concreto, la nueva redacción del artículo 86 LH, a que me he referido en nota anterior.

IV. PRINCIPIOS DEL SISTEMA

¿Cuáles son los principios que gobiernan este nuevo Registro? Dado que, en realidad, bajo un mismo nombre estamos ante dos Registros bastante diferentes, estudiaremos separadamente los principios del Registro de Condiciones y los del Registro de Sentencias, aunque advirtiendo que ni la Ley ni el Reglamento reguladores parten de esta distinción, por lo que a veces resulta difícil saber qué normas son aplicables a uno o a otro Registro y cuáles a los dos.

A) *Registro de condiciones*

1. Principio de inscripción voluntaria incentivada de las condiciones generales.—Como regla general, el Registro de Condiciones es voluntario para los predisponentes, que por consiguiente, sólo se servirán de él en la medida en que les sea útil. Sin embargo, la ley estimula la inscripción otorgando a la inscripción de las condiciones unos efectos que considera suficientes para que las empresas se decidan a llevar sus modelos de contrato al Registro. A estos efectos nos referiremos más adelante.

El principio de voluntariedad de la inscripción resulta del artículo 11.2, que dice que *podrán* inscribirse las cláusulas que tengan el carácter de condiciones generales, y del artículo 11.8, que dice que la inscripción de las condiciones generales podrá solicitarse: *a)* Por el predisponente. *b)* Por el adherente y los legitimados para ejercer la acción colectiva, *si consta la autorización* en tal sentido del predisponente.

Como excepción a este principio de voluntariedad de la inscripción, añade el artículo 11.2 que: «No obstante, el Gobierno, a propuesta conjunta del Ministerio de Justicia y del Departamento ministerial correspondiente, podrá imponer la inscripción obligatoria en el RCGT en determinados sectores específicos de la contratación». Y lo mismo dice la segunda parte del artículo 5 RRCG. Parece que la autorización al Gobierno exige que la inscripción obligatoria se establezca al menos en un sector de la contratación, y no en casos aislados o para supuestos concretos. No creo que haya inconveniente, en cambio, en que el Gobierno estableciera la obligatoriedad de la inscripción con carácter general en todos los sectores, convirtiendo la excepción en la regla, aunque esta es una posibilidad que por el momento no se contempla.

Dentro de este sistema entiendo que hay que situar las sentencias estimatorias de acciones declarativas del carácter de condición general de la contratación de una determinada cláusula, que, por consiguiente, pertenecen al Registro de Condiciones y no al Registro de Sentencias. Así, entiendo que estas sentencias se rigen por el principio de voluntariedad de la inscripción y

sólo se inscribirán sin el asentimiento del predisponente cuando se refieran a un sector de la contratación en el que el Gobierno haya establecido la inscripción obligatoria. Sin embargo, esto no está claro en la ley (ver arts. 11.4, 20.3 y 11.8.b), aunque parece resultar con suficiente seguridad del rotundo artículo 12.4, que dice que «la acción declarativa tendrá por objeto el reconocimiento de una cláusula como condición general de la contratación *e instar su inscripción únicamente cuando ésta sea obligatoria* conforme al artículo 11.2 inciso final», o sea, cuando el Gobierno haya impuesto la inscripción como obligatoria en el sector de la contratación de que se trate (11).

Pero el tema está todavía más negro en el RRCG, de entrada, porque su artículo 5 establece con redacción innecesaria que «de los distintos objetos de inscripción en el RCG, sólo el depósito de las condiciones generales de la contratación es voluntario» (12), frase tajante de la que parece deducirse que la inscripción de las sentencias estimatorias de acciones declarativas del carácter de condición general es obligatoria; aunque también puede y debe interpretarse sin mayor problema como que lo único que este precepto quiere decir es que el Registro de Condiciones es, salvo en los sectores específicos en que el Gobierno lo haya establecido, voluntario, y el Registro de Sentencias, siempre obligatorio.

El mayor aprieto lo plantea el artículo 9.5 RRCG, que dice que «En caso de falta de conformidad del predisponente, sólo podrán ser objeto de depósito las condiciones generales en virtud de ejecutoria de la sentencia firme estimatoria de una acción *declarativa*, de cesación o de retractación». El precepto equipara la acción declarativa a las de cesación y de retractación. a) Respecto de la acción declarativa parece decir que las condiciones generales declaradas como tales por sentencia podrán ser inscritas sin la conformidad del predisponente. Como ya he dicho, en mi opinión, no es este el sistema que resulta del artículo 12.4 LCGC y del principio de voluntariedad de la inscripción. La sentencia declarativa de la condición general no arroja ninguna sombra de invalidez sobre la cláusula en cuestión: se limita a declarar que es una condición general (algo normalmente innecesario). Una vez reconocido el carácter de condición general, ésta se registrará por el principio de voluntariedad de la inscripción. Es obvio que la ley, y menos el RRCG, no pretenden introducir la inscripción obligatoria de forma solapada, con nocturnidad, y para casos aislados que no forman parte de un completo sector específico y que estable-

(11) La aún no vigente LEC 7-1-2000 modifica este artículo 12.4 dejando las cosas igual de claras: «La acción declarativa se dirigirá a obtener una sentencia que reconozca una cláusula como condición general de la contratación y *ordene su inscripción, cuando ésta proceda*, conforme a lo previsto en el inciso final del apartado 2 del artículo 11 de la presente Ley (de CGC)».

(12) El artículo 5 del Borrador RRCG se limitaba a decir que: «La inscripción en el Registro de las condiciones generales es voluntaria».

cería discriminaciones entre los predisponentes. *b)* Respecto de las acciones de cesación y de retractación, hay que observar que las sentencias que resultan del ejercicio de estas acciones no pueden dar lugar a ningún depósito de condiciones generales, sino a la inscripción en el Registro de Sentencias de la sentencia (estimatoria según la ley, y cualquier sentencia, según el reglamento) resultante del ejercicio de tales acciones, y, en concreto, a la inscripción del texto de las cláusulas afectadas. Así, la norma debe ser entendida en el sentido de que esta inscripción puede hacerse sin el consentimiento del predisponente condenado, lo cual es obvio y resulta ya de varios artículos de la LCGC y de la propia finalidad de la ley.

— Con respecto a este Registro de Condiciones, que constituye una de las novedades más importantes de la ley española, he oído críticas desde ambos extremos. Para unos es un Registro inútil e innecesario que no debería haberse introducido, debiendo limitarse la ley a crear un Registro de Sentencias más o menos similar a los que existen en Alemania o en Portugal (13). Para otros el problema estriba en que, para ser eficaz, debería haberse establecido la obligatoriedad de la inscripción, al menos en aquellos sectores de la contratación que tradicionalmente se han caracterizado por la falta de transparencia y el abuso de posiciones dominantes, como son los sectores energéticos (agua, gas y electricidad), financieros, de seguros y de telecomunicaciones (14). En mi opinión, la creación de un Registro de este tipo, con un sistema de inscripción voluntaria incentivada, no debe perjudicar ni a las empresas ni, desde luego, a los consumidores o adherentes, de modo que si llega a conseguir una cierta implantación sus efectos serán necesariamente beneficiosos. La apuesta es difícil, *pero no arriesgada*. Y a la vista de la evolución de los acontecimientos, queda en manos del Gobierno la posibilidad de ir más allá e implantar la inscripción obligatoria en determinados sectores especialmente sensibles.

2. Principio de libertad de forma de los contratos que accedan al Registro.—Según el artículo 7 RRCG, «Las condiciones generales serán objeto de inscripción mediante el depósito del documento, ejemplar, tipo o modelo en que se contengan, que no necesitará ajustarse a ningún formulario de carácter oficial ni exigirá constancia de nota administrativa alguna sobre su situación fiscal». Esto último es lógico, puesto que lo que se presenta es un modelo y no un contrato real (15).

Aunque el precepto sólo dice que el documento no necesitará ajustarse a ningún formulario de carácter oficial, es obvio que dicho modelo no tiene por

(13) En este sentido, ALFARO AGUILA-REAL, «El Proyecto de Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación», en *RDBB*, julio-septiembre de 1997.

(14) En este sentido se manifestó la enmienda 30 del Grupo Socialista.

(15) Se deduce otra cosa del artículo 14.3.d) RRCG.

qué constar en escritura pública, sino que además, lo que este artículo establece es el principio de libertad de forma. De hecho, la rúbrica que en las leyes modernas suele suceder al número del artículo a modo de breve descripción y síntesis de su contenido es muy expresiva en el caso del artículo 7 RRCG: «Libertad de forma». Conforme a este principio de libertad formal, se hace necesario garantizar la autenticidad del documento presentado y la constancia de la voluntad o de la autorización del predisponente para su inscripción, y así lo hace el RRCG estableciendo un sistema en el que recae en el Registrador la responsabilidad de comprobar dichos extremos en cada uno de los distintos supuestos: presentación por el mismo predisponente o su representante, presentación por vía telemática o en soporte magnético, o presentación por un adherente con autorización del predisponente (arts. 9.1, 3 y 4, 10.1 y 14.2 y 3).

3. Principio de no calificación.—La Ley dice que el Registrador extenderá en todo caso el asiento solicitado, previa calificación de la concurrencia de los requisitos establecidos (art. 11.9), y que contra la actuación del Registrador podrán interponerse los recursos establecidos en la LH (art. 11.10).

Por su parte, el RRCG (art. 14), bajo la rúbrica «Actuación profesional del Registrador» (16), regula con cierta amplitud y con gran minuciosidad el tema de la calificación registral, o de la actuación profesional del Registrador, en relación con el Registro de Condiciones. Así el Registrador calificará el carácter de condición general de las cláusulas, la identidad del presentante, la representación de la persona que actúe en nombre del predisponente, que no se trate de contratos excluidos de la aplicación de la LCGC, la cualidad de profesional del predisponente, etc. De todos estos extremos, quizá el punto más delicado es el de la *calificación del carácter de condición general* de las cláusulas que se presentan para su inscripción o depósito (17). Probablemente esta calificación ni es posible ni es necesaria. No es posible porque, como dijo el Consejo de Estado durante la elaboración de la ley en su informe

(16) En el Borrador RRCG rezaba sencillamente «Calificación».

(17) El artículo 14.3.d) regula esta calificación o actuación registral diciendo que el Registrador denegará el depósito de las condiciones generales «cuando de las circunstancias concurrentes resulte que las cláusulas no han sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos. Sin perjuicio de que se pueda acreditar de cualquier otra forma aquella finalidad, se entenderá que existe cuando se acompañe más de un contrato en el que sí se hubieran incorporado». La redacción de esta norma es bastante sorprendente. Si realmente *resulta* que las cláusulas no han sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos, ¿cómo es que están incorporadas a una pluralidad de contratos? Por otro lado, el hecho de que una misma cláusula figure en dos contratos de ninguna manera acredita que se trate de una condición general. Y, finalmente, si partimos de la base de que lo que se depositan en el Registro son modelos contractuales no fehacientes (de acuerdo con el principio de libertad de forma) ¿tiene sentido aceptar como prueba presuntos contratos reales o existentes no fehacientes?

preceptivo, no se sabe bien como el Registrador, con el simple examen del documento que se presenta para su depósito, puede conocer si se dan o no los rasgos característicos de las condiciones generales. Y no es necesaria porque si el predisponente considera que se trata de condiciones generales no hay razón para sospechar que no lo sean (18).

Pero para evitar cualquier paralelismo con el Registro de la Propiedad, yo creo que en el Registro de Condiciones se puede hablar de principio de no calificación en el sentido de que el Registrador de Condiciones *no va a calificar la validez ni los requisitos de incorporación* de las cláusulas que se le presenten para su inscripción. En este sentido, es sintomático que el artículo 14.4 RRCG disponga que «El Registrador suspenderá el depósito de las condiciones generales *ilegibles* en tanto se aclaren sus términos por el predisponente...». Es decir, que el Registrador no puede suspender el depósito de las cláusulas oscuras o incomprensibles. Sólo el de las ilegibles. Y en este punto la atención y la previsión del legislador quizá han ido más allá de lo razonable porque, aparte de que la disposición es obvia, ¿quién va a pretender la inscripción de modelos total o parcialmente ilegibles? Así pues, el Registro de Condiciones sólo tiene por objeto publicar las condiciones generales a determinados efectos, *pero no presumir la validez de las cláusulas inscritas*. De hecho, el Registrador de Condiciones *ni siquiera va a denegar la inscripción de las cláusulas declaradas nulas por los tribunales e inscritas en el Registro de Sentencias*.

Por tanto, *teóricamente*, y desde un punto de vista jurídico, una cláusula inscrita es tan sospechosa o tan fiable como una no inscrita. No obstante, esta idea merece alguna matización, porque *realmente* la situación es muy distinta. Qué duda cabe de que van a ser considerados más sospechosos los contratos de aquellas empresas que se mantengan ocultos, que los de aquéllas que se decidan a publicarlos en el Registro y a exponerse al juicio de los ciudadanos en general, y en particular al juicio —y a las acciones— de las entidades y asociaciones que velan por los derechos de los consumidores. En la práctica muchas veces cuenta más la fuerza de los hechos que la fuerza del Derecho. No existe en la ley una presunción de validez de las cláusulas inscritas, ni puede existir, dado que el Registrador no califica su validez, pero seguramente existirá en la sociedad una cierta *presunción fáctica de legalidad* de las cláusulas inscritas. La existencia del Registro va a otorgar a las cláusulas inscritas una cierta apariencia de validez, mientras que va a lanzar sobre los contratos que se mantengan en la clandestinidad la sombra de la sospecha. Sería deseable que la empresa moderna, competitiva y transparente no sólo se

(18) En el mismo sentido, SOFÍA DE SALAS, «Aproximación al nuevo Registro de Condiciones Generales de la Contratación», en *BCNR*, núm. 41.

preocupase de estar presente en Internet, sino también de estar presente en el Registro de Condiciones.

4. Principio de actualización del Registro de Condiciones.—El RRCG prevé la rectificación o modificación de los asientos del Registro de Condiciones, disponiendo que: «La rectificación o modificación por el predisponente de los modelos de condiciones generales ya inscritas, se realizará con los mismos requisitos que el depósito del clausulado que se rectifica, pero se hará constar además en el RCGC por medio de nota al margen del asiento relativo a las condiciones generales modificadas» (art. 12) (19). Según se deduce de la palabra «además», hay que entender que lo que el legislador prevé no es la constancia por nota marginal, como rectificación de asiento, de las modificaciones que se produzcan en los modelos inscritos, sino la posibilidad de actualización del Registro mediante la cancelación de los modelos que vayan cayendo en desuso y la inscripción de los nuevos que los sustituyan. La nota marginal no es más que una nota de referencia a la nueva inscripción que rectifica o sustituye a la anterior.

Por lo demás, aunque este precepto parece regular dos temas ciertamente distintos: la *modificación* por el predisponente de los modelos inscritos, que es a la que me he referido y que normalmente deberá dar lugar a una nueva inscripción registral, y la *rectificación* de los asientos del Registro (de hecho en el Borrador RRCG figuraba la rúbrica «Rectificación de asientos»), realmente creo que debe entenderse que sólo se refiere a la *modificación y actualización de los modelos inscritos* (por lo que la expresión rectificación, aunque no es disparatada, tampoco es la más afortunada: en el mundo registral, y en el jurídico en general, la palabra rectificación suele reservarse para los casos de subsanación de errores, y no es conveniente aplicarla a los supuestos de cambios contractuales, aunque éstos pretendan limar o eliminar defectos del modelo contractual anterior). La rectificación de errores en los asientos se hará conforme a las reglas generales del Reglamento Hipotecario, al que se remite el artículo 24 RRCG.

(19) El borrador del RRCG empleaba una técnica equivocada o una redacción equivocada, dando a entender que sólo cabía la rectificación de las inscripciones por nota marginal y no mediante la cancelación del asiento rectificado y su sustitución por otra inscripción nueva. Su redacción, en lo que nos importa, era la siguiente: «La rectificación o modificación por el predisponente de los modelos de condiciones generales ya inscritas ... se hará constar en el RCGC por medio de nota al margen del asiento relativo a las condiciones generales modificadas». El Reglamento aprobado, que en incontables puntos manifiesta una importante labor de depuración y mejora del Borrador, intercala después de la expresión «se hará constar» la palabra «además», dando a entender que la nota marginal no es más que una nota de referencia a la nueva inscripción de modificación.

B) *Registro de sentencias*

1. Principio de inscripción obligatoria de las sentencias estimatorias de la nulidad o no incorporación.—En contraposición al Registro de Condiciones, el Registro de Sentencias es obligatorio. Así resulta del artículo 11.4 LCGC que dice imperativamente que *serán* objeto de inscripción las sentencias firmes *estimatorias* de las acciones individuales o colectivas de nulidad o no incorporación (20), y del artículo 22 que preceptúa que «*en todo caso* en que hubiere *prosperado* una acción colectiva o una acción individual de nulidad o no incorporación relativa a condiciones generales, el Juez dictará mandamiento al titular del RCGC para la inscripción de la sentencia en el mismo». De estos artículos también se deduce claramente que, como antes vimos, las únicas sentencias que son objeto de inscripción son las estimatorias de la nulidad o de la no incorporación, pero no las desestimatorias de las acciones ejercitadas.

2. ¿Principio de no inscripción de las sentencias de validez?—Como antes he dicho, según la LCGC, sólo se inscriben las sentencias estimatorias de la nulidad o no incorporación, pero no las que en su caso declaren la validez o la incorporación, lo cual daría lugar a una falsa representación de la realidad jurisprudencial. El Registro de Sentencias será exacto, pero, por definición, no será completo, sino parcial y unilateral.

Sin embargo, como también antes vimos al hablar del objeto del Registro de Sentencias, el RRCG ha pretendido enmendar esta inconsecuencia legislativa disponiendo que serán objeto de inscripción las ejecutorias en que se recoja *el fallo* (estimatorio o no) de las sentencias firmes dictadas en el ejercicio de una acción individual o colectiva [art. 2.1.b) y c)]. Respecto a cómo debe resolverse esta disparidad de criterios entre la ley y el reglamento, me remito a lo que antes dije, y sólo deseo recordar que, dada la subordinación de la norma reglamentaria a lo dispuesto en la ley, la inscripción de las sentencias de validez o desestimatorias de las acciones de nulidad no puede considerarse un hecho incontrovertible.

3. Principio de duración infinita (no indefinida) de las inscripciones de las sentencias estimatorias de la nulidad o no incorporación.—También como antes hemos visto, las inscripciones de sentencias de nulidad o no incorporación que se practiquen en el Registro son de duración infinita: no existe ningún medio por el que puedan ser canceladas, sustituidas o modernizadas. Por una parte es lógico que se mantenga la integridad de la jurisprudencia recaída, pero, con el tiempo, esta falta de actualización podría generar un

(20) La norma también incluye, erróneamente a mi entender, a las sentencias estimatorias de acciones declarativas del carácter de condición general.

Registro anticuado, contradictorio, inmanejable y confuso. Quizá podría haberse previsto algún tipo de clasificación cronológica, aunque es cierto que éste no es un problema ni mucho menos inmediato.

C) *Principio de publicidad del contenido del registro*

El RCG, en su doble vertiente de Registro de Condiciones y de Sentencias, es esencialmente un instrumento de publicidad, una institución dirigida a que los ciudadanos y las entidades de defensa de los consumidores puedan conocer de forma sencilla, rápida y segura, los modelos de condiciones generales y las cláusulas declaradas nulas o no incorporadas al contrato por los jueces y tribunales. Por ello dice el artículo 11 LCGC que el RCGC será público y que todas las personas tienen el derecho a conocer el contenido de los asientos registrales (art. 11.5 y 6).

Sobre la forma en que esta publicidad se lleva a cabo volveremos después al tratar de la organización del Registro de Condiciones Generales.

V. ORGANIZACIÓN DEL REGISTRO

¿Cómo se articula el RCG?

A) *Registro Central y Registros Provinciales.*—La ley solamente dice que existirá un RCG al menos en la cabecera de cada TSJ (DA 3.^a), y que se autoriza al Gobierno para fijar el número y la residencia de los Registros de CGC (DF 2.^a). En desarrollo de estas Disposiciones, el RRCG articula el RCG en varios Registros Provinciales, uno por Provincia, y uno Central, con sede en Madrid, que llevará a cabo las funciones de coordinación entre los Registros Provinciales (art. 3).

En realidad, por su naturaleza, *parece que el RCG debería ser un Registro único para todo el territorio nacional*, y de hecho el Anteproyecto de LCGC sólo contemplaba la creación de un RCG. Sin embargo, las presiones políticas de algunas Comunidades Autónomas han llevado a esta prevista dispersión provincial del Registro, y a este sistema de Registros provinciales y «provincianos», atemperado por la existencia de un Registro Central.

El sistema resultante es esencialmente el siguiente: los Registradores provinciales comunicarán telemáticamente al Registrador central las inscripciones efectuadas (art. 16 RRCG), y el Registro Central formará una base de datos general integrada por un extracto de todas las inscripciones y anotaciones practicadas en cada uno de los diferentes Registros, relativas tanto a condiciones generales como a sentencias de nulidad o de no incorporación

(art. 20.4 RRCG) (21). A esta base de datos común podrá acceder cualquier persona física o jurídica a través de cualquier Registro Provincial (art. 20.5 RRCG).

En cuanto a la competencia territorial, las condiciones generales de los contratos y las resoluciones judiciales se inscribirán en el Registro correspondiente al domicilio social o profesional del predisponente, o en su defecto al del establecimiento principal desde donde dirija y gestione fundamentalmente sus negocios (art. 4 RRCG).

B) *Utilización de la infraestructura dispensada por los Registradores de la Propiedad y Mercantiles.*—Según el artículo 11.1 LCGC, el RCGC estará a cargo de un Registrador de la Propiedad y Mercantil, conforme a las normas de provisión previstas en la LH. Más concretamente, el RRCG establece que el RCG constituye una sección diferenciada dentro del Registro de Bienes Muebles que crea el propio Reglamento, y que el Registro Central de Venta a Plazos de Bienes Muebles y el Registro Central de CGC son secciones de un único Registro de Bienes Muebles Central (DA única, 1 y 3).

Añade la DT única RRCG que «hasta que no se modifique la demarcación registral correspondiente al Registro de Bienes Muebles, las secciones que lo integran seguirán a cargo del Registrador de la Propiedad y Mercantil que en el momento de la entrada en vigor de este Real Decreto ostente la competencia». La cuestión es que, como el RCGC es un Registro nuevo, y no un Registro o sección de otro Registro ya existente, no debería haber en el momento de la entrada en vigor del RRCG ningún Registrador que ostente la competencia sobre el RCG. Sin embargo, el problema viene resuelto de una forma un tanto estrambótica por la previa Orden de 19-7-99, por la que se aprueba la Ordenanza para el Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles, que establece en su DT.1 que hasta que tenga lugar la aprobación de la demarcación registral correspondiente al Registro de Bienes Muebles (aunque en aquel contexto antes debía crearse este Registro, porque dicha Orden no lo hacía), el RCG constituirá una Sección especial de los actuales Registros de Venta a Plazos de Bienes Muebles y el Registrador central de VPBM asumirá la llevanza del Registro Central de CGC.

C) *Sistema de folio personal y de clasificación por razón de la materia.*—Bajo la rúbrica «Sistema de folio personal», dispone el artículo 8.1 RRCG que: «El RCG se llevará por el sistema de folio personal, de manera que las condiciones generales se inscribirán, clasificarán y consultarán por

(21) El artículo 20.4 RRCG dice que la base de datos estará integrada por un extracto de las condiciones y sentencias inscritas o anotadas en cualquiera de los Registros Provinciales «o en el Registro Central». Pero parece que esta última frase se debe a un error, porque en el Registro Central no pueden constar otras condiciones o sentencias que las inscritas en los Registros Provinciales, ya que el artículo 3 RRCG aclara expresamente que el Registro Central no asumirá la función de Registro Provincial de Madrid.

razón de la persona del predisponente». Como el Reglamento no distingue (y a pesar de que no habla para nada de resoluciones judiciales recaídas sobre condiciones generales), parece que este sistema de clasificación, según la persona del predisponente, se refiere tanto al Registro de Condiciones como al Registro de Sentencias.

Sin embargo, los siguientes párrafos de este artículo 8 parece que sólo se refieren al Registro de Condiciones, y no al de Sentencias, cuando dicen que: «2. Las condiciones generales podrán también ser consultadas por razón de la materia y por sectores específicos de la contratación. 3. A estos efectos, dentro de las condiciones generales del mismo predisponente se clasificarán por razón de la materia, asignando a cada una la misma denominación o nombre identificativo que, en su caso, hubiera utilizado aquél». Además, y en este caso sin duda con referencia exclusivamente al Registro de Condiciones (por la referencia que se hace al Libro de Depósito de Condiciones), dispone el artículo 13 RRCG, bajo la rúbrica «Índice de profesionales», que el Registrador de condiciones generales llevará un índice por orden alfabético y por procedimientos informáticos en el que se incorporará, al menos, la identificación del predisponente y un extracto de los diferentes asientos practicados relativos al mismo en el Libro de Depósito de Condiciones Generales.

La aparente exclusión del Registro de Sentencias de todo este sistema tampoco alcanzó a comprenderla, porque sin duda en la práctica será imprescindible disponer de un índice de Sentencias —de nulidad o de cualquier sentido— por materias, sobre todo si se entiende que estas sentencias producen efectos *erga omnes*, cualquiera que sea el predisponente (por ejemplo, a efectos de calificación por parte de Notarios y Registradores de la Propiedad). Sin embargo, en otro lugar, al tratar de la información sobre el contenido del Registro, el artículo 19.3 RRCG *parece presuponer que las sentencias también deben ser clasificadas por razón de la materia, e incluso atendiendo a otros criterios*, al decir que «La información se facilitará por razón del predisponente o de la materia. Tratándose de condiciones generales declaradas judicialmente abusivas por sentencia inscrita que estén comprendidas en la DA 1.ª L 19-7-1984 DCU, podrán también consultarse por razón del epígrafe o cláusula, de la 1 a la 29, en la que estuvieran incluidas».

Este artículo me sugiere un par de reflexiones. La primera es que al referirse a la consulta por razón de los epígrafes o cláusulas establecidos en la DA 1.ª LCU, *sólo menciona a las condiciones generales declaradas judicialmente abusivas por sentencia inscrita*, y no en general a las condiciones sobre las que haya recaído una sentencia inscrita, sea ésta de nulidad o de validez de la condición general, olvidándose de que en el artículo 2, en relación con la EM del RRCG y otros artículos concordantes, había introducido la inscripción obligatoria de las citadas sentencias con independencia de cuál hubiera sido el sentido del fallo. La segunda es que, tratándose de condiciones

generales, la clasificación por materias se realiza asignando a cada condición la misma denominación o nombre identificativo que hubiera utilizado el predisponente (art. 8.3 RRCG). Pero tratándose de sentencias, aparte de que no hay nada previsto en el Reglamento sobre esta clasificación, el predisponente no tiene porqué haber atribuido una denominación a la cláusula enjuiciada y, aún en el caso de que lo haya hecho, no parece que su criterio pueda ser utilizado, al menos en los casos en que haya perdido el juicio. Por otra parte, ni la Ley ni el Reglamento atribuyen al Registrador encargado del RCG ninguna competencia para realizar por sí mismo este tipo de clasificación: más bien al contrario, en el único precepto en que el Reglamento trata el tema lo hace para establecer que el Registrador asignará la misma denominación que haya utilizado el predisponente.

Creo, no obstante, que el propio artículo 8.3 RRCG proporciona suficiente argumento para resolver este problema. Según este artículo, las condiciones generales del mismo predisponente se clasificarán por razón de la materia, asignando a cada una la misma denominación o nombre identificativo que, en su caso, hubiera utilizado aquél. Pues bien, la expresión «en su caso» supone que el legislador ya prevé el supuesto de que el predisponente no atribuya a la cláusula en cuestión ninguna denominación y, sin duda, ello no obsta a que dicha condición innominada deba ser clasificada, como todas, por razón de la materia. La clasificación, entonces, corresponderá hacerla al Registrador, de modo que el citado precepto debe ser leído así: El Registrador encargado del RCG clasificará las condiciones generales del mismo predisponente por razón de la materia, respetando siempre la denominación o nombre identificativo que, en su caso, hubiera utilizado aquél. Del mismo modo —entendiendo— deberá proceder el Registrador a la hora de clasificar por razón de la materia las cláusulas enjuiciadas sobre las que haya recaído sentencia inscrita en el Registro de Sentencias.

D) *Sistema de publicidad del contenido del Registro.*—Como hemos visto, el cometido existencial del RCG es el de servir de fuente de información de las condiciones y sentencias que son objeto de inscripción, de modo que todas las personas tienen derecho a conocer el contenido de los asientos registrales (y así lo dicen los arts. 11.6 LCGC y 19.1 RRCG). Los medios para hacer efectivo ese conocimiento son los siguientes:

En primer lugar, a imagen del Registro de la Propiedad, el conocimiento del contenido del Registro podrá obtenerse *mediante certificación o por nota simple informativa*. Además, los interesados podrán solicitar y recibir la información por vía telemática. Y, finalmente, se establece que la información podrá obtenerse no sólo de los Registradores de Condiciones Generales de la Contratación (o en general, de los Registradores de Bienes Muebles), sino también a través de cualquier Registrador de la Propiedad o Mercantil (art. 20 RRCG). En todo caso, la publicidad de los asientos registrales se realizará

bajo la responsabilidad y control profesional del Registrador (art. 11.7 LCGC y 19.2 RRCG).

En segundo lugar, como hemos visto, cualquier persona física o jurídica podrá acceder a la *base de datos central* (o de extractos) a través de cualquier Registro Provincial (art. 20.5 RRCG) (22).

Finalmente, se prevé que el Registrador Central de Condiciones Generales de la Contratación realizará además una *publicación anual* donde consten las sentencias judiciales inscritas como consecuencia del ejercicio de acciones individuales o colectivas de nulidad o no incorporación, o de acciones colectivas de cesación, retractación o declarativas de condiciones generales, clasificadas por sectores y predisponentes (art. 21 RRCG). A pesar de la referencia, que, como siempre, entiendo equivocada, a las sentencias declarativas de condiciones generales, no cabe duda de que esta publicación se limita al Registro de Sentencias, y no se refiere al Registro de Condiciones. Añade el artículo 21 RRCG que cualquier interesado tendrá derecho a obtener gratuitamente esta publicación (algo que parece demasiado generoso y, por experiencia, poco práctico, si por cualquier interesado entendemos cualquier persona), y que el Registrador central remitirá gratuitamente esta publicación al Consejo de Consumidores y Usuarios, al Instituto Nacional de Consumo y a los órganos responsables de consumo de las Comunidades Autónomas.

VI. EL DICTAMEN DE CONCILIACIÓN

De otra parte, la ley atribuye al Registrador de Condiciones Generales una nueva y polémica función como es la de emitir el llamado dictamen de conciliación. Este dictamen se halla previsto en el artículo 13 LCGC, que con una redacción enrevesada viene a decir que *antes de interponer las acciones* colectivas de cesación, retractación o declarativa (?) las partes podrán someter al Registrador de Condiciones Generales la cuestión de la adecuación a la ley de las cláusulas controvertidas, y éste emitirá un *dictamen no vinculante* en el que podrá proponer una redacción alternativa. Aunque la Ley no lo aclara, parece que el dictamen sólo podrá ser solicitado por ambas partes, actuando conjuntamente, o quizá también por cualquiera de los legitimados para interponer las acciones colectivas, pero no sólo por el predisponente, lo que no tendría mucho sentido.

Por su parte, el artículo 22 RRCG amplía este precepto en varios sentidos, comenzando por distinguir dos tipos de posibles dictámenes: el previo a la

(22) Este mismo artículo 20 RRCG prevé, a solicitud de cualquier interesado, una información continuada de carácter inmediato y sin límite de plazo que, al menos con los medios tradicionales, no parece que pueda ser operativa.

interposición de una acción colectiva, al que se refiere la Ley; y el relativo a la calificación de la validez de las condiciones generales, seguramente pensado como previo o preventivo de la interposición de una acción individual de nulidad. Respecto al primero, y único previsto en la Ley, el RRCG aclara que la cuestión debe someterse ante el Registrador provincial competente, y que el dictamen podrá consistir en proponer a las partes (23) una redacción alternativa de las cláusulas cuestionadas, o en determinar su alcance o interpretación, o en proponer la redacción alternativa sugerida por alguna de las partes.

Pero la innovación reglamentaria más importante es la introducida por el artículo 22.2 que prevé que *el dictamen será vinculante* si las dos partes se someten a la conciliación y expresamente lo hacen constar así en la solicitud, y cuando el Registrador aprecie que alguna cláusula está incluida en las previstas en la DA 1.^a LCU. La verdad es que esta previsión reglamentaria es muy discutible, tanto en cuanto a su jerarquía normativa, como en cuanto a su acierto. En cuanto a su oportunidad, porque no parece realista pensar que las entidades legitimadas para interponer las acciones colectivas vayan a aceptar someterse a un dictamen vinculante. Y en cuanto a su valor jurídico, porque es obvio que los predisponentes no pueden resultar vinculados, y mucho menos privados de defender su derecho ante los tribunales, por un dictamen que probablemente ni siquiera han solicitado, aunque el Registrador entienda que se trata de cláusulas incluidas en la DA 1.^a LCU. Ello iría contra la Ley CGC, que dice tajantemente que el dictamen del Registrador no será vinculante, contra la tutela judicial garantizada por la Constitución Española, y, sin ir más lejos, contra los principios del propio Registro CGC que no atribuye al Registrador la competencia para calificar la validez de las cláusulas que se le presentan para su depósito (lo que he llamado principio de no calificación).

En cuanto al segundo tipo de dictamen al que antes me he referido, viene previsto como novedad en el artículo 22.4 RRCG, según el cual, «También podrá someterse a dictamen al Registrador por parte del predisponente o del adherente, sin los efectos del dictamen de conciliación, *la calificación de la validez de las condiciones generales*. En estos casos, podrá someterse al Registrador central o a cualquiera de los provinciales, y no se limitará a calificar los extremos a que se refiere el artículo 14, sino la plena adecuación de las cláusulas a la Ley y a este Reglamento». Al primer golpe, la norma resulta sorprendente, y yo no me siento capaz de descifrar en esta inicial y apresurada mirada cuál es el sentido que encierra, a menos que no pretenda decir otra cosa más que cualquier interesado en un contrato con condiciones

(23) Empleando una mala gramática, el RRCG dice «a éstas», por referencia a números anteriores del propio artículo.

generales podrá pedir a cualquier Registrador de CG su opinión sobre la validez de dichas condiciones generales. Llama la atención que este dictamen carezca de los efectos del dictamen de conciliación (¿qué efectos?), y que teniendo por objeto calificar la validez de las condiciones generales se diga además, lo que en otro contexto resultaría irónico, que no se limitará a calificar los extremos a que se refiere el artículo 14 (lo que es obvio), así como que la calificación se referirá a la plena adecuación de las cláusulas a este Reglamento (como si las normas reglamentarias pudieran establecer requisitos de validez de estipulaciones privadas).

En fin, el establecimiento de este dictamen, tal y como venía previsto en la Ley, ha sido muy discutido por considerar que es tan inútil como demostró ser el acto de conciliación obligatorio previsto en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Estas críticas son perfectamente asumibles, siempre que no elevemos a la categoría de problema lo que no es más que un secuela de la ambición de la LCGC, a veces rayana en la candidez, por resolver todos los problemas de la forma más sencilla y rápida posible y, a ser posible, sin salir del ámbito extrajudicial. Si el dictamen es inútil, basta con no solicitarlo. Y por lo demás, frente a lo dispuesto en la Ley, el Reglamento nunca debe ser un problema.

VII. EFECTOS DEL REGISTRO DE CONDICIONES GENERALES

El RCG es un Registro destinado a informar del contenido de los contratos con condiciones generales y de las sentencias estimatorias (y desestimatorias, según el RRCG) de la nulidad o no incorporación de las cláusulas de aquellos contratos, y, de esta forma, posibilitar la efectiva aplicación de la legislación dictada en defensa de los consumidores o de los adherentes en general. Adicionalmente, el Registro produce ciertos efectos específicos destinados a estimular la inscripción por parte de las empresas de las condiciones generales de sus contratos. Todo ello determina que el RCG produzca ciertos efectos jurídicos a los que genéricamente se refiere el artículo 1 RRCG cuando dice que el RCGC es un Registro de trascendencia jurídica en el tráfico privado.

Pero para mejor comprensión de los efectos del RCG vamos a distinguir los efectos del Registro de Condiciones, los del Registro de Sentencias y los de los asientos provisionales o complementarios distintos de las inscripciones de condiciones generales y de sentencias.

A) *Efectos del Registro de Condiciones.*—1. El cómputo de la prescripción de las acciones colectivas.—El Registro de Condiciones tiene como función publicar las condiciones generales de las empresas sobre todo para que puedan ser conocidas y, en su caso, impugnadas por las entidades legitimadas para interponer las acciones colectivas. Además la propia existencia

práctica de este Registro depende de la voluntad de las empresas y, por consiguiente, es necesario establecer un acicate que haga atractiva la inscripción. Con este objetivo, y teniendo en cuenta aquella función, la ley establece que «las acciones colectivas de cesación y retractación *prescriben por el transcurso de dos años desde el momento en que se practicó la inscripción* de las condiciones generales cuya utilización o recomendación pretenden hacer cesar» (art. 19). Si se trata de condiciones no inscritas, parece que las acciones colectivas tendrán el mismo plazo de prescripción que las individuales, cualquiera que sea éste.

No obstante, el legislador es consciente de que en su afán por ofrecer una zanahoria a las empresas que acudan al Registro, ha limitado más allá de lo razonable el plazo de ejercicio de las acciones colectivas, sobre todo de la acción de cesación (24), teniendo en cuenta que las condiciones inscritas pueden ser utilizadas durante todo el tiempo que la empresa lo desee. Por eso, teniendo en cuenta además que la prescripción desde la inscripción no opera respecto a las acciones individuales, reduce en gran medida el incentivo para la inscripción añadiendo que, no obstante, las citadas acciones colectivas podrán ser ejercitadas *en todo caso durante el año siguiente a la declaración judicial firme de nulidad o no incorporación* que pueda dictarse con posterioridad como consecuencia de una acción individual (art. 19).

Además, entiendo que si con posterioridad a la inscripción cambia la legislación, las acciones colectivas que se funden en la nueva ley podrán ser ejercitadas durante el plazo de dos años siguientes a la publicación del cambio legislativo.

Por su parte, el RRCG, desarrollando lo dispuesto en la ley, establece el plazo de prescripción de dos años desde la fecha de la inscripción, pero añade que *se considerará como fecha de la inscripción para todos los efectos legales la del asiento de presentación* que deberá constar en la inscripción misma (art. 17.1). A mi juicio, esta aclaración es un error, porque la publicidad de las condiciones y la posibilidad de conocerlas por el Registro para impugnarlas, no comienza, al menos, hasta la fecha de la inscripción. Pero además es una *innovación reglamentaria ilegal*, porque la LCGC dice claramente que el plazo de prescripción se cuenta «desde el momento en que se practicó la inscripción».

2. El cumplimiento de los requisitos de incorporación de las condiciones generales.—El artículo 18 RRCG parece atribuir un nuevo efecto al Registro de Condiciones, diciendo que «los requisitos establecidos en los artículos 5 y 7 LCGC (requisitos de incorporación de las condiciones) se entenderán cumplidos cuando conste en las condiciones particulares del contrato una

(24) Para las acciones de retractación, si es que estas acciones tienen sentido, esta limitación del plazo de ejercicio simplemente no tiene ninguna justificación.

referencia y un recibí, firmados por el adherente, a los datos de inscripción de las mismas en el RCG y en la que figure que se le ha entregado un ejemplar de ellas» (25).

Como literalmente dice el precepto, y aquí es posible que el reglamento borde los límites de su competencia, la norma se refiere exclusivamente a la forma en que deben cumplirse o deben entenderse cumplidos los requisitos de incorporación establecidos en los artículos 5 y 7 LCGC en la contratación en masa, *pero no se refiere en absoluto a la calificación del Registrador de condiciones generales a efectos del depósito de los modelos contractuales*, pues, como hemos visto, la actuación del Registrador de Condiciones no se extiende a la calificación de la concurrencia de los requisitos de incorporación de las cláusulas contractuales. Y en concreto, según el artículo 14 RRCG, sólo deberá suspender la inscripción de las condiciones ilegibles, pero no aquéllas que considere ambiguas, oscuras o incomprensibles y que, según el artículo 7.b) LCGC no quedan incorporadas al contrato (26). Lo que ocurre es que, si esto es así, la norma, entendida como relativa a la forma en que pueden ser cumplidas las exigencias de los artículos 5 y 7 LCGC, *no es congruente y debería haberse limitado exclusivamente a referirse a los artículos 5 y 7.a), pero no al 7.b)*, porque si el Registrador no examina la circunstancia de si las cláusulas que se presentan para su depósito son ambiguas, oscuras o incomprensibles, ¿cómo puede entenderse que no lo son por el mero hecho de estar inscritas?

Aparte de estos efectos en orden a la prescripción de ciertas acciones colectivas y al cumplimiento de ciertos requisitos de incorporación al contrato de las condiciones, el Registro de Condiciones *no produce ningún otro efecto jurídico*, sin perjuicio de su importante función informativa y de control de la vigencia real del Derecho de consumo.

B) *Efectos del Registro de Sentencias*.—El propósito del Registro de Sentencias es el de que las sentencias que son objeto de inscripción sean conocidas por los ciudadanos, por sus abogados y por las asociaciones de

(25) Si bien añade, innecesariamente, pero con utilidad, que «esto no será de aplicación cuando alguna norma exija la incorporación material de las condiciones generales al documento».

(26) Debido a una errata, el artículo 7.b) LCGC dice que no quedarán incorporadas al contrato las condiciones «ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles», pero, obviamente, estas expresiones deben entenderse como alternativas, sustituyendo la letra «e» por una «o». Además, a la expresión «incomprensibles» no hay que darle carácter absoluto, porque en otro caso no tendría sentido la excepción que la norma establece a continuación, sino que hay que entenderla como incomprensibles para el común de las gentes (aunque sean perfectamente claras para los técnicos o especialistas), y que, por tanto, atentan al principio del que el último párrafo del artículo 7.b) es la excepción de que las condiciones generales deben ser redactadas con claridad y sencillez, de modo que puedan ser fácilmente comprendidas por todos.

consumidores y entidades de protección de sus derechos, y sean conocidas y aplicadas por los operadores jurídicos que ejercen funciones públicas, singularmente por los Jueces, Notarios y Registradores de la Propiedad y Mercantiles.

En este sentido, en lo que respecta a los Jueces, el Registro de Sentencias puede ser una fuente de conocimiento de las sentencias del Tribunal Supremo a los efectos de la vinculación prevista fundamentalmente en el artículo 20.4 LCGC (27). Pero el Borrador RRCG iba más allá y decía que: «La inscripción de las sentencias estimatorias firmes obtenidas en el ejercicio de acciones colectivas vinculará a los jueces y tribunales en ulteriores procesos en los términos previstos en el artículo 20.4 LCGC» (art. 18.2 del Borrador). Con esta disposición el Borrador reglamentario no hacía más que recoger lo que dice, y todavía dice, la EM de la LCGC, según la que el carácter eminentemente jurídico del RCG deriva, entre otros, de los efectos *erga omnes* que la inscripción va a atribuir a la declaración judicial de nulidad y de los efectos prejudiciales que van a producir *los asientos* relativos a sentencias firmes en otros procedimientos referentes a cláusulas idénticas. Pero, en realidad, esta afirmación era exagerada e inexacta. La vinculación y los efectos prejudiciales resultan del artículo 20.4 LCGC (y sobre todo, en mi opinión, del art. 12.2), y no de la inscripción de las sentencias. El Registro sólo sirve, y no es poco, para que las sentencias que producen esta vinculación puedan ser más fácilmente conocidas por todos los interesados. Por eso, en su redacción definitiva, el RRCG se limita a disponer en su artículo 17.2 que las sentencias firmes (ya no dice estimatorias) obtenidas en el ejercicio de acciones colectivas deberán inscribirse, conforme al artículo 22 LCGC, en el RCGC, y vincularán a los jueces y tribunales en ulteriores procesos en los términos previstos en su artículo 20, siempre que en el proceso sea parte el mismo predisponente.

En lo que respecta a los Notarios y Registradores de la Propiedad y Mercantiles, hay que tener en cuenta los nuevos artículos 10.6 LCU, 258.2 LH y 17.3 RRCG, a los que nos referiremos más adelante al tratar el problema de la calificación registral y la legislación de consumo.

C) *Efectos de los asientos provisionales o complementarios.*—Basta decir que los posibles efectos de estos asientos, las anotaciones preventivas de demanda y de suspensión de eficacia de una condición, y la inscripción de la persistencia en la utilización de una cláusula, son tan discutibles como la oportunidad de su previsión legal.

Pero respecto a los efectos de la inscripción de la persistencia en la utilización de cláusulas declaradas judicialmente nulas, creo que hay que destacar, además, dos normas reglamentarias. La primera se refiere a la cancela-

(27) Vinculación que algunos autores, como J. GARCÍA DE ENTERRÍA, consideran inconstitucional por ir contra el principio de independencia judicial.

ción de estas inscripciones, y dice que tan sólo podrán ser canceladas con el consentimiento de cada uno de los adherentes o legitimados para interponer las acciones colectivas a cuya instancia se hubiere practicado la inscripción o por resolución judicial firme (art. 15.4). De este artículo se desprende, a pesar de la expresión restrictiva con la que comienza su redacción, que la «persistencia» de la inscripción depende en primer término de la voluntad del que la solicitó, el cual puede cancelarla en cualquier momento. De donde parece deducirse que se trata de inscripciones que sólo producen efectos inter partes (o inter predisponente y legitimado para accionar), y cuya práctica, por tanto, no resulta justificada (28).

La segunda parece enmascarar un último intento del legislador para tratar de atribuir alguna utilidad a estas inscripciones, y dice que el Registrador de condiciones generales de la contratación *comunicará al Ministerio de Justicia* las anotaciones preventivas (según el art. 2, el asiento a practicar es el de inscripción!) realizadas por persistencia en la utilización de cláusulas nulas (15.5). Claro que si ésta va a ser la razón de estas inscripciones, sería preferible ahorrarlas y que sean los interesados los que se dirijan directamente al Ministerio. Por lo demás, no creo que el Ministerio de Justicia tenga atribuidas con carácter general competencias sobre un tema que pertenece más bien al ámbito judicial (29).

VIII. CONCLUSIÓN CRÍTICA

El RCG no es, ni puede ser, lo que probablemente la LCGC pretende que sea. La Ley es ambiciosa hasta la ingenuidad con respecto al RCG, y esta ambición se manifiesta en una serie de normas realmente desafortunadas y justamente criticadas por comentaristas y conferenciantes. Pero, una vez hecho este reconocimiento, tengo la impresión de que en este caso lo accesorio ha enturbiado la limpia visión de lo principal.

El RCG, como Registro de Sentencias, es, en esencia, un instrumento útil para el conocimiento de la jurisprudencia de consumo, y una *institución que*

(28) Por otra parte, la norma no resuelve la cuestión de la absurda duración indefinida de estas inscripciones, ya que no establece ningún plazo de caducidad y, a falta de consentimiento del que las instó, sólo admite la cancelación por resolución judicial a dictar en no se sabe qué tipo de proceso.

(29) La vía administrativa fue seguida, al parecer sin eficacia práctica, y sin necesidad de esperar a la persistencia, por la LCS de 8-10-80, cuyo artículo 3 establece que «declarada por el TS la nulidad de alguna de las cláusulas de las condiciones generales de un contrato, la Administración Pública competente obligará a los aseguradores a modificar las cláusulas idénticas contenidas en sus pólizas». Esta Administración competente es, según se deduce de los artículos 24 y 40 LOSSP 8-11-95, la Dirección General de Seguros.

está llamada a ir en la práctica mucho más allá de sus limitados efectos jurídicos. La simple publicidad de las cláusulas declaradas nulas por los tribunales tiene que contribuir eficazmente a que este tipo de cláusulas desaparezcan de nuestro Derecho.

En cuanto al RCG como Registro de Condiciones, no es, por ahora, más que una idea bienintencionada cuyo éxito está muy lejos de ser evidente, sobre todo si, como alguien ha sugerido, el depósito de los modelos es especialmente útil para los competidores del empresario depositante (30). Pero esto no debe verse como un problema, puesto que la alternativa no era otra que la no creación de este Registro: si el experimento no funciona, lo peor que puede pasar es que los que han confiado en su viabilidad se sientan decepcionados; si, por el contrario, el Registro de Condiciones llega a convertirse en un instrumento útil, tal como está o después de que se establezca la inscripción obligatoria en determinados sectores, la ley habrá cumplido su propósito, aunque sea contra pronóstico.

Segunda parte

LAS CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACION Y EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

I. CALIFICACIÓN REGISTRAL Y DEFENSA DE LOS CONSUMIDORES

Desde la publicación de la LCU de 1984, la doctrina hipotecarista se ha dividido entre quienes piensan que el Registrador de la Propiedad debe calificar que las cláusulas contractuales se ajusten a lo dispuesto en dicha ley, al igual que a lo previsto en el Código Civil o en cualquier otra ley, y quienes sostienen que la legislación de consumo es una legislación especial protectora de una de las partes del contrato, que no se refiere a los elementos principales del negocio, y que resuelve conflictos de cierta complejidad que por su naturaleza escapan al control registral, de modo que la determinación de cuándo una cláusula es abusiva está reservada a los jueces y tribunales dentro de un proceso contencioso.

A partir de la reforma introducida por la LCGC, dentro de esta polémica, se pueden distinguir dos temas distintos: la vieja cuestión de la calificación registral de las cláusulas abusivas, y el nuevo ingrediente de la calificación registral de las cláusulas declaradas nulas por sentencia judicial.

Para acercar el problema a la realidad práctica hay que recordar que, ordinariamente, la calificación del Registrador de la Propiedad de los nego-

(30) J. GARCÍA DE ENTERRÍA, *ob. cit.*

cios en que intervengan consumidores, entendiendo por tales aquellos que lo son según el Derecho de consumo, se va a proyectar casi exclusivamente sobre *préstamos hipotecarios* y, en menor medida, sobre contratos de *venta de viviendas por el constructor* —donde sólo hay unas pocas cláusulas sospechosas, sobre todo cuando se pactan condiciones resolutorias en garantía del precio aplazado y/o cláusulas penales—, y sobre contratos de *leasing inmobiliario*, no demasiado frecuentes y donde el arrendatario financiero es un profesional (aunque entra dentro de la nueva definición de consumidor que da la LCU reformada por la LCGC). A estos contratos, a partir de ahora, habrá que añadir la *venta de derechos de aprovechamiento por turno* regulados por la Ley 15-12-98, que es en gran medida una norma de derecho de consumo. Estos son los contratos predispuestos o de adhesión que típicamente se presentan en el Registro de la Propiedad (31).

A continuación voy a examinar separadamente, en primer lugar, el discutido y nunca definitivamente resuelto problema de la calificación registral de las cláusulas abusivas; y, después, el delicado problema creado por la nueva LCGC, pienso que de forma inconsciente y accidental, de la calificación registral de las cláusulas declaradas nulas por sentencia judicial.

II. CALIFICACIÓN REGISTRAL DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS

Desde la publicación de la LCU de 1984 ha sido muy debatida la cuestión de si corresponde al Registrador la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas contractuales o si, por el contrario, esta estimación está fuera del alcance de la calificación registral. No es una cuestión baladí, sino un tema de gran transcendencia para la efectividad de la legislación de consumo, pues como llegó a decir AMORÓS GUARDIOLA en 1990, si la LCU no fuese objeto de la calificación registral, podría quedar en letra muerta en el ámbito inmobiliario, pues no se conoce ni un solo caso en que un consumidor haya acudido a los Tribunales (32).

(31) Resulta preocupante que la calificación conforme al Derecho consumerista no se aplica a los contratos entre particulares, por lo que no se sancionan las cláusulas abusivas de las hipotecas en las que, además, se pactan intereses usurarios o se confiesa recibida una cantidad mayor que la entregada.

(32) Citado por GARCÍA GARCÍA, «La función registral calificadora, la protección de los consumidores y la cláusula penal en los Autos del Presidente del TSJ de Cataluña», en *RCDI*, núm. 610. Hoy las circunstancias han cambiado con el reconocimiento de las acciones colectivas.

A) *Doctrina DGRN*

La base de la doctrina de la DGRN en relación con la calificación registral de las cláusulas abusivas se encuentra en las Resoluciones de 8 de octubre de 1991 y siguientes (9, 10, 11 y 14 de octubre de 1991), que después se reitera en las Resoluciones de 4 de mayo de 1992 (1, 4, 5 y 29-6-92; y 6, 9, 10, 11, 13, 14, 16 y 17-7-92) (33), y que a su vez todas ellas se remiten a la breve doctrina establecida por la previa Resolución de 16 de febrero de 1990 que, a propósito de unas cláusulas que fijaban las condiciones de actuación del pacto de variabilidad de intereses en la hipoteca, denegadas por el Registrador, declara que «no es posible, con los simples datos que se pueden utilizar en la calificación registral, estimar que esas concretas estipulaciones sean cláusulas abusivas» conforme a la LCU de 1984 (34).

La Resolución de 8 de octubre de 1991 versaba sobre la inscripción de una escritura de compraventa con precio aplazado garantizada con condición resolutoria explícita, por la que «La Caixa» vendía la propiedad de un piso a un consumidor. Del amplio contenido de la Resolución, quizá el punto más claro y que más interesa a nuestros efectos es el relativo a la cláusula penal. La escritura establecía que la falta de pago a su vencimiento de dos cualesquiera de los 29 plazos en que debía satisfacerse la parte del precio aplazada tendrá el carácter de *condición resolutoria* explícita a que se refieren los artículos 1.511 del Código Civil y 11 LH, y, para el caso de resolución, fijaba la obligación del deudor de pagar una cantidad mensual (sería aproximadamente la correspondiente a un alquiler), a contar desde la fecha de la escritura, en concepto de *uso y utilización del piso vendido*. A continuación estipulaba una *cláusula penal* diciendo que, como cláusula penal, ambas partes establecen que en caso de resolución la vendedora retenga en su poder, «en concepto de pena por incumplimiento, es decir, cláusula penal liquidadora del daño y *estrictamente penal*», la mitad de las cantidades que la parte compradora hubiese satisfecho hasta el momento de la resolución, sin que en ningún caso dicha cantidad, junto con la cantidad pagada por el uso del piso, pueda superar el 20 por 100 del precio total de la finca vendida por cada año transcurrido desde la firma del contrato (35).

El Registrador deniega la inscripción de la cláusula penal, entre otras razones, por infringir el artículo 10.1.c) 5.º LCU de 1984 (hoy DA 1.ª,

(33) En realidad, más que una doctrina reiterada en distintos supuestos hay aquí una misma doctrina aplicada a varios casos prácticamente idénticos.

(34) No hay más Resoluciones sobre el tema después de una última de 24-4-92.

(35) Teniendo en cuenta que el precio se aplazaba por más de seis años (29 plazos trimestrales), a partir del quinto año la pena, más el pago por el uso, podrían ser superiores al precio de la finca (aunque también hay que tener en cuenta la posible revalorización del inmueble durante ese tiempo).

núm. 24), que dice que serán nulas las cláusulas que impongan «incrementos de precio... o penalizaciones que no correspondan a prestaciones adicionales...». En Primera Instancia, el Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña *confirma la nota del Registrador*, señalando expresamente que no puede dejar de relacionarse la cláusula penal e indemnizatoria de uso con el artículo 10 LCU. Sin embargo, la DG revoca el Auto Presidencial diciendo escuetamente, en relación al tema del alcance de la calificación registral a la legislación consumerista, que: «Respecto a la pretendida vulneración del artículo 10 LCU, ha de recordarse la doctrina sentada por este Centro Directivo [se refiere probablemente a la citada Resolución de 16-2-90] conforme a la cual los medios de calificación de que dispone el Registrador (art. 18 LH) impiden a éste apreciar si las concretas estipulaciones debatidas tienen carácter abusivo conforme a dicha Ley».

De acuerdo con esta larga serie de Resoluciones, prácticamente idénticas, ha sido frecuente entender que la doctrina de la DG es la de que la determinación del carácter abusivo de una cláusula conforme a la LCU *escapa a la calificación registral por razón de lo limitado de los medios de que dispone el Registrador para llevar a cabo esta calificación*.

B) *Revisión de la doctrina de la DGRN*

1. La obligatoriedad de calificar las cláusulas abusivas.—Las cláusulas abusivas, conforme a la legislación de consumo, son nulas de pleno derecho, y, *a priori*, no cabe duda de que el Registrador está *facultado y obligado* a calificar la validez de los actos dispositivos, y a denegar la inscripción de las cláusulas nulas (art. 18 LH). Y así lo presupone la DGRN cuando viene a decir que lo que, en el caso concreto, impedía al Registrador apreciar si las estipulaciones eran abusivas fueron los medios de que disponía para fundar su calificación. Por ello, de ningún modo puede decirse —como hace el Notario recurrente en la referida Resolución de 8 de octubre de 1991—, que la aplicación de la Ley de Defensa del Consumidor por parte del Registrador supone una inmisión en funciones jurisdiccionales que la Constitución reserva a los Tribunales Ordinarios de Justicia. La calificación registral es la misma en la aplicación de la legislación de consumo que en la aplicación de cualquier otra norma del Ordenamiento Jurídico. Una función preventiva, independiente tanto respecto a la Administración como respecto a los particulares, y muy próxima a la jurisdicción voluntaria, que enjuicia o aprecia la validez o nulidad de las estipulaciones contractuales tan solo a los exclusivos efectos de inscribir o denegar la inscripción de las mismas. Y no es nunca, por tanto, una función jurisdiccional estrictamente reservada a los Jueces y Tribunales.

Sin embargo, existen algunas frases en la LCGC que podrían llevar a pensar que, efectivamente, la apreciación de la nulidad establecida por las leyes de consumo no puede ser hecha por el Registrador de la Propiedad. Así, en primer lugar, el punto III de la EM de dicha ley, al tratar de la creación del Registro de Condiciones Generales de la Contratación, dice que se trata de un Registro jurídico, a cargo de los Registradores de la Propiedad, pero que, ello no obstante, «las funciones calificadoras nunca se extenderán *a lo que es competencia judicial, como es la apreciación de la nulidad de las cláusulas*». Obviamente, se refiere a que el Registrador del Registro especial de CGC no puede entrar a calificar la validez de las cláusulas que se contienen en los contratos que se les presenten, pero para eso no hacía falta decir que la apreciación de la nulidad de las cláusulas es —y quiere decir únicamente— competencia judicial.

Por otra parte, el punto IV de la propia EM de la LCGC, cuando se refiere, al final del primer párrafo, al ejercicio de acciones individuales de nulidad, añade que «La ley parte de que el control de la validez de las cláusulas generales tan sólo corresponde a Jueces y Tribunales, *sin perjuicio ... del deber de colaboración de los profesionales ejercientes de funciones públicas*». Este último inciso parece que se remite directamente a los nuevos artículos 10.6 LCU y 258 LH, tal y como quedan redactados por las DDAA 1.ª y 2.ª de la propia LCGC. Y así, y aunque de la problemática que presentan estos preceptos me ocuparé más adelante, parece que, en materia de consumo, el Registrador de la Propiedad sólo podría apreciar la nulidad de aquellas cláusulas previamente declaradas nulas por los Tribunales en sentencia inscrita en el nuevo Registro de CGC.

Con todo, y después de recordar que las Exposiciones de Motivos no constituyen normas jurídicas, entiendo que existen mejores argumentos para seguir defendiendo, con las precisiones que resultan de los posteriores epígrafes, que el Registrador está *facultado y obligado* a calificar la validez, y a denegar la inscripción de las cláusulas que la legislación de consumo declara nulas. En realidad, las expresiones que emplea la EM de la LCGC pueden reconducirse a una obvia interpretación: Que los Jueces y Tribunales *son los únicos competentes para declarar la nulidad de un contrato o de cualquiera de sus estipulaciones*. Esto se ha entendido siempre así, con relación a todo tipo de leyes, *sin perjuicio de la calificación que, en el ámbito extrajudicial, realizan los Registradores a los solos efectos de practicar o denegar la inscripción del documento*. Y, ¿por qué no decirlo?, sin perjuicio de que esta calificación implique en el fondo un verdadero enjuiciamiento del contrato y una apreciación de su validez.

El problema de la calificación de las cláusulas abusivas puede venir de otras consideraciones, como las relativas a los medios limitados a los que debe atenerse el Registrador para realizar su calificación.

2. Los medios disponibles para la calificación registral.—¿Hasta qué punto son limitados los medios con que cuenta el Registrador para llevar a cabo la calificación de los actos jurídicos que se presentan a inscripción? Según el artículo 18 LH, piedra angular de todo el sistema, el Registrador calificará la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas por lo que resulte de ellas y de los asientos del Registro. Por contraposición, se entiende que el Registrador no puede exigir la presentación de ningún otro documento, ni puede practicar ningún otro tipo de prueba.

Esto significa que una serie de causas de nulidad que podrían ser detectadas por los Tribunales, escapan sin embargo a la calificación registral, *con independencia de que resulten de la legislación de consumo o de las leyes generales*; es decir, con independencia de la clase —valga la expresión— de la legislación que las establezca. Así, por ejemplo, a pesar de que uno de los requisitos esenciales de validez de los contratos es la existencia de causa (art. 1.261 del Código Civil), la calificación registral no es capaz normalmente de alcanzar a los defectos causales. En este sentido la Resolución de 8 de abril de 1991 admitió la inscripción de una opción de compra, sospechosa de encubrir un pacto comisorio prohibido, porque el carácter fraudulento del negocio no resultaba del texto de los documentos presentados ni podía ser apreciado por el Registrador, dada la limitación de los medios calificadores de que dispone (art. 18 LH), sin perjuicio de que la existencia del fraude pueda ser justificada en el procedimiento judicial adecuado.

Dentro de esta situación podrían incluirse los supuestos en los que la calificación de una cláusula como abusiva exige una labor de valoración por parte del Registrador, que debería atender en muchos casos a circunstancias extrañas al contrato mismo, o a elementos de carácter extrajurídico, normalmente de orden económico, que van más allá de su específica preparación y de los medios de que dispone para llevar a cabo su actuación (así ocurre, entre otros, en los casos previstos en los números 3, segunda parte, 7, 9, 14, 18, 20, etc. DA 1.ª LCU, introducida por la LCGC 13-4-98).

Sin embargo, el hecho de que exista una mayor dificultad práctica, o incluso una imposibilidad funcional, para apreciar determinados defectos, no significa que ningún tipo de invalidez quede fuera del alcance de la calificación registral, cuando el defecto *resulte de forma razonablemente indubitada* de los documentos presentados o de los asientos del Registro. Así, siguiendo con el mismo ejemplo anterior, la Resolución de 29 de septiembre de 1987 confirmó la denegación de la inscripción de un derecho de opción de compra por tratarse de una opción en garantía que implicaba un pacto comisorio prohibido en nuestro Ordenamiento (36).

(36) En realidad, esto ni siquiera resultaba claramente del documento presentado, pero, a juicio del Registrador, que era el que suscribe estas líneas, se deducía suficien-

De igual forma, podemos decir que el Registrador tiene una dificultad práctica para apreciar la existencia de cláusulas abusivas conforme a la ley de consumidores, dado que se trata de un tipo de nulidad complejo, que exige una relación con el contexto y que puede no resultar claramente del documento presentado. Pero no puede afirmarse con carácter general que la estimación de la existencia de una cláusula abusiva escapa a la calificación registral por razón de los limitados medios de que dispone el Registrador para llevarla a cabo. Sino tan sólo que, en el caso concreto objeto del examen registral, no es posible, con los medios de que específicamente dispone el Registrador en ese caso, apreciar si determinada cláusula es abusiva o no. Por el contrario, no hay más que leer la DA 1.ª LCU para vaticinar que en muchos casos el carácter abusivo puede resultar perfectamente claro del título presentado, en cuyo caso entiendo que podrá y deberá ser apreciado por el Registrador en su normal labor calificadora.

3. Reinterpretación de la doctrina de la DGRN.—De acuerdo con lo anterior, podemos hacer una interpretación más abierta de la doctrina de la DG, en el sentido que propugna JUAN M.ª DÍAZ FRAILE (37). Observa este autor que lo que dice la DG es que los medios de calificación de que dispone el Registrador le impiden apreciar «*si las concretas estipulaciones debatidas*» tienen carácter abusivo conforme a la LCU. De forma que la doctrina de la DG tiene un valor relativo y circunscrito al caso concreto y de ningún modo impide que los Registradores tengan en cuenta en su calificación la legislación de consumo. Así resulta de otras Resoluciones de la propia Dirección, como la de 7-9-88 que, con relación a una cláusula hipotecaria de interés variable, según la cual, pasado el primer año del préstamo, el tipo de interés anual aplicable será el establecido por el propio Banco prestamista como tipo de interés preferencial para préstamos hipotecarios, dispone que esta cláusula va en contra de la norma de que la validez y el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes, establecida por los artículos 1.256 del Código Civil y 10.e).2 LCU de 1984. No cabe duda de que la referencia que realiza la Dirección a la LDCU confirma que se trata de una ley que puede ser tenida en cuenta en la calificación registral (38).

temente de la existencia de un poder irrevocable otorgado por el concedente de la opción a una persona de la confianza del optante. No obstante, esta estimación del Registrador probablemente no habría sido compartida por la DG si no fuera porque el propio recurrente, creyendo ingenuamente que el acto era perfectamente válido, puso de manifiesto la realidad contractual que el Registrador sospechaba. Aún así, el Presidente de la Audiencia falló en contra de la calificación registral.

(37) «La protección registral al consumidor y la Directiva sobre cláusulas contractuales abusivas de 1993. Situación actual de la cuestión», en *RCDI*, núm. 633, 1996.

(38) Pueden verse otras Resoluciones examinadas por DÍAZ FRAILE en el trabajo citado.

En mi opinión, uno de los factores que han influido en la interpretación restrictiva de la doctrina de la DG en este tema ha sido el dudoso acierto de la Resolución de 8 de octubre de 1991, al menos en el punto a que antes nos hemos circunscrito. Como señala JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA —que fue el Registrador recurrido en dicha Resolución—, si entendemos, como hace RODRIGO BERCOVITZ, que la norma del actual número 24 DA 1.ª LCU prohíbe las cláusulas estrictamente penales en los contratos con consumidores, parece que la cláusula enjuiciada era paladinamente abusiva y podía ser estimada como tal por la calificación registral, pues la propia escritura decía, sin disimulo alguno, que era una cláusula estrictamente penal, y —añado yo—, estaba claro que no correspondía a ninguna prestación adicional. Sin duda, la postura de la Dirección en un caso tan diáfano, dentro de la diafanidad que puede razonablemente exigirse en el mundo del Derecho, ha contribuido a llevar a los exégetas a la conclusión de que, para la DG, el carácter abusivo de una cláusula, que no se oponga a ninguna otra ley, no es calificable por el Registrador. Pero, por las reacciones que se advierten en los últimos tiempos, es de esperar que esta impresión varíe radicalmente en un futuro inmediato.

Sin embargo, la constatación de que la legislación de consumo puede ser tenida en consideración por el Registrador de la Propiedad para suspender o denegar la inscripción de una determinada estipulación, *no resuelve todos los extremos del problema que plantea la calificación registral de las cláusulas abusivas.*

C) *La especial problemática de la calificación registral de las cláusulas abusivas*

Una vez sentado que la calificación registral debe contribuir a la efectividad de la legislación consumerista, al igual que a la efectividad de cualquier otra legislación, hay que señalar que, no obstante, la materia de consumo *presenta unas características específicas, y en algún punto únicas*, que van a influir, normalmente para limitarlo, sobre el alcance práctico del control registral. Este régimen especial de la calificación registral deriva, de una parte, de que puede decirse, al menos a los efectos que ahora pretendo deducir, que las normas de consumo no son normas de protección del interés general, sino de protección del interés del concreto consumidor que es parte en un específico contrato, por lo que, en principio, *nunca deben ser aplicadas en perjuicio del adherente cuya protección se pretende.* Y resulta, de otra parte, de que las dificultades de averiguación y valoración que habitualmente conlleva la función calificadora *se manifiestan con especial intensidad en el ámbito de las cláusulas abusivas.* Finalmente, habrá que tener en cuenta el siempre delicado problema de la nulidad simplemente parcial, que en materia de consumo se

presenta con una mayor intensidad. A todas estas cuestiones me refiero brevemente a continuación.

1. El perjuicio del consumidor por la no inscripción del documento.—

Dentro de un procedimiento judicial, no cabe duda de que la legislación de consumo es imperativa y que los jueces no deben tener en cuenta las estipulaciones o las renunciaciones firmadas por el consumidor, por imposición de la empresa predisponente, que vayan contra sus disposiciones. Pero en el ámbito extrajudicial, la aplicación estricta de este principio suele ser un remedio peor que la enfermedad. En el Registro de la Propiedad se presentan a inscripción contratos en los que *no existe contención*, sino acuerdo entre las partes. Contratos que muchas veces incluyen cláusulas dudosas, pero que, por ahora, no son más que previsiones abstractas, que no se refieren al objeto principal del negocio (ya que éste escapa a la legislación de consumo y queda sujeto al juego de la libre competencia), y cuyo cumplimiento, más o menos estricto, no se está exigiendo en ese momento, puesto que *no estamos ante ninguna ejecución*, —que probablemente, al menos respecto a esas cláusulas sospechosas, nunca se producirá—, sino ante una pretensión de publicidad jurídica.

También es necesario no perder de vista que el Registro de la Propiedad es una institución que realiza una función de *seguridad preventiva* que pretende evitar o reducir al mínimo la conflictividad jurídica y el número de litigios. Por eso *hay pocas cosas que puedan ir de forma tan clara y directa contra la naturaleza y función de la institución registral que una actuación que en lugar de contribuir a la erradicación de los conflictos, ayude a provocar su generación en una situación contractual en donde, en principio, no existe ningún enfrentamiento*. Por todo ello entiendo, aún con el reparo que produce pensar que la seguridad preventiva debe realizarse dentro de unas condiciones de justicia y de respeto a la legalidad vigente, y resignado a soportar el peso de esta duda, que *el Registrador no debe aplicar las normas de protección del consumidor cuando esa aplicación pueda ir en perjuicio del propio consumidor (expresión con la que me refiero al concreto adherente en un contrato determinado, y no a los difusos intereses generales de los consumidores)*. Así ocurre siempre que pueda deducirse implícitamente del documento presentado —o incluso se evidencie explícitamente, como con tanta frecuencia sucede en la práctica, mediante un ruego verbal formulado ante el Registrador que debidamente ha paralizado una inscripción con base en la legislación consumerista— que *el mismo consumidor pide que no se le proteja tanto*.

El Derecho de consumo también tiene que aceptar que las personas tienen derecho a saber y a decidir qué es lo que más les conviene en cada momento (39). Si un consumidor, incluso debidamente informado del carácter abusi-

(39) En el momento en que redactaba estas líneas se publicaba en la prensa una noticia que, aunque ciertamente alejada del tema que aquí se plantea, puede ser muy

vo de ciertas estipulaciones, decide contratar un determinado préstamo hipotecario, no cabe duda de que su deseo y su interés es que ese contrato sea inmediatamente inscrito en el Registro, porque además la ley no le ofrece otra salida que le permita disfrutar del crédito y disfrutarlo cuanto antes. Ante esta situación, hay que preguntarse si la suspensión de la inscripción realmente sanciona a la empresa desaprensiva o más bien castiga al consumidor, o, en fin, si lo único que consigue es entorpecer el funcionamiento del sistema económico sin ninguna contrapartida de justicia. Si el propio consumidor solicita la inscripción del contrato defectuoso, el Registro no puede sumar un agravio (la denegación de su pretensión de inscripción), a otro (la previa imposición de alguna cláusula abusiva).

Por buscar una justificación técnica a esta postura, si es que ello es necesario, podríamos considerar, al menos a efectos extrajudiciales, que las cláusulas consideradas abusivas en protección de los consumidores no deben considerarse automáticamente nulas, sino meramente anulables, *que es el tipo de nulidad que normalmente afecta a las causas de nulidad que se establecen en protección de una de las partes del contrato* (error, dolo, menor edad) (40). De este modo, la cláusula no sería nula a efectos de su inscripción si el presunto perjudicado prefiere no discutir por ahora su validez y obtener una rápida inscripción del documento. Obviamente, esto no supone ningún tipo de confirmación del contrato o de la cláusula en cuestión, que más tarde, si llega el caso, podrá ser impugnada ante los Tribunales. Pero además, en apoyo de esta argumentación en pro de la anulabilidad debe ser tenido en cuenta el artículo 9.1 LCGC que, incluso referido al ámbito judicial, dice que «La declaración judicial de no incorporación al contrato o de nulidad de las cláusulas de condiciones generales de la contratación *podrá ser instada por el adherente* de acuerdo con las reglas generales reguladoras de la nulidad contractual».

ilustrativa. Según se informaba, y cito de memoria, los pescadores de la zona de Gibraltar, para resolver de forma rápida sus problemas inmediatos y de subsistencia, habían firmado un pacto privado que al parecer implicaba reconocer la soberanía de la Colonia sobre 200 metros de mar territorial, a cambio de poder pescar de forma segura. Este pacto, sin duda, va contra los principios legítimamente defendidos por el Estado español y contra el interés general de la sociedad y, como es lógico, no puede ser reconocido por el Gobierno de la Nación. Pero de momento soluciona un problema acuciante que no puede ser resuelto de otro modo en un plazo razonable, y beneficia el interés inmediato de los pescadores, que renuncian así a respetar las normas que defienden el interés general. Sin duda, el Poder político no puede reconocer el acuerdo, pero, probablemente, tampoco debe obstruir su aplicación.

(40) Yo pienso que la ineficacia contractual es mucho más rica que la que resulta de la simple contraposición entre la nulidad absoluta y la anulabilidad. Pero ahora sólo me importa destacar que las sanciones previstas en la legislación de consumo son del tipo de las que se establecen en protección de una de las partes del contrato, y cuyo ejercicio o renuncia deben quedar al arbitrio de aquél en cuya defensa se establecen.

Claro que, fuera de los casos en que el interesado, debidamente informado, lo manifieste expresamente, el problema consiste en saber apreciar cuando la paralización de la inscripción perjudica al consumidor cuya protección se persigue. En el caso paradigmático de los préstamos hipotecarios, creo que el simple hecho de que sea el propio consumidor, o alguien que actúe en su representación, el presentante de la escritura —y el que solicita la inscripción sin ningún reparo—, es suficiente para entender que la actuación registral no debe ser suspendida con la excusa de proteger al mismo que la pretende. En realidad, ordinariamente, la propia firma y aceptación del contrato por parte del consumidor debería llevarnos a la misma conclusión. Y, en último término, la legislación de consumo tampoco debería ser aplicada por el Registrador si entiende que con ello perjudica al consumidor, aunque éste no lo haya solicitado o no sea fácil deducir alguna solicitud.

Con todo lo anterior sólo quiero afirmar algo que parece sensato: Que la interpretación de la legislación de consumo *debe regirse por el principio general de que su aplicación no debe causar al consumidor individual un perjuicio mayor del que pretende evitar*. Pero ello, por supuesto, no significa que no deba ser tenida en cuenta por el Registrador, entre otras cosas porque en muchos casos la no inscripción de ciertas cláusulas abusivas no conlleva ningún retraso en la inscripción del resto del documento.

2. Las cláusulas grises y los casos dudosos.—En la calificación de los contratos conforme a las leyes de consumo es frecuente encontrarse, más que con estipulaciones claramente nulas, con cláusulas sospechosas o de dudosa legalidad. En estos casos dudosos, sin perjuicio de atender siempre, en primer lugar, a las circunstancias del caso concreto, es conveniente además disponer *a priori* de una orientación sobre el lado hacia el que, ante la duda, debe inclinarse la balanza de la calificación registral, si hacia la admisión o hacia el rechazo.

En mi opinión —y esta es una postura personal de filosofía registral general que siempre he mantenido, y que excede el propósito de estas líneas—, *el Registrador debe actuar siempre con mucha cautela a la hora de denegar la inscripción*, y, en caso de duda —y al menos si no son de temer perjuicios irreparables—, la balanza debe inclinarse ordinariamente en favor de la inscripción, entre otras cosas por respeto al trabajo y a la opinión de las personas que, de una forma o de otra, han intervenido en la redacción o en el otorgamiento del documento, que normalmente será una escritura notarial. Pero esta cautela debe acentuarse y mantenerse especialmente en tema de consumo, porque la introducción del Derecho de consumo es un hecho jurídicamente histórico que, de la noche a la mañana, ha cuestionado la validez de un gran número de cláusulas de uso habitual que afectan a amplios sectores de la contratación. Basta echar un vistazo a la realidad práctica para comprender que con un criterio de calificación demasiado estricto, la mayoría de los

préstamos hipotecarios actuales estarían viciados de algún tipo de nulidad (41).

Las empresas, los consumidores y la sociedad en general —incluso los mismos juristas—, necesitan un tiempo para asimilar la irrupción imparable del Derecho de consumo, y una elemental prudencia aconseja avanzar poco a poco y sin sobresaltos en una materia que, interpretada con excesivo rigor en el plano extrajudicial no contencioso, puede obstaculizar gravemente el tráfico jurídico. Pues, en el fondo, desde una perspectiva histórica, la legislación consumerista es como un bebe que está dando sus primeros pasos.

Por lo demás, no tiene porqué extrañar, sino que es algo lógico y natural, que, en ocasiones, una determinada cláusula inscrita, si llega el caso en que es exigido su cumplimiento, pueda ser posteriormente declarada abusiva por los tribunales, dentro de un proceso contencioso, con todos los medios de prueba de que disponen las partes procesales, y sin las limitaciones de tiempo a que está sometida la calificación registral.

3. Las cláusulas expresamente declaradas abusivas por la ley.—Junto a los casos dudosos y a los supuestos en que la calificación de una cláusula como abusiva exige un proceso de valoración extraño a la función registral, existen sin duda muchos otros casos en que una determinada cláusula está concreta y expresamente prohibida por la legislación de consumo, y cuya nulidad puede ser perfectamente apreciada por el Registrador (son, por ejemplo, los casos de los números 2, en su mayor parte, 13, 17, 22, etc. DA 1.^a LCU). Algunas de las cláusulas claramente nulas por expresa disposición legal no son inscribibles por carecer de transcendencia real, pero, las que lo sean, *pueden y deben ser objeto de la correspondiente calificación registral* y estimadas como cláusulas nulas. Sin embargo, en mi opinión, esto no significa que, efectivamente, deba ser automáticamente denegada su inscripción, sino que *sólo deberán ser rechazadas en el caso de que ésta sea la actuación más favorable para el consumidor*; es decir, como antes vimos, en el caso de que *se respete el principio de que la legislación de consumo nunca debe ser aplicada en perjuicio del concreto consumidor* cuya protección se pretende.

Soy perfectamente consciente de que, de acuerdo con todo lo que llevamos dicho, esto va a suponer normalmente que las cláusulas nulas conforme a la legislación de consumo —que, no hay que olvidarlo, sólo pueden referirse a elementos accesorios o accidentales del contrato, pero nunca a la fijación del precio o a su objeto principal—, sólo van a ser erradicadas del

(41) Más que demasiado estricto es, sin duda, el criterio de la STS de 27-3-99 que, incluso sin necesidad de apelar a las normas de consumo, considera nulas las cláusulas de vencimiento anticipado del préstamo hipotecario por falta de pago de las cuotas de amortización.

Registro en el caso de que no impidan la inscripción del resto del documento, lo que nos obliga a examinar brevemente el problema de la nulidad parcial y de las posibilidades de integración del contrato.

4. El problema de la inscripción parcial y de la integración del contrato.—Cuando el Registrador estima que una o varias cláusulas son indudablemente nulas conforme a la legislación de consumo, surge el arduo problema de determinar la forma y el alcance en que esta nulidad incide en el resto del contrato. Es decir, se plantea el problema del reconocimiento de la nulidad parcial del contrato, que en materia de consumo tiene una especial significación.

a) *Ideas generales sobre la unidad negocial y la nulidad parcial.*—El hecho de que el contrato constituye una unidad indisoluble de todas sus estipulaciones y, enfrentado a esta realidad, el principio tradicional de que la parte útil no queda viciada por la inútil —*utile per inutile non vitiatur*—, son los mimbres con los que se fabrica el problema general de la posibilidad de que la nulidad afecte solamente a ciertas cláusulas o estipulaciones y deje a salvo la parte principal del contrato.

En el Derecho comparado, algunas legislaciones regulan expresamente la nulidad parcial de forma diversa. Así, mientras el Codice italiano entiende con carácter general que el contrato sólo será nulo parcialmente, a menos que resulte que los contratantes no lo habrían celebrado sin la parte nula (42), el BGB alemán establece que si parte de un negocio jurídico es nulo, todo el negocio jurídico es nulo, a menos que pueda asumirse que habría sido celebrado incluso si la parte nula hubiese sido omitida (43). En nuestro Derecho no existe una norma similar de carácter general, aunque sí muchas reglas particulares que vienen a establecer que sólo la cláusula nula se tiene por no puesta: de ellas, quizá la más importante en el ámbito registral es la norma que presupone que la inserción de un pacto comisorio prohibido no afecta a la validez de la prenda o de la hipoteca (ni en general, por extensión, del negocio que lo incluya). Fuera de estos supuestos, señala JESÚS DELGADO ECHEVERRÍA que la solución más acorde con el sistema de nuestro Código es la del BGB alemán (44), de modo que, como norma general, la nulidad de

(42) Artículo 1.419, párrafo 1.º, precedido del título «Nullità parziale». En el mismo sentido, el moderno Código Civil portugués establece en su artículo 292, también con carácter general al regular el negocio jurídico, que la nulidad o anulación parcial no determina la invalidez de todo el negocio, salvo cuando se demuestre que éste no habría sido concluido sin la parte viciada.

(43) Parágrafo 139, también precedido del título «Nulidad parcial». Tomo la traducción —aunque corrigiendo un error evidente— de EMILIO EIRANOVA ENCINAS, *Código Civil alemán comentado*. Madrid, 1998.

(44) DELGADO ECHEVERRÍA, en «*Lacruz*», *Elementos de Derecho Civil*, II, vol. 1.º, pág. 587. Barcelona, 1994.

alguna cláusula conlleva la nulidad del contrato, a menos que se demuestre que fue otra la voluntad de los contratantes.

En cualquier caso, lo que interesa destacar es que *el problema general de la nulidad parcial se resuelve de acuerdo con la voluntad de ambas partes contratantes*, de modo que, en caso de contención, el problema se convierte en una cuestión de interpretación del contrato que deberá ser realizada por los Tribunales. Por el contrario, como en seguida veremos, en materia de consumo la voluntad contractual tiene una eficacia más limitada, imponiéndose por ley una solución heterónoma.

b) *El problema de la nulidad parcial en los contratos con condiciones generales*.—En los contratos de adhesión con condiciones generales, parece evidente que no es admisible que la imposición de cláusulas abusivas por parte del predisponente pueda tener ordinariamente virtualidad para propagar la nulidad total del contrato en perjuicio del adherente; sino que el principio general debe ser el contrario, es decir, el de que la imposición unilateral de determinadas cláusulas abusivas no afecta a la validez de la parte principal del contrato, que tan sólo debe considerarse viciado de una nulidad parcial, normalmente limitada a puntos muy concretos.

En la LCGC de 1998 este principio resulta, de forma un tanto enrevesada, de los artículos 9.2 y 10.1 y 2, que vienen a decir lo siguiente: Según el artículo 9.2, «la sentencia estimatoria ... *decretará la nulidad [parcial]* o no incorporación al contrato de las cláusulas generales afectadas y *aclarará la eficacia del contrato de acuerdo con el artículo 10, o declarará la nulidad [total]* del propio contrato cuando la nulidad de aquéllas o su no incorporación afectara a uno de los elementos esenciales del mismo en los términos del artículo 1.261 del Código Civil». Respecto al primer caso de nulidad parcial, añade el artículo 10.2 que «la parte del contrato afectada por la no incorporación o por la nulidad [parcial] *se integrará* con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1.258 del Código Civil y disposiciones en materia de interpretación contenidas en el mismo». Se entiende, en el mismo Código Civil; es decir, fundamentalmente en los artículos 1.281 y siguientes.

Y respecto al caso de nulidad total del contrato, que, al fin, nos lleva a la asunción general del principio de la nulidad meramente parcial, dispone el artículo 10.1 que «la no incorporación al contrato de las cláusulas de las condiciones generales o la declaración de nulidad de las mismas *no determinará la ineficacia total del contrato, si éste puede subsistir sin tales cláusulas*, extremo sobre el que deberá pronunciarse la sentencia». Es decir, que el contrato sólo será nulo en su totalidad si no puede subsistir sin las cláusulas abusivas, pero de acuerdo con el anterior artículo 9.2 *in fine*, parece que *el contrato siempre podrá subsistir, a menos que la nulidad de las cláusulas afectadas o su no incorporación afectara a uno de los elementos esenciales del mismo en los términos del artículo 1.261 del Código Civil*. En este punto,

que excede el empeño que nos ocupa, basta con observar que de este artículo 10.1 se deduce el principio general favorable a la nulidad simplemente parcial en materia de cláusulas de adhesión abusivas; y que este principio en esta materia *parece casi absoluto y sin excepciones, porque la legislación de consumo no interviene en la regulación de los elementos esenciales* del contrato a que se refiere el artículo 1.261 del Código Civil (consentimiento, objeto y causa), de modo que la ineficacia que resulte de la ausencia de alguno de estos tres requisitos se regirá por lo dispuesto en el Código Civil y por la legislación general, pero no por los artículos 9 y 10 LCGC.

c) *La cuestión registral.*—Desde el punto de vista registral, el problema no consiste únicamente en determinar si nos encontramos ante una nulidad total o parcial, sino en decidir además si es posible la inscripción parcial del contrato o si, por el contrario, y aún tratándose de una nulidad simplemente parcial, la inscripción del documento debe ser rechazada en su totalidad: esto puede ocurrir en el caso de que la nulidad parcial exija una aclaración o integración del contrato que el Registrador no puede realizar; aunque es conveniente adelantar que, en mi opinión, esta integración pendiente no impide normalmente la inscripción parcial del resto del documento. Así pues, advertida la existencia de alguna cláusula abusiva, el Registrador de la Propiedad, con método analítico, debe llevar a cabo las siguientes operaciones:

Subsistencia del contrato.—En primer lugar, debe determinar si el contrato puede subsistir sin las cláusulas afectadas o si, por el contrario, la existencia de cláusulas abusivas conlleva la nulidad total del contrato. Como ya he adelantado, esta cuestión no creo que presente mayores problemas, porque si para que se produzca la nulidad del contrato es necesario que la cláusula afecte a alguno de sus elementos esenciales de consentimiento, objeto o causa, y, tratándose de cláusulas abusivas, esto es casi ontológicamente imposible, *lo normal es que el contrato subsista siempre sin las cláusulas nulas.*

Integración del contrato.—En segundo lugar, el Registrador debería determinar si el resto del contrato puede subsistir intocado, sin necesidad de integración alguna; en cuyo caso se limitará a inscribir el documento, limpio de las cláusulas estimadas como indudablemente abusivas. O si, por el contrario, la subsistencia del contrato exige llevar a cabo una labor de aclaración o integración, de manera que las cláusulas abusivas sean sustituidas por otras cláusulas válidas, conforme a lo dispuesto en el artículo 10.2 LCGC. Si éste fuera el caso, es evidente que esta tarea no puede ser realizada por el Registrador, que de ningún modo puede introducir en el contrato e inscribir en el Registro cláusulas que no figuran en el documento presentado. De hecho, incluso es muy dudoso que el Registrador sea competente para valorar si el contrato, privado de alguna cláusula abusiva, puede subsistir tal y como está, o necesita ser aclarado y objeto de algún tipo de integración. La labor de

aclaración de la eficacia del contrato y de su integración, según dice el artículo 9.2, *sólo puede y debe ser realizada por el Juez en la sentencia estimatoria de la nulidad* (aunque entiendo que esto no es exactamente así: la integración debe ser realizada, en primer término, por ambas partes de común acuerdo y, sólo en caso de desacuerdo, por el Juez).

Sin embargo, tampoco pienso que esta imposibilidad del Registrador para integrar cláusulas accesorias del contrato sea ordinariamente un obstáculo para la inscripción del resto del documento, una vez limpio de las cláusulas abusivas. Sin perjuicio de que, excepcionalmente, la inscripción parcial no sea posible porque la nulidad parcial impida el normal cumplimiento del contrato, sin una previa aclaración o integración del mismo. Con esta salvedad de *integración actual necesaria*, en mi opinión, en los demás casos, *lo único importante es saber que el contrato subsiste en sus líneas principales y, si subsiste, debe ser publicado*, con independencia de que en el futuro pueda ser necesario someterlo a alguna clase de aclaración o integración. De una parte, lo probable es que esta necesidad no se presente nunca, porque el supuesto para el que estaba prevista la cláusula accesorias abusiva que debería ser sustituida no llegue a tener efectividad. Y, de otra, entender lo contrario sólo nos deja dos indeseables alternativas: O bien resignarse a interpretar, como defienden algunos, que las cláusulas abusivas *escapan en todo caso a la calificación registral* (¡pero, ojo, no por la imposibilidad del Registrador para detectarlas, sino por la imposibilidad de integrarlas o de valorar si el contrato precisa de alguna integración!) (45). O bien paralizar la inscripción del contrato en su totalidad, y remitir a las partes, *sólo a los efectos de obtener la inscripción* del documento a que alcancen un nuevo acuerdo que prescinda de las cláusulas controvertidas, o, en su defecto, a una contienda judicial. Lo cual, obviamente, carece de sentido e iría en contra del propio consumidor, de la empresa predisponente y del tráfico jurídico en general.

Así pues, ordinariamente el Registrador debe rechazar las cláusulas abusivas que figuren en los contratos de adhesión, siempre que pueda determinar con certeza su nulidad, *sin importar si el resto del contrato subsiste sin más modificación, o si queda pendiente alguna futura aclaración*. Dejo, pues, para

(45) En el caso de que se acepte que el Registrador es competente para valorar si el contrato, privado de una o varias cláusulas, precisa o no de aclaración o integración, cabe una tercera posibilidad: calificar y rechazar las cláusulas abusivas cuando el Registrador entienda que el contrato subsiste sin otra modificación, y no calificarlas e inscribir el contrato en su integridad en caso contrario. Pero esta alternativa no me parece sensata. Ni creo que el Registrador pueda llevar a cabo aquella valoración, con los medios y el tiempo de que dispone para llevar a cabo su actuación; ni me parece justo que las cláusulas indudablemente abusivas sean rechazadas en un caso, e inscritas en otro (lo que, por otra parte, podría propiciar actuaciones fraudulentas).

otro, la tarea de poner de relieve los inconvenientes que pueden surgir de seguir esta opinión (46).

— En suma, hay que recordar que, *junto a la paulatina conquista de relaciones más equitativas, es interés principal del consumidor la preservación de los beneficios de la contratación en masa*, que es la que ha permitido, desde el punto de vista de las soluciones jurídicas, la disponibilidad de productos y servicios a precios asequibles y la misma existencia de los consumidores. Y hay que comprender que este tipo de contratación conlleva sus riesgos para el empresario predisponente, porque el contrato se planifica sin contemplar a una persona concreta, sino en abstracto, previendo lo más exhaustivamente posible los problemas que pueden surgir, y teniendo en cuenta que no todos los consumidores son contratantes leales y personas en las que se pueda depositar la confianza. De alguna manera, en el ámbito del consumo pagan justos por pecadores. Muchas de las cláusulas exorbitantes o de dudosa legalidad han surgido a lo largo del tiempo de problemas concretos con los que se han encontrado las empresas frente a consumidores incumplidores y deshonestos. Y en muchas ocasiones, estas cláusulas prevén situaciones excepcionales que nunca se van a producir o que nunca se van a exigir en la realidad: Como es sabido, nunca se ejecuta una hipoteca por una causa de vencimiento distinta de la falta de pago (47). Esto no significa que no se

(46) Existen otros argumentos que, a mi juicio, apoyan de forma bastante concluyente las ideas que acabo de exponer, y que ahora sólo me limito a apuntar. Así, en primer lugar, es importante destacar que, más o menos inconscientemente y sin ningún profundo examen teórico en el que apoyarse, esta despreocupación por la suerte del contrato privado de alguna de sus cláusulas es la manera habitual de actuar en la práctica registral, donde se deniega la inscripción de una o varias cláusulas sin más trámite que indicarlo en la nota al pie del título (y ello fuera del ámbito del Derecho de consumo, donde no rige ese principio general favorable a la nulidad parcial y donde la nulidad de una estipulación puede fácilmente arrastrar la del contrato en su totalidad). Además, también es habitual en la práctica limitarse a inscribir las cláusulas con trascendencia real y no hacer mucho caso de las meramente obligacionales, que ni siquiera son tenidas en cuenta en la nota que se hace constar al pie del documento que se inscribe (ya que no se deniega su inscripción: simplemente no son inscribibles). Esta forma de actuar muchas veces olvida que los contratos también pueden ser nulos en su totalidad —o al menos habría que valorar si estamos ante una nulidad total o parcial— por razón de la nulidad de aquellas cláusulas que, por carecer de trascendencia real, no son objeto de atención registral. Muchas veces, no obstante, la inscripción parcial, con exclusión de las cláusulas que el Registrador considere nulas o no inscribibles, se solicita expresamente por los interesados en una estipulación especial al efecto situada normalmente hacia el final del documento. En mi opinión, esta cláusula no es necesaria, ya que puede entenderse insita en la solicitud de inscripción, y además es inútil porque, al menos cuando se refiere a estipulaciones de carácter real, estamos ante una materia que afecta a terceros y es indisponible por los interesados.

(47) Como dice LUIS MARÍA CABELLO, con cierta generalización, la inclusión de cláusulas abusivas es económicamente inútil, y, en la mayoría de los casos, sólo el efecto psicológico intimidatorio justifica que el profesional incluya este tipo de cláusulas en los contratos. *La ley de Condiciones Generales de la Contratación*, pág. 99, y artículo allí citado en nota 55. Madrid, 1998.

deban proscribir las cláusulas abusivas, pero sí que es necesaria una gran cautela a la hora de intervenir en los contratos firmados por personas, si no plenamente libres (¿quién lo es?), sí perfectamente capaces (48). Cláusulas potencialmente abusivas, pueden también ser potencialmente justas o inocuas. Cláusulas sospechosas quizá no deben ser estigmatizadas en ese primer examen que es la calificación registral que, en materia de hipoteca, puede impedir siquiera que el derecho llegue a nacer.

D) *La aportación de los Registradores de la Propiedad a la lucha frente a las cláusulas contractuales abusivas*

Las anteriores consideraciones, y, en concreto, la constatación de las restricciones con que se encuentra el Registrador para calificar los contratos con cláusulas abusivas, *no deben interpretarse como una falta de sensibilidad hacia los consumidores por parte de la institución registral*. Por el contrario, además de que muchas de estas limitaciones derivan precisamente del deseo de no perjudicar al consumidor (según el principio de no denegación de la inscripción en perjuicio del adherente), lo cierto es que del Registro de la Propiedad han nacido una serie de iniciativas de protección de los consumidores frente a los abusos en materia de hipotecas y otros contratos de adhesión, incluso antes de existir la legislación consumerista. Sin duda, el Registrador no es el funcionario de una oficina de defensa del consumidor, sino un aplicador del Derecho, independiente y equidistante de empresas y consumidores. No es un defensor del consumidor ni el fiscal de las empresas. Pero desde el momento en que la defensa y protección del consumidor frente a ciertos abusos de las empresas poderosas se convierte en objetivo de la ley, también se convierte en objetivo y función del Registrador, si bien dentro de un marco constitucional más amplio de protección de la seguridad jurídica y de la economía nacional.

Como muestra de esta labor registral contra las cláusulas abusivas, independiente de la existencia de una legislación específica protectora del consumidor, pueden citarse muchos ejemplos concretos, que es lo que en definitiva cuenta. Sobre cualquiera de estos ejemplos existe abundante o alguna jurisprudencia hipotecaria de la DGRN, que revela una intensa práctica registral, que es lo único que ahora me propongo destacar:

- La depuración de las cláusulas de interés variable en las hipotecas: Cuando surgieron a principios de los años ochenta era frecuente establecer como tipo de referencia el preferencial de la propia entidad.

(48) *La voluntad, aun coaccionada, es voluntad*. Antología de dichos jurídicos y éticos tradicionales recopilados por Marcos G. Martínez. Ed. Civitas. Madrid, 1986.

Corresponde a JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA haber fijado los requisitos que deben cumplir estas cláusulas, a saber: 1. Que el tipo de referencia sea objetivo; 2. Que se fije un tope máximo de variación; 3. La exigencia de que la variación debe poder ser tanto hacia arriba como hacia abajo; o 4. La fijación, por intereses, de un máximo de responsabilidad hipotecaria.

- La gestación de la ley de Subrogación y Modificación de Préstamos Hipotecarios de 30-3-94: Esta ley, de tanta trascendencia en la obtención de un tipo de interés de mercado para todos los préstamos hipotecarios, cualquiera que fuera la fecha en que se hubieran contratado (bien por forzar un acuerdo con la entidad financiera, o, más raramente, por propiciar el «rapto» de la hipoteca), tuvo su origen en unas notas de JUAN REY PORTOLÉS que llamaban la atención sobre la existencia y finalidad del olvidado artículo 1.211 del Código Civil, y en un artículo publicado en «La Vanguardia» y firmado al alimón por el catedrático de Derecho Civil ALFONSO HERNÁNDEZ MORENO y por el Registrador FERNANDO MÉNDEZ GONZÁLEZ. Este artículo y diversas jornadas organizadas por el Colegio de Registradores, llamaron la atención de la clase política y de las asociaciones de consumidores y pusieron en marcha el mecanismo legislativo. En último término, la «culpa» de esta ley excepcional quizá haya que achacarla a las entidades financieras que no supieron adecuar sus cláusulas a una coyuntura de permanente caída de los tipos de interés: En esta situación parecía sorprendente que el tipo de los préstamos contratados a interés variable nunca bajaba o nunca lo hacía lo suficiente. Hoy sin embargo, parece que esta ley ha cumplido su propósito con creces, y que, como ley coyuntural, entiendo que no debe sobrevivir, al menos en su actual regulación, a la entrada en vigor del euro y la apertura definitiva del mercado europeo.
- La consideración del carácter no automático de la condición resolutoria en garantía del precio aplazado en la compraventa de inmuebles: Es creación registral la exigencia de que para poder practicar la reinscripción de la finca vendida a favor del vendedor, y para evitar abusos, es necesario que éste consigne todas las cantidades pagadas por el comprador, sin deducir, además, nada en concepto de cláusula penal. No obstante, este es un tema en el que hay que actuar con gran cautela, para no favorecer a compradores desaprensivos en perjuicio de vendedores de buena fe.
- La construcción de la figura del leasing inmobiliario como negocio fiduciario (o negocio que oculta una realidad comercial distinta de la que aparece exteriormente), que constituye en realidad la financiación

de una compraventa a plazos con garantía real (49), y cuya garantía no puede ejecutarse con vulneración de la prohibición del pacto comisorio, ni el contrato extinguirse por acuerdo de las partes en perjuicio de los acreedores del «arrendatario» financiero (si éste deja de pagar, se procederá como si él fuera el auténtico dueño y el «arrendador» no tuviera más que un crédito garantizado con garantía real).

- El control del respeto a la prohibición del pacto comisorio, para que no pueda ser indirectamente burlado por prestamistas privados o por usureros (a través de la constitución de falsos derechos de opción de compra, la realización de ventas en garantía, el otorgamiento de poderes irrevocables, etc.).

En todos estos casos, la defensa registral del contratante más débil, sea o no técnicamente consumidor, se ha ido fundando en normas generales como los artículos 1.256 y 1.288 del Código Civil, típicamente aplicables a los contratos de adhesión, el artículo 1.859, que prohíbe el pacto comisorio, los artículos 1.275 y 1.276, que exigen que los contratos produzcan sus efectos conforme a su verdadera causa, o una interpretación progresista del artículo 1.504 del Código Civil.

E) *La colaboración de notarios y registradores en la efectividad de la legislación de consumo por medios distintos de la función calificadora*

Es conocido que Notarios y Registradores contribuyen de muy diversas maneras a la efectividad de la legislación de consumo con el objetivo de alcanzar una justicia preventiva, que, sobre todo para los más débiles, es siempre la mejor justicia. Esta contribución se ha plasmado en muchas oca-

(49) Tras una larga y ya antigua discusión sobre su naturaleza jurídica, parece que se ha llegado en los últimos tiempos a una consideración pacífica del leasing inmobiliario como una compraventa a plazos, en el que el precio de la opción, que va unida al pretendido «arrendamiento», no es más que el importe del último plazo del precio de la venta, y donde no hay, en realidad, opción alguna, ya que el «arrendatario» que ha pagado todos los plazos no va a dejar pasar la oportunidad de convertirse, por el simple pago de una cuota más, en propietario de un bien que ordinariamente habrá aumentado, o al menos, conservado su valor inicial. En mi opinión, sin embargo, el leasing inmobiliario no es una compraventa a plazos disfrazada —sobre todo porque el «arrendador» ni vende nada ni tiene ninguna intención de hacerlo—, sino un *contrato de financiación*, que realiza el pretendido «arrendador», de la adquisición de un inmueble o de la construcción de una obra, que lleva a cabo el pretendido «arrendatario», *garantizado por una garantía real atípica, similar a la hipoteca*. Con esta caracterización, queda claro que el «arrendador», ni es «arrendador», ni es tampoco propietario ni vendedor de nada, sino sólo —y no es poco— un financiador con garantía real.

siones en la firma de convenios de colaboración con las empresas constructoras y con las entidades de crédito dirigidos al cumplimiento real de las disposiciones legislativas.

Un ejemplo reciente y relativo a la legislación de consumo es el convenio de colaboración firmado el 18 de febrero pasado en Barcelona entre el Colegio de Notarios de Catalunya y «La Caixa», *para asegurar que todos los modelos de escrituras hipotecarias que emite la entidad financiera protejan al consumidor y respeten sus derechos como usuario de servicios financieros*. Según el convenio, que cito de un resumen de prensa, *«La Caixa» presentará todos los borradores que redacte al Colegio de Notarios a través de Internet, y éstos podrán proponer todas las modificaciones que crean oportunas*. Este acuerdo se firmó con el objetivo de que la celeridad con que muchas veces se redactan los contratos no impida que éstos respeten los derechos de los consumidores.

Probablemente, este convenio es un fruto temprano, aunque no inesperado, de la LCGC.

F) *Conclusiones: La posibilidad de calificar conforme a la legislación de consumo y el sentido común que debe presidir la actuación del Registrador*

Llegado el momento de hacer una pequeña recapitulación, y de contemplar el tema desde otra altura, de entrada hay que concluir con rotundidad que, *por su sola naturaleza, las cláusulas abusivas no escapan a la calificación registral*, y que el Registrador puede fundar su calificación, exclusivamente o además, en la legislación de consumo. A lo que no obsta la circunstancia, tantas veces esgrimida, de que, de hecho, muchas de las cláusulas abusivas no puedan ser detectadas con los medios de que dispone el Registrador para realizar su calificación.

Pero inmediatamente hay que observar que el Registrador debe proceder con un cuidado exquisito a la hora de interpretar y aplicar el Derecho de consumo, para no obstaculizar el buen funcionamiento del sistema económico, ni ir contra el propio interés del consumidor protegido. No hay que olvidar que la legislación de consumo sólo puede declarar abusivas determinadas *cláusulas accesorias o complementarias* de los contratos, pero no el objeto o las prestaciones principales, cuya regulación queda al juego incierto y muchas veces injusto de la libre competencia del mercado. Y tampoco hay que olvidar que el Derecho de consumo que se manifiesta en el Registro de la Propiedad no contempla situaciones peligrosas que hagan necesaria una actuación urgente y decidida. En el control registral de cláusulas abusivas *no se ventilan cuestiones que puedan afectar gravemente a la salud pública o al sistema*

ecológico, como podría pensarse al escuchar la pasión con que se defienden ciertas posiciones extremas, sino cuestiones económicas a veces de consecuencias insignificantes. Yo no puedo evitar sentir una inmensa desazón cuando pienso que la exigencia de una moralización excesiva de las conductas, que hace necesario limitar el principio de autonomía de la voluntad, puede volverse contra el propio consumidor, y me refiero aquí a la sociedad en general. Y de hecho, ya lo hace desde el momento en que desvía nuestro interés más de lo necesario y nos impide prestar la debida atención a temas más importantes —en materia de sanidad, ecología, calidad de vida, relaciones humanas, sentido de la propia existencia—, sobre los que el Derecho tiene todavía un largo camino que recorrer. Un moderno Derecho de consumo, o de los ciudadanos, no es lógico que preste más atención a si un determinado bien o servicio puede obtenerse unas pesetas más barato, o en unas condiciones ligeramente mejores, en un establecimiento que en otro, que, por poner un caso, a la práctica desaparición de los ríos españoles y a la imparable contaminación de sus aguas (50).

Por todo ello, pienso que, en las cuestiones consumeristas que se plantean en el Registro de la Propiedad, no hay lugar para las actitudes viscerales, como las que se observan en ciertos debates sobre problemas de consumo, y que pueden convertir al Registrador, más que en un hombre justo, en un impredecible justiciero. Como en la vida, el Registrador ha de pensar con la cabeza y, a veces, actuar con el corazón, pero nunca debe, llevado por un afán consumerista, pensar o actuar con el hígado o con los riñones. Por el contrario, de acuerdo con las circunstancias, *en muchas ocasiones será preferible no intervenir en la contratación voluntaria —paralizando la publicidad registral—*, y permitir que, en un momento posterior, en caso de que la cláusula sospechosa sea realmente exigida por el predisponente, el interesado pueda demandar su nulidad ante los Tribunales de Justicia.

(50) Nada de esto sonará extraño a los que estén acostumbrados a ojear las listas comparativas en que, casi como único contenido, se han convertido las revistas publicadas por ciertas organizaciones de consumidores. La indudable utilidad de estas comparaciones para el equilibrio de los mercados, no justifica, a mi juicio, el absoluto olvido de otras cuestiones más importantes en las que también deben ser educados los ciudadanos consumidores. Empezando por la concienciación de que el mismo celo que se dedica a nivel del hogar en obtener la máxima calidad y ahorro, al adquirir y al mantener lo adquirido, debe aplicarse fuera de la casa, en las ciudades, como hogar común de todos los ciudadanos. La calidad de vida empieza en el hogar y en el núcleo familiar, y continúa en las calles y en los campos. A veces se tiene la impresión de que, todavía hoy, las personas ponen más interés y tienen más oportunidades de conocer dónde comprar una tostadora más barata o con una mejor relación calidad-precio, que en saber dónde hay que desechar las baterías usadas, o en evitar que los niños crezcan como habituales consumidores de este tipo de productos altamente peligrosos para la conservación de las condiciones que hacen posible nuestra existencia.

III. CALIFICACIÓN REGISTRAL DE LAS CLÁUSULAS DECLARADAS JUDICIALMENTE NULAS

Para comprender el sistema que resulta de la LCGC de 1998, voy a referirme, en primer lugar, brevemente, a los efectos de las sentencias sobre cláusulas abusivas, y, en concreto a la vinculación de los Jueces y Tribunales a las sentencias dictadas con anterioridad; y después, con más detenimiento, a los efectos de estas sentencias en el ámbito extrajudicial notarial y registral, y, en concreto, a la vinculación de la calificación notarial y registral a las sentencias de nulidad de cláusulas abusivas. Finalmente, me referiré brevemente a la incidencia que la nueva LEC 7-1-2000 tendrá sobre esta materia a partir de su prevista entrada en vigor a principios del 2001.

A) *Los efectos exorbitantes de las sentencias sobre cláusulas abusivas: la vinculación de Jueces y Tribunales*

Con la sana intención de prevenir la repetición de procesos judiciales sobre unas mismas cuestiones, especialmente grave en la contratación en masa, y de ahorrar al adherente la necesidad de recurrir a los Tribunales como único medio de evitar la imposición de cláusulas abusivas, la LCGC ha pretendido dotar a ciertas sentencias sobre cláusulas abusivas de efectos exorbitantes o *erga omnes*. En principio, parece que estos efectos se justifican en la existencia de un específico Registro de Sentencias, y así dice la EM de la LCGC que «el carácter eminentemente jurídico de este Registro [de Condiciones Generales de la Contratación] deriva de los *efectos erga omnes que la inscripción va a atribuir a la declaración judicial de nulidad*, los efectos prejudiciales que van a producir los asientos relativos a sentencias firmes en otros procedimientos referentes a cláusulas idénticas ... En definitiva, el Registro de Condiciones Generales va a posibilitar el ejercicio de las acciones colectivas y a coordinar la actuación judicial, permitiendo que ésta sea uniforme y no se produzca una multiplicidad de procesos sobre la misma materia descoordinados y sin posibilidad de acumulación».

En realidad, estas afirmaciones sólo son parcialmente ciertas. Como antes dije, el Registro de Sentencias posibilita que las sentencias que son objeto de inscripción sean conocidas por todos, y, singularmente por los Jueces y Tribunales, y, en este sentido, puede contribuir eficazmente a coordinar la actuación judicial, e incluso a garantizar la realización de los efectos exorbitantes de las sentencias de nulidad de cláusulas abusivas. Pero estos efectos no resultan del Registro de Sentencias, ni de la inscripción de las mismas, sino de lo dispuesto en la propia LCGC, fundamentalmente en su polémico artículo 20.4. A él se refiere el punto IV *in fine* de la EM,

dicando que en el capítulo IV de la Ley, dedicado a las acciones colectivas, se regula «la eficacia de las sentencias, que podrán ser no sólo invocadas en otros procedimientos sino que directamente vincularán al Juez en otros procedimientos dirigidos a obtener la nulidad contractual de cláusulas idénticas utilizadas por el mismo predisponente». Pero sin duda esta explicación es demasiado general, porque el artículo 20.4 establece en realidad muchos más condicionamientos para que las citadas sentencias vinculen a los Jueces y Tribunales. Dice este artículo que la sentencia dictada en recurso de casación conforme al artículo 18.3 de esta Ley, una vez constituya doctrina legal, vinculará a todos los jueces en los eventuales ulteriores procesos en que se inste la nulidad de cláusulas idénticas a las que hubieran sido objeto de la referida sentencia, siempre que se trate del mismo predisponente.

Es decir, que no cualquier sentencia sobre nulidad de cláusulas abusivas vincula directamente a los Jueces y Tribunales, sino que para que ello se produzca se requiere la concurrencia acumulativa de las siguientes circunstancias: 1. Que existan dos o más sentencias uniformes, como resulta de la exigencia de que la sentencia constituya «doctrina legal»; 2. Que se trate precisamente de sentencias dictadas por el Tribunal Supremo, y en recurso de casación; 3. Que hayan sido dictadas con ocasión del ejercicio de una acción colectiva (que ordinariamente será de cesación), y no de acciones individuales de nulidad, según resulta del capítulo en que está situado el artículo 20.4 y de la referencia al artículo 18.3; 4. Que exista identidad entre la cláusula en litigio y la que ha sido reiteradamente (al menos dos veces) declarada nula, y 5. Que en todos los procesos en los que ha sido declarada nula la cláusula en cuestión, y en el que ahora se ventila, se trate del mismo predisponente. Probablemente, esta última exigencia es la más polémica. Responde al respeto al principio de que nadie puede ser condenado sin haber tenido oportunidad de defenderse, pero distorsiona el mercado, porque establece un elemento de discriminación entre los diversos operadores que predisponen cláusulas idénticas, y acaba en gran parte con la eficacia práctica del precepto. Por lo demás, resulta curioso constatar que la norma no distingue, a la hora de establecer la vinculación, entre sentencias estimatorias de la nulidad y sentencias que declaren la validez de las cláusulas cuestionadas, aunque parece claro que la finalidad de la ley es atribuir efectos exorbitantes únicamente a las sentencias estimatorias de la nulidad de las cláusulas por abusivas.

En realidad, este artículo era mucho más ambicioso en los trabajos prelegislativos, sobre todo en cuanto no incluía la exigencia de que se tratara del mismo predisponente. No obstante, y a pesar de las cautelas que han sido introducidas en su redacción definitiva, JAVIER GARCÍA DE ENTERRÍA lo considera anticonstitucional por ir contra el principio de independencia judicial, que supone que los Jueces y Tribunales sólo están sometidos al imperio de la

ley, conforme proclama el artículo 117.1 CE (51). Según este autor, el Tribunal Supremo en ningún caso está habilitado constitucionalmente para obligar con sus interpretaciones al resto de los órganos judiciales, mediante la formulación de verdaderas normas jurídicas materiales que invalidarían la subordinación exclusiva de los jueces al «imperio de la ley» y la independencia con que han de ejercitarse las funciones jurisdiccionales. Pero creo que, expuesta con tanta generalidad, quizá ésta es una lectura demasiado estricta o demasiado formal de la Constitución, que chirría cuando se trata de aplicar a la contratación en masa y al Derecho de consumo, porque lleva a entender el principio de independencia judicial como el derecho de aquellos predisponentes cuyas cláusulas han sido reiteradamente declaradas abusivas por la más alta instancia jurisdiccional, a exigir indefinidamente un nuevo pronunciamiento sobre la misma imposición más que presuntamente abusiva. Personalmente me preocupa más la fosilización a que puede conducir la vinculación al precedente, pero donde este problema se presenta especialmente grave es en los pronunciamientos del Tribunal Constitucional, o en los del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, y es en esos ámbitos donde preferiblemente deberíamos de manifestar nuestra inquietud.

Desde otro punto de vista, la exigencia de que se trate del mismo predisponente plantea un problema de coordinación y de interpretación entre el artículo 20.4 y el artículo 12.2 LCGC. Según este artículo, en el que se regulan las acciones colectivas, la acción de cesación se dirige a obtener una sentencia por medio de la cual *se condene al demandado a eliminar de sus condiciones generales las que se reputen nulas y a abstenerse de utilizarlas en lo sucesivo*. Literalmente entendido conforme con su finalidad original, antes de que el artículo 20.4 fuera limitado al supuesto de que se tratara del mismo predisponente, *este artículo va mucho más allá de los efectos de la sentencia que regula el artículo 20.4 en su redacción actual*, ya que una sola sentencia firme vincula al mismo predisponente a abstenerse de utilizar la cláusula enjuiciada en lo sucesivo, sin que sea posible un nuevo juicio al respecto («efecto prejudicial»), y sin que sea necesaria la concurrencia de ninguno de los demás requisitos que establece el artículo 20.4. Pero con la drástica limitación de las pretensiones del artículo 20.4, introducida en su redacción final, lo que resulta es una antinomia entre ambos preceptos, que ya no pueden vivir juntos, ni siquiera como pareja de hecho. Ya que si una sola sentencia condena (no sólo obliga) al predisponente a abstenerse de utilizar la cláusula en lo sucesivo, el artículo 20.4 queda como un *precepto inútil*. Y si esa condena (que no simple obligación) impide la hipotética ce-

(51) JAVIER GARCÍA DE ENTERRÍA, «La pretendida vinculación de los jueces a las sentencias del TS en materia de cláusulas abusivas. Sobre la inconstitucionalidad del artículo 20.4 LCGC», en *La Ley*.

lebración de un nuevo juicio con ocasión de una cláusula idéntica, el artículo 20.4 queda además como un *precepto imposible*, ya que su premisa mayor no tiene viabilidad práctica: por aplicación del artículo 12.2, no es posible que pueda llegar a constituirse doctrina legal, es decir, que puedan recaer dos sentencias sobre cláusulas idénticas relativas al mismo predisponente.

Esta aporía, en mi opinión, debe resolverse reinterpretando la Ley sobre la base de las restricciones introducidas en el artículo 20.4 durante su tramitación prelegislativa, de modo que podamos alcanzar un entendimiento armónico entre los dos preceptos. Lógicamente, con esto quiero decir que *el artículo 12.2 no puede ser entendido literalmente de acuerdo con su finalidad original, en la forma antes referida, sino imbuido del mismo hábito de restricción, casi de ineffectividad, que anima al artículo 20.4*, que es el que principalmente regula los efectos de las sentencias de nulidad de cláusulas abusivas. Desde esta perspectiva polarizada e integradora, el artículo 12.2 debería interpretarse en el sentido de que, para que la sentencia que recaiga como resultado de una acción de cesación produzca el efecto exorbitante de condenar (que no simplemente obligar) al demandado a eliminar de forma definitiva la cláusula declarada nula de sus condiciones generales, *es preciso que en esa sentencia concurren todos y cada uno de los requisitos establecidos en el artículo 20.4*. En otro caso, la sentencia no producirá más efectos que los que le son propios, limitados al caso concreto en el que se dicte.

B) *La vinculación de la calificación notarial y registral a las sentencias de nulidad de cláusulas abusivas*

Frente a las magras previsiones que resultan de los artículos 20.4 y 12.2 en el ámbito judicial, la LCGC impone a los Registradores de la Propiedad y Mercantiles la obligación de examinar las cláusulas declaradas nulas por sentencia judicial en dos normas extraordinariamente duras, que, además, presentan entre sí importantes diferencias difíciles de entender: el artículo 10.6 LCU, en su redacción dada por la LCGC, y el artículo 258.2 LH, también reformado por dicha Ley. Por su parte, el RRCG, recientemente aprobado, trata la misma cuestión en el artículo 17.3.

1. El artículo 10.6 LCU

Según el artículo 10.6 LCU: «Los Notarios y los Registradores de la Propiedad y Mercantiles, en el ejercicio profesional de sus respectivas funciones públicas, no autorizarán ni inscribirán aquellos contratos o negocios jurídicos en los que se pretenda la inclusión de cláusulas declaradas nulas por

abusivas en sentencia inscrita en el RCG». Bajo una apariencia de claridad y sencillez, este precepto esconde una norma de tanto alcance y complejidad como difícil de aplicar.

1. La ley impone esta obligación de control *tanto a los Notarios como a los Registradores*, de modo que, ordinariamente, y salvando el hecho de que la calificación notarial y la registral no operan, en realidad, desde una misma perspectiva, el Registrador sólo deberá denegar la inscripción en el caso de que haya fallado el filtro notarial.

2. La ley impone una vinculación automática, de modo que Notario y Registrador, más que realizar una función de enjuiciamiento, *deben limitarse a examinar el contenido del Registro de Sentencias y a no autorizar el documento, o a denegar la inscripción de las cláusulas que el juez haya declarado nulas por abusivas*.

Lo que ocurre es que, por aplicación analógica del artículo 20.4 LCGC hay que entender que la cláusula que se pretende introducir *debe ser idéntica* a la declarada judicialmente nula. No obstante, no está claro hasta qué punto es exigible este requisito de la identidad, que, llevado hasta sus últimas consecuencias, supondría que la cláusula idéntica debe además estar inserta en un contrato idéntico, con lo que el cumplimiento de la norma devendría imposible, porque —aparte de que es prácticamente imposible que Notario y Registrador realicen una comparación exhaustiva de los contratos implicados—, lo normal es que ni la sentencia, ni mucho menos la inscripción de la misma, incluyan el contenido completo del contrato. Pero sobre este tema volveré en seguida al tratar del tipo de acción que ha dado lugar a la sentencia de nulidad (punto 4). En cualquier caso, Notario y Registrador pueden encontrarse ante un problema muy delicado de calificación jurídica cuando se trate de cláusulas casi idénticas o muy similares, o cuando las circunstancias negociales hagan pensar que la doctrina judicial no se puede transponer al caso planteado. Por ello intuyo que *la calificación no es ni mucho menos automática* y que las posibilidades de enjuiciamiento por parte de Notarios y Registradores son mucho más amplias que las que la norma parece dar a entender.

3. La obligación sólo se refiere a las sentencias *inscritas* en el RCG, pues es precisamente la existencia de este Registro la que posibilita llevar a cabo esta calificación. Por lo demás, como hemos visto en la Primera Parte de este trabajo, todas las sentencias deben ser inscritas en el RCG (art. 22 LCGC).

Sin un Registro de Sentencias perfectamente organizado sería imposible que los Notarios y Registradores pudieran tener en cuenta, en los cortos plazos en que deben desarrollar su función, todas las resoluciones judiciales recaídas en relación con cada una de las cláusulas que forman parte de los contratos de adhesión. En realidad, aún existiendo este Registro o base de datos unificada y organizada, pero físicamente separada de las oficinas nota-

riales y registrales, *no es realista pretender que los Notarios y Registradores puedan llegar a tener un conocimiento instantáneo de toda la jurisprudencia existente en cada momento*, y puedan interpretarla y aplicarla sobre la marcha a las numerosas cláusulas que suelen incluir los contratos con condiciones predisuestas. Lo que se puede esperar razonablemente es que la publicación de las sentencias vaya calando poco a poco en estos operadores jurídicos y de esta forma vaya influyendo en su calificación.

Pero la aplicación de este artículo 10.6 LCU se enfrenta a otros problemas más sustantivos.

4. A diferencia del artículo 20.4 LCGC, aquí *la ley no distingue si la nulidad ha sido declarada como resultado del ejercicio de una acción colectiva, o como consecuencia de una acción individual a la vista de un contrato concreto*. Esta distinción es de gran transcendencia porque sólo en las acciones colectivas se produce un enjuiciamiento abstracto de la validez de la cláusula, independiente de una concreta situación contractual, de modo que sólo en estos casos la doctrina de una sentencia puede ser transpuesta a un contrato diferente. Ante esta situación, cabe, o bien integrar la disposición normativa para entender que sólo se refiere a las sentencias dictadas con motivo del ejercicio de una acción colectiva, o bien dejar al buen juicio de Notario y Registrador la aplicación al caso concreto de la sentencia dictada para un caso diferente por virtud del ejercicio de una acción individual.

5. También a diferencia de lo dispuesto en el artículo 20.4 LCGC, mucho más aquilatado, y de lo que resulta del artículo 12.2 LCGC, el artículo 10.6 LCU *no exige que la sentencia declarativa de la nulidad vincule a Notarios y Registradores tan sólo cuando se trate del mismo predisponente* que fue condenado en el juicio, sino que en relación con el tráfico jurídico extrajudicial las sentencias de nulidad tienen efectos universales *erga omnes*. Este es el punto fundamental que hace dudar que el artículo 10.6 se adapte a la legalidad constitucional.

6. Otra vez a diferencia del supuesto mucho más refinado del artículo 20.4 LCGC, *la ley no distingue según que la sentencia haya sido dictada por el TS en recurso de casación, o por cualquier otro Juez o Tribunal en cualquier instancia*. Realmente, resulta difícil de aceptar que cualquier sentencia dictada en cualquier instancia pueda vincular de modo absoluto la calificación de Notarios y Registradores y perturbar con carácter general el tráfico contractual. Esto se agrava por el hecho de que, ante la negativa del Notario a autorizar el documento, o del Registrador a inscribirlo, los interesados no tienen otra opción que acatar la resolución judicial o desistir del contrato, y por el hecho de que, en principio, las sentencias que declaran la validez ni se inscriben ni tienen eficacia cancelatoria o contradictoria de las sentencias inscritas que permanecen en el Registro indefinidamente.

7. *La ley sólo se refiere a las cláusulas declaradas nulas por abusivas*, hay que entender que conforme a la LCU, pero no a las condiciones que hayan sido declaradas judicialmente como *no incorporadas* al contrato por no reunir los requisitos que resultan de los artículos 5 y 7 LCGC, ni a las que hayan sido declaradas *nulas por contravenir cualquier otra norma imperativa o prohibitiva* distinta de la LCU. Resulta paradójico que tanto el artículo 10.6 LCU como el 258.2 LH, bien es cierto que apoyados en la existencia de un Registro de Sentencias, sólo impongan la vinculación del Registrador a lo resuelto por los Jueces o Tribunales en una materia, la de las cláusulas abusivas, donde la oportunidad o conveniencia de la intervención registral es discutida, y no en relación con la nulidad contractual en general, donde nunca ha cabido ninguna duda de que, como alcance natural, entra dentro del ámbito de la calificación registral.

No obstante, en cuanto a las cláusulas *no incorporadas* al contrato, el artículo 23.2 LCGC establece que los Notarios, en el ejercicio profesional de su función pública, velarán por el cumplimiento, en los documentos que autoricen, de los requisitos de incorporación a que se refieren los artículos 5 y 7 de la propia LCGC. Esto supone que deberán tener en cuenta las sentencias de no incorporación de condiciones generales que consten inscritas en el RCG; pero entiendo que, a falta de expresa previsión legal, dichas sentencias no vinculan automáticamente la actuación del Notario. Por lo demás, en realidad, estos requisitos de incorporación son normalmente exigibles, con independencia de la legislación de consumo y de que se trate o no de condiciones generales, a toda escritura notarial y a todo documento que pretenda su inscripción en el Registro de la Propiedad: los contratantes siempre deben conocer y aceptar y firmar el contenido total del contrato, y los documentos no deben contener cláusulas ilegibles, ambiguas, oscuras o incomprensibles. Por ello, probablemente los requisitos de incorporación deben ser exigidos, aunque no lo diga la Ley, no sólo por el Notario, sino también por el Registrador.

De otra parte, la exigencia de que la cláusula haya sido declarada nula precisamente por ser abusiva, supone que en el Registro de Sentencias deberá constar no sólo el texto de la cláusula declarada nula, sino también *la causa de la nulidad*, y que, en los casos en que, como es habitual, el juez alegue varias normas para fundamentar la nulidad, como pueden ser normas generales del Código Civil y otras específicas de la LCU, el Registrador habrá de dilucidar, a los efectos de la vinculación de la calificación que resulta del artículo examinado, si la cláusula ha sido declarada nula por abusiva, o si el carácter de abusiva sólo ha sido alegado a mayor abundamiento y sin virtualidad suficiente para, por sí solo, producir la nulidad. Lo cual no obsta a que, en el ejercicio de su libre y normal labor calificadora, el Registrador pueda considerar que la cláusula es nula por una o por otra causa.

8. El artículo 10.6 dice literalmente que los Notarios y Registradores *no autorizarán ni inscribirán los contratos o negocios jurídicos* en los que se pretenda la inclusión de cláusulas declaradas nulas por abusivas en sentencia inscrita. Pero esta disposición es excesiva y llevaría a la paralización del tráfico jurídico en perjuicio del propio consumidor. Lo que hay que entender, de acuerdo con la finalidad de la norma, y por aplicación de lo dispuesto en el artículo 258.2 LH, con mejor redacción en este punto, que *sólo deben denegarse las cláusulas declaradas nulas*, e inscribirse el resto del contrato sin esas cláusulas o, si ello es posible, inscribirse el contrato tal como haya quedado después de la integración practicada por el juez conforme a lo dispuesto en el artículo 10 LCGC y el principio de la nulidad parcial. Solo excepcionalmente deberá denegarse la inscripción del contrato cuando el juez haya declarado que no puede subsistir sin las cláusulas declaradas nulas.

En este punto se pone de manifiesto una gran diferencia entre la actuación notarial y la registral, porque si el Notario se niega a la autorización de cierta cláusula, la escritura sólo podrá otorgarse sin esa cláusula, o con otra redacción, si las partes están de acuerdo en ello; mientras que el Registrador que descubre y califica una cláusula declarada nula en sentencia inscrita, debe inscribir algo distinto a lo pactado sin la voluntad de las partes contractuales, lo que explica el enorme cuidado que debe poner en su actuación. Así, por ejemplo, en el ámbito registral, no es posible aceptar automáticamente la integración efectuada por el juez, que según la sentencia inscrita declaró la nulidad de alguna cláusula y la integración de la parte afectada, si el contrato que ahora se presenta a inscripción, en su conjunto, no es sustancialmente el mismo que fue enjuiciado.

2. El artículo 258.2 LH

Según el artículo 258.2 LH: «El Registrador denegará la inscripción de aquellas cláusulas declaradas nulas de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 2.º del artículo 10.bis de la LCU». Este artículo ha sido introducido también por la LCGC y la remisión debe entenderse hecha, no al párrafo 2.º, sino al número 2 del artículo 10.bis LCU, que dice que «serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas las cláusulas, condiciones y estipulaciones en las que se aprecie el carácter abusivo», y a continuación reitera el principio favorable a la nulidad parcial y las facultades judiciales de integración del contrato. Así pues, el artículo 258.2 LH también se refiere exclusivamente, como el artículo 10.6 LCU, a las cláusulas que sean *nulas por abusivas* conforme a la propia LCU. Pero entre uno y otro precepto, aparte del hecho de que uno se dirige a Notarios y Registradores y el otro solo a los Registradores, se observan importantes diferencias:

1. El artículo 258.2, con más acierto que el 10.6 LCU, *habla de denegar determinadas cláusulas, y no de no inscribir el contrato en su totalidad*. No obstante, como ya he dicho, hay que entender que ambos preceptos pretenden lo mismo: la simple denegación parcial de la inscripción, siempre que ello sea posible, de acuerdo con el principio de nulidad parcial de los contratos de adhesión con cláusulas abusivas (art. 10 LCGC y 10.bis, 2 LCU).

2. El artículo 258.2 *no dice que la sentencia que declare la nulidad deba estar inscrita en el Registro de Sentencias*, pero esto debe darse por sobreentendido porque, de hecho, todas las sentencias de nulidad de condiciones generales deben inscribirse en dicho Registro (art. 22 LCGC), y porque en otro caso la labor del Registrador, que tuviera que procurarse el conocimiento de las sentencias por sus propios medios, sería prácticamente imposible.

3. En realidad, el artículo 258.2 LH *ni siquiera habla de sentencia alguna*, lo cual lleva a JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA (52) a interpretar que «cláusulas declaradas nulas de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 2.º del artículo 10.bis de la LCU» no son las declaradas judicialmente nulas, sino las declaradas nulas por la Ley, y, en concreto, añadido yo, las declaradas nulas por abusivas por la LCU. GARCÍA GARCÍA pretende con su interpretación que el Registrador de la Propiedad no sólo deniegue la inscripción de las cláusulas declaradas nulas por abusivas en sentencia inscrita, conforme al artículo 10.6 LCU, sino también la de las cláusulas que, en el ejercicio de su facultad de calificación, *considere nulas de acuerdo con la legislación de consumo, aunque esa nulidad no esté declarada en ninguna sentencia*. Sin embargo, y sin reproducir ahora el tema de la posibilidad registral de calificar las cláusulas abusivas, esta interpretación del artículo 258.2 LH es muy discutible, porque las Leyes no declaran la nulidad de las cláusulas «de conformidad con el párrafo 2.º del artículo 10.bis de la LCU», sino que, o bien declaran que una cláusula es nula sin más, o sea, por virtud de la propia ley que la declara nula, o bien declara que es abusiva, como hace la DA 1.ª LCU, en cuyo caso es nula «de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 2.º del artículo 10.bis de la LCU».

3. El artículo 17.3 del RRCG

El artículo 17.3 RRCG repite con algunas variantes lo dispuesto en el artículo 10.6 LCU, diciendo que «los Notarios y los Registradores de la Propiedad y Mercantiles no autorizarán ni inscribirán aquellos contratos o negocios jurídicos en los que se pretendan contener o se incluyan cláusulas

(52) Comentario al artículo 258.2 en la «Legislación Hipotecaria y del Registro Mercantil» de la Biblioteca de Legislación de Editorial Civitas.

declaradas nulas por abusivas en sentencia inscrita en el Registro de Condiciones Generales». Se trata de una disposición que, en cuanto se limita a repetir lo dispuesto en la Ley, es aparentemente irrelevante, pero que en realidad es enormemente significativa porque, a pesar del osado —y quizá por ello a la vez timorato y contradictorio— cambio de orientación reglamentario, en el sentido de posibilitar la inscripción en el Registro de Sentencias de las sentencias de validez o desestimatorias de las acciones colectivas o individuales de nulidad o no incorporación, este artículo sigue fielmente las premisas legales de que las únicas sentencias que se inscriben son las estimatorias de la invalidez. En mi opinión, la innovación reglamentaria debería haberse hecho patente en esta norma, añadiendo, por ejemplo, que no será aplicable cuando, con relación a una misma cláusula, consten inscritas diversas sentencias contradictorias (53).

(53) El Borrador de RRCG iba por otro camino, también alejado de la ley, y añadía un segundo párrafo al artículo 17.3 (entonces 18.3) que decía que a los efectos de esta calificación notarial y registral «los interesados *deberán manifestar al Notario*, que advertirá de las consecuencias de la falsedad en que se pudiera incurrir, si las cláusulas son o no Condiciones Generales y en caso de que lo sean, *que no han sido declaradas nulas por abusivas judicialmente, sin perjuicio de las comprobaciones que unos u otros puedan realizar*». Había que entender que los interesados eran sólo los predisponentes, y no los adherentes que normalmente desconocerán los extremos de cuya manifestación se trata; y que unos u otros eran, respectivamente, los Notarios y los Registradores.

Cuando me enfrenté por primera vez con este segundo inciso del artículo 18.3 del Borrador, y una vez repuesto del estupor inicial, entendí que, en realidad, debidamente interpretado, podría salvar alguno de los problemas que planteaba la redacción legal de los artículos 10.6 LCU y 258 LH. Así, en primer lugar, me preguntaba si la manifestación del predisponente ha de referirse a sentencias en las que el propio manifestante haya sido condenado, o a cualquier sentencia que haya recaído sobre una cláusula idéntica. Si entendemos que *el predisponente, o mejor, la persona que comparezca ante el Notario en representación del predisponente, sólo está obligado a conocer y poner de manifiesto aquellas sentencias en que haya sido parte*, entonces este artículo estaría consagrando la idea de que las únicas sentencias que vinculan la calificación notarial y registral son las que condenaron al mismo predisponente que ahora pretende la escrituración o la inscripción, lo cual alejaría a los artículos 10.6 LCU y 258.2 LH de la inconstitucionalidad (aunque no los libraría de los demás problemas que presentan).

En segundo lugar, escribí entonces, de la exigencia de que el predisponente manifieste que ninguna cláusula ha sido declarada nula, unida a la expresión de que los Notarios y los Registradores simplemente *podrán* comprobar la realidad de esta afirmación, podemos deducir que el legislador considera que no es posible exigir que Notarios y Registradores conozcan y puedan aplicar en tiempo real todas las sentencias de nulidad que hayan podido recaer, sobre cláusulas más o menos idénticas o similares a cualquiera de las numerosas cláusulas que integran el contrato que ahora se pretende escriturar o inscribir. De este modo, el reglamento admitía como normal la posibilidad de que la manifestación del predisponente sea errónea o falsa y Notario y Registrador no puedan llegar a detectar el error o la falsedad en el tiempo y con los medios de que disponen para llevar a cabo su intervención.

C) *El difícil encaje de los artículos 10.6 LCU y 258.2 LH con los principios constitucionales y con los principios del sistema judicial y del sistema registral*

Las normas de los artículos 10.6 LCU y 258.2 LH, en cuanto vinculan la calificación de los Notarios y de los Registradores de la Propiedad y Mercantiles al fallo de determinadas sentencias judiciales, tienen un difícil encaje en nuestro Ordenamiento Jurídico que va más allá de cuestiones puramente formales, o de interpretaciones meramente legalistas. En el fondo, esta vinculación de la calificación *atribuye indirectamente a ciertas sentencias de nulidad una insólita eficacia «erga omnes»*, que puede atentar contra el principio constitucional de la tutela judicial efectiva, y que es tanto más inadmisibles en cuanto no atribuye la misma eficacia a las sentencias de validez, y aún más, en cuanto, en el sistema legal (e incluso en la propia redacción del art. 17.3 RRCG) las sentencias contradictorias ni siquiera son tenidas en cuenta para compensar y destruir aquella eficacia extraordinaria.

a) *El principio de la eficacia relativa de las sentencias judiciales y su excepción en el ámbito extrajudicial*

El sistema constitucional-judicial español se basa en el principio de la eficacia relativa de las sentencias judiciales, limitada a las partes procesales y, en su caso, a sus causahabientes universales o particulares. Es posible que este principio general no impida, bajo ciertos requisitos, que las leyes establezcan en determinados ámbitos, como puede ser el del Derecho de Consumo, la eficacia *erga omnes* de ciertas sentencias dictadas por Tribunales Superiores, con una cierta reiteración y, seguramente, siempre que se pretenda hacerlas valer precisamente frente a la persona que fue condenada en dichas sentencias o, al menos, frente a quienes hayan tenido oportunidad de intervenir en el juicio. Esto es lo que hace, probablemente sin apurar los límites de la constitucionalidad, el artículo 20.4 LCGC, que establece la vinculación de los jueces a las sentencias precedentes, siempre que se trate de sentencias dictadas por el TS en recurso de casación, constituyan doctrina legal (debe haber más de una), se refieran a cláusulas idénticas y se trate del mismo predisponente. Y que no obstante, aún con todas esas precauciones, ha sido tachado de anticonstitucional (54). Pero no existe ni en esta LCGC ni en

(54) JAVIER GARCÍA DE ENTERRÍA, «La pretendida vinculación de los jueces a las sentencias del TS en materia de cláusulas abusivas. Sobre la inconstitucionalidad del artículo 20.4 LCGC», en *La Ley*.

ninguna otra ley (55) otra disposición que otorgue efectos *erga omnes* a las sentencias judiciales de nulidad de cláusulas abusivas. Así pues, aunque sea constitucionalmente posible, e incluso plausible dentro de ciertos límites, *no existe otra excepción al principio de la eficacia relativa de las sentencias que la que, con carácter extraordinario y con muchas limitaciones, recogen los artículos 12.2 y 20.4 LCGC* (56).

Sin embargo, y sin ningún previo apoyo legal, los artículos 10.6 LCU y 258.2 LH, por vía de la vinculación de la calificación notarial y registral, *prácticamente atribuyen efectos «erga omnes» a cualquier sentencia firme de nulidad de condiciones generales por abusivas*. Es más, casi por accidente, y probablemente sin pretender separarse de las directrices fijadas por el artículo 20.4 LCGC, sino quizá más bien por los azares que concurren en los procesos parlamentarios de tramitación de las leyes, estos artículos han pasado desapercibidos enmascarando sus verdaderos efectos, y ocultando en su seno la virtualidad suficiente para excepcionar aquel principio constitucional-judicial de eficacia relativa de las sentencias judiciales. Porque ante la negativa del Notario a autorizar el documento o del Registrador a inscribirlo, los interesados *no tienen otra opción que acatar la doctrina de la sentencia judicial o desistir del contrato*, incluso en el caso de no haber sido condenados en el juicio cuya sentencia se les impone (si aceptamos que el art. 10.6 se aplica con independencia de quien sea el predisponente). No habiendo contención entre las partes, los interesados no pueden reclamar ante un juez —cosa que, de ser posible, tendrían que repetir en cada caso concreto, ya que las sentencias de validez agotan sus efectos en el juicio en el que se dictan—, la validez de la cláusula dudosa, y cualquier reclamación que se interpusiera contra la calificación registral (57) sólo podría resolver sobre el hecho de si la calificación es o no ajustada a Derecho, pero no sobre la nulidad o validez de la cláusula en cuestión.

Es decir, que *si existe inscrita una sentencia de cualquier juez o tribunal que declare la nulidad de una determinada cláusula, los interesados ajenos a*

(55) Anteriormente, la LCS 8-10-1980 siguió un camino distinto obligando a la Administración, en lugar de vincular a los jueces. Cfr. artículo 3 *in fine*, antes citado en nota al pie.

(56) Al menos en el ámbito del Derecho privado. En el Derecho público, y siempre en contra de la Administración pública previamente condenada, la nueva Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 13 de julio de 1998, regula un procedimiento específico de extensión a terceros de los efectos de las sentencias relativas a ciertos «actos en masa». En concreto, de las sentencias de reconocimiento de una situación jurídica individualizada en materia tributaria y en materia de personal al servicio de la Administración pública.

(57) Frente a la calificación notarial ni siquiera cabe hablar de recurso alguno, probablemente porque, desde la perspectiva que proporciona el trato con el cliente, el Notario no está capacitado, ni forma parte de su función, el realizar un enjuiciamiento objetivo de los contratos sometidos a su intervención.

*aquel procedimiento en que, con más o menos acierto, se impuso la nulidad, carecen de recurso alguno para obtener la inscripción de cualquier cláusula similar, y no les queda otro remedio que desistir del contrato o modificar su contenido de acuerdo con una sentencia que, por principio, no les afecta. De este modo, cualquier sentencia inscrita en el nuevo RCG, dictada en cualquier instancia judicial, produce unos insólitos e irremediables efectos *erga omnes* exclusivamente en el ámbito extrajudicial en que se desempeña la función de los Notarios y Registradores de la Propiedad y Mercantiles; es decir, precisamente en el ámbito en que se desenvuelve, con sus exigencias de celeridad y mínima intervención, el tráfico contractual privado voluntario y no contencioso. Por el contrario, estas mismas sentencias no tienen ninguna significación en las reclamaciones judiciales, a menos que concurren en ellas todos los requisitos que se establecen en el artículo 20.4 LCGC.*

- b) La necesidad de que las sentencias sean uniformes como requisito de su posible eficacia *erga omnes*

Esta eficacia *erga omnes* de las sentencias judiciales, que, creo que accidentalmente, se introduce solapadamente por la puerta falsa de la calificación notarial y registral, es tanto más contraria a los principios del Ordenamiento y a la razón en cuanto, aunque, como es lógico, sólo atribuye dicha eficacia a las sentencias de un determinado signo —las de nulidad—, lo grave es que *no se tiene en cuenta la existencia de sentencias contradictorias*. Parece lógico entender que cualquier intento de atribuir eficacia *erga omnes* a un determinado sector de la jurisprudencia, debe tomar en consideración todas las sentencias que cumplan los requisitos establecidos, sean del signo que sean. La jurisprudencia contradictoria no constituye jurisprudencia uniforme y no puede ser vinculante para nadie, ni en un sentido ni en el otro.

No obstante, en este punto podría llegar a salvarse este escollo si acaba imponiéndose la, cuando menos extralegal, innovación reglamentaria de inscripción de todas las sentencias relativas a cláusulas generales con independencia del sentido del fallo. Aunque también es cierto que la objeción quedaría resuelta a costa de introducir un nuevo elemento de complejidad en la calificación y acabar con el claro y pretendidamente automático sistema legal.

- c) La vinculación frente a cualquier predisponente y el principio de la tutela judicial efectiva

Como hemos visto, a diferencia de lo que expresamente establece el artículo 20.4 LCGC y de lo que resulta de su artículo 12.2, el artículo 10.6

LCU no exige, para que la sentencia declarativa de la nulidad vincule la actuación de Notarios y Registradores, que el que es parte en el contrato de cuyo otorgamiento o inscripción se trate, sea el mismo predisponente que fue condenado en aquella resolución judicial, lo cual puede atentar contra el principio constitucional de la tutela judicial efectiva, que proscribe que resulte condenado por una sentencia judicial aquel que no ha tenido oportunidad de defenderse en el proceso.

Intuyo que en cualquier Derecho moderno, y en el nuestro en concreto, no debemos tener ningún empalago en admitir que las sentencias de nulidad de cláusulas abusivas puedan ser eficaces frente a todo un sector de la contratación en masa, porque no resulta un espectáculo edificante para la Justicia la visión de unos adherentes que tienen que reclamar una y otra vez una misma cosa, y de unos poderosos predisponentes que, inasequibles al desaliento, pleitean una y otra vez para negar unos derechos elementales (como hemos tenido ocasión de presenciar en relación con las cláusulas de renuncia al fuero propio y sumisión procesal expresa). Serían algo así como «enjuiciamientos de clase» —o *class judgement*, si es que se quiere inventar una terminología anglosajona para reforzar la idea—. Pero creo que para salvaguardar la constitucionalidad de este tipo de juicios *sería preciso, al menos, que todos los predisponentes del sector implicado tengan el derecho y la oportunidad de intervenir en el proceso a cuyas consecuencias van a quedar sometidos*, pues es lógico sostener que nadie puede ser condenado sin haber tenido la posibilidad de ser oído, al menos, siempre que exista la posibilidad de que sea oído (de forma que estas sentencias afectarían sin excepción a todos los predisponentes del sector, incluso a los predisponentes futuros, es decir, a aquéllos que inicien su actividad después de finalizado el juicio).

Probablemente, además de que se posibilitara la intervención en el pleito de cualquier predisponente del mismo sector, y no sólo del demandado, serían precisos o muy convenientes otros requisitos, a saber: 1. Que existiera a estos efectos una división de la actividad económica en sectores, todo lo amplio que se quiera dentro de un criterio jurídico de racionalidad, de modo que la sentencia recaída en un sector no afectara sin más a otro diferente; 2. Que se tratara de sentencias del TS o, al menos, de Tribunales Superiores, y que no se tratara de una sola sentencia aislada, sino que existieran al menos dos sentencias uniformes; 3. Que no existan otras sentencias contradictorias de los mismos Tribunales; 4. Que se previera alguna posibilidad extraordinaria de revisión de los fallos para evitar la fosilización del Derecho, y 5. Que se tomaran medidas para que cesara la eficacia vinculatoria de las decisiones judiciales que resulten afectadas por un cambio legislativo.

Ante la ausencia absoluta de previsión de ninguna de estas reservas, pienso que existen serias dudas de que el artículo 10.6 LCU, interpretado como

aplicable, cualquiera que sea el predisponente, sea contrario, en el ámbito notarial registral al que se refiere, al principio de la tutela judicial efectiva.

d) Conclusiones

En mi opinión, de acuerdo con los principios constitucionales, y con lo establecido en la propia LCGC, singularmente en sus artículos 12.2 y 20.4 — que, como ya he dicho, seguramente no agotan las posibilidades de atribuir eficacia *erga omnes* a las sentencias judiciales que caben dentro de nuestra Constitución—, la interpretación y aplicación de los artículos 10.6 LCU y 258.2 LH debe verse condicionada por lo que resulta de las siguientes consideraciones:

1. Lo menos que puede defenderse es que, por la misma razón que los artículos 12.2 y 20.4 limitan la vinculación de los jueces a que se trate del mismo predisponente, es decir, para cumplir con el principio constitucional de tutela judicial efectiva, las sentencias inscritas *sólo pueden vincular la calificación registral cuando se trate del mismo predisponente* condenado en el proceso que ahora se le ope.

2. Además hay que añadir que las sentencias de nulidad *no pueden vincular la calificación registral si existen otras sentencias contradictorias* que declaran la validez de las mismas cláusulas.

3. De otra parte, hay que valorar el hecho de que resulta enormemente perturbador imponer calificar en el ámbito extrajudicial conforme a sentencias de eficacia relativa, es decir, a sentencias a las que la ley no ha decidido atribuir efectos *erga omnes*. El sistema registral se basa en una calificación independiente conforme a la ley. *Si la ley decide atribuir efectos «erga omnes» a ciertas sentencias, el Registrador deberá tenerlas en cuenta en su calificación, pero si no lo hace así, el Registro no puede ser utilizado para concedérselos.*

4. Y, finalmente, cabe sostener que el mismo principio constitucional —ciertamente no absoluto, como ha quedado expuesto— de independencia judicial que impide que los jueces puedan normalmente quedar vinculados por las sentencias de otros órganos judiciales, aunque sean de Instancias Superiores, y que hace de dudosa constitucionalidad, a juicio de algunos autores, incluso lo dispuesto con toda suerte de precauciones en el artículo 20.4 LCGC (58), *impide también que los profesionales públicos se sujeten a una calificación registral vinculada. Porque la independencia judi-*

(58) Entiendo que con mayor razón lo dispuesto en el artículo 12.2, que en la redacción final de la LCGC tiene mayor alcance.

cial no es un privilegio de los jueces, sino una garantía y un derecho del ciudadano, al que le asiste este mismo derecho a la hora de obtener la inscripción de sus contratos. Conviene pues no perder de vista que el principio de la independencia de la calificación registral no es, desde luego, un privilegio del Registrador, sino una garantía y un derecho de los ciudadanos que acuden al Registro.

Para llegar a una interpretación que sea respetuosa con todas estas consideraciones, sin salir de la LCGC, podríamos atender a la explicación de GARCÍA GARCÍA que antes rechacé, para darle un sentido muy diferente, según el cual los artículos 10.6 LCU y 258.2 LH se refieren indudablemente a la misma cuestión, pero *existe entre ellos una cierta antinomia que debe resolverse interpretándolos de forma cumulativa*: el Registrador denegará la inscripción de las cláusulas declaradas nulas, por abusivas, en sentencia inscrita, siempre que, en el ejercicio de su facultad calificadora, considere que son nulas de conformidad con la legislación de consumo. De este modo, la calificación registral no quedaría vinculada por una sola sentencia dictada en cualquier instancia. Y ruego que nadie se rasgue las vestiduras por esta propuesta: a menos que la interpretación jurídica se funde sin más en principios superiores, *sólo una solución esencialmente artificial*, por más que con cierta hipocresía se disimule bajo una vestidura formal, *permite enmendar los deslices del legislador*, pues es obvio que, si no es necesario recurrir a ningún artificio, es que no hay ningún yerro que deba ser enmendado (59).

D) *La futura incidencia de la entrada en vigor de la LEC 7-1-2000*

Al poco tiempo de ser aprobada la LCGC en abril del 98, el Anteproyecto de LEC de 26-12-97 fue retocado para derogar algunos de los artículos que apenas acababan de entrar en vigor y para reformar otros. Como consecuencia de estas modificaciones prelegislativas, la ya concebida pero todavía no nacida como Derecho efectivo, LEC 7-1-2000, introduce en el régimen de la LCGC, y en lo que ahora nos interesa, las siguientes innovaciones:

a) *Deroga íntegramente el artículo 20 LCGC y con él su polémico punto 4.* De acuerdo con lo antes expuesto, en tanto se mantenga lo dispuesto en el artículo 12.2 LCGC, la derogación del artículo 20.4 no limita en absoluto los efectos prejudiciales y *erga omnes* de las sentencias que sean consecuencia de una acción de cesación, sino que, en mi opinión, paradójicamente los potencia

(59) En cualquier caso, esta interpretación rebuscada ya no puede ser mantenida a partir del momento en que entre en vigor la reforma introducida por la LEC 7-1-2000, a la que me refiero a continuación.

sensiblemente, al liberarlos de las numerosas restricciones que establece la norma que suprime la LEC.

En cualquier caso, la derogación del artículo 20.4 LCGC supone la culminación de un proceso en el que, desde los trabajos prelegislativos de la propia LCGC, este precepto, destinado a conferir efectos *erga omnes* a las sentencias dictadas en materia de consumo, ha sido paulatinamente privado de sus pretensiones originales hasta su completa desaparición. Lamentablemente, esta evolución no ha tenido ningún paralelismo en relación con las normas que trasladan aquellos efectos *erga omnes* de ciertas sentencias judiciales al ámbito de la calificación extrajudicial de Notarios y Registradores de la Propiedad. Probablemente, el intenso foco de atención creado desde el primer momento en torno al artículo 20.4 LCGC ha impedido percibir la existencia de sus secuelas, los artículos 10.6 LCU y 258 LH, que, inexplicablemente, han sobrevivido a la norma que constituía su razón de ser.

b) *Mantiene esencialmente el artículo 12.2 LCGC introduciendo ciertas mejoras en su redacción.* Así, el párrafo 1.º de este artículo 12.2, que es el que nos afecta, desde la entrada en vigor de la LEC a principios del año 2001, dirá lo siguiente: «La acción de cesación se dirige a obtener una sentencia que condene al demandado a eliminar de sus condiciones generales las que se reputen nulas y a abstenerse de utilizarlas en lo sucesivo, *determinando o aclarando, cuando sea necesario, el contenido del contrato* que ha de considerarse válido y eficaz».

Tras la entrada en vigor de la LEC, este precepto queda como el único que prevé efectos prejudiciales y *erga omnes* de las sentencias dictadas en materia de consumo, y *siempre limitados al supuesto de que se ejercite una acción colectiva de cesación, y al predisponente que resulte condenado en el juicio.* La principal innovación introducida en este artículo entiendo que es la que resulta de la derogación del artículo 20.4 LCGC; pero además la nueva redacción aclara que, cuando sea necesario, el juez deberá integrar el contrato privado de la cláusula o cláusulas que hayan sido reputadas nulas. Como enseguida veremos, la integración judicial del contrato plantea problemas registrales siempre que se presente a inscripción un modelo diferente que, sin embargo, contenga alguna o varias cláusulas idénticas a las que han sido declaradas nulas como consecuencia del ejercicio de una acción de cesación.

c) Dispone en el artículo 221.2.^a que las sentencias dictadas a consecuencia de demandas interpuestas por asociaciones de consumidores o usuarios estarán sujetas, entre otras, a la siguiente regla: «Si, como presupuesto de la condena o como pronunciamiento principal o único, se declarara ilícita o no conforme a la ley una determinada actividad o conducta, *la sentencia determinará si, conforme a la legislación de protección a los consumidores y usuarios, la declaración ha [de] surtir efectos procesales no limitados a quienes hayan sido partes en el proceso correspondiente*».

En la actual LCGC, incluso tras la reforma introducida por la LEC, el único artículo que atribuye a las sentencias efectos procesales no limitados a las partes es el artículo 12.2, que se refiere concretamente al ejercicio de la acción colectiva de cesación y que ya advierte expresamente que esta acción se dirige a obtener una sentencia que condene al demandado a abstenerse de utilizar en lo sucesivo las condiciones generales que se reputen nulas. En este sentido, el artículo 221.2.^a no añade, en realidad, nada nuevo, aunque queda como una norma general que puede ser útil ante posibles modificaciones legislativas.

Llama además la atención que la regla habla de sentencias que hayan de surtir *efectos procesales* no limitados quienes hayan sido partes en el proceso. Con la expresión *efectos procesales* parece que la LEC asume la teoría de la naturaleza procesal de la cosa juzgada material y entiende que los efectos extra partes de ciertas sentencias establecidos por la legislación de consumo no son más que supuestos en los que la cosa juzgada material produce, excepcionalmente, efectos frente a terceros. Esta puntualización permite a los jueces aplicar en estos supuestos las técnicas de actuación de la cosa juzgada. Aunque los efectos extra partes de las sentencias a que se refiere el artículo 12.2 LCGC, en cuanto exigen que se trate del mismo predisponente, son bastante *sui generis*.

d) *Finalmente, la LEC deroga el artículo 18.3 LCGC y con él la norma que establece que en las acciones de cesación, retractación o declarativa, cualquiera que sea su cuantía, se admitirá siempre recurso de casación ante el Tribunal Supremo.* A partir de la entrada en vigor de la LEC, por tanto, los predisponentes condenados como consecuencia del ejercicio de una acción de cesación, en primera instancia o en apelación (aunque en cada instancia se hayan dictado sentencias opuestas), podrán quedar imposibilitados de volver a plantear la misma cuestión, ni siquiera una segunda vez, sin haber tenido tampoco en ningún momento la oportunidad de recurrir en casación ante el TS. A menos, por supuesto, que la sentencia sea recurrible en casación conforme a las reglas generales del artículo 477 LEC.

En fin, a la vista de las reformas introducidas por la nueva LEC, y con independencia del juicio que merezcan, cabe pensar que la velocidad con la que se suceden los cambios legislativos no contribuye a generar ninguna confianza en las normas jurídicas, ni a tomarse con demasiada seriedad las disposiciones del penúltimo legislador.

JUAN CARLOS RAMÓN CHORNET
Registrador de la Propiedad

El nuevo régimen jurídico del promotor inmobiliario tras la Ley de Ordenación de la Edificación

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. CONCEPTO DE PROMOTOR INMOBILIARIO.—III. NATURALEZA DE SU PRESTACION.—IV. CLASES Y FIGURAS ANALOGAS. LA INTERVENCION DECISORIA COMO CRITERIO DE DISTINCION: a) CLASES: PROMOTOR Y AUTOPROMOTOR; b) FIGURAS ANALOGAS. CRITERIOS DE DISTINCION. LOS ELEMENTOS ESENCIALES DEL PROCESO EDIFICATORIO. V. RESPONSABILIDAD CIVIL FRENTE AL COMPRADOR Y SUCEIVOS ADQUIRENTES: a) EL INCUMPLIMIENTO SIN CULPA; b) LA RESPONSABILIDAD CUASI-OBJETIVA Y SOLIDARIA «EN TODO CASO»; c) EL ÁMBITO DE LA RESPONSABILIDAD. LA DELIMITACIÓN DE LOS DAÑOS MATERIALES Y SUS PLAZOS DE GARANTÍA; d) EL INICIO DEL CÓMPUTO DE LOS PLAZOS DE RESPONSABILIDAD Y GARANTÍA COMO EFECTO PRINCIPAL DE LA RECEPCIÓN DE LA OBRA. CLASES DE RECEPCIÓN; e) PRESCRIPCIÓN DE ACCIONES INDEMNIZATORIAS: EL «DIES A QUO»; f) BREVE REFERENCIA A LA RESPONSABILIDAD DEL GESTOR DE COMUNIDADES O COOPERATIVAS Y AL AUTOPROMOTOR.—VI. OBLIGACIONES DEL PROMOTOR: LA SUSCRIPCION DE GARANTIAS: LA SUSCRIPCION DE LAS GARANTÍAS DEL ARTÍCULO 19. CUESTIONES AL RESPECTO.—VII. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCION

La Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación (BOE de 6 de noviembre de 1999, en adelante LOE) es una de las normas de mayor trascendencia social de los últimos años. Una norma que viene a completar lo que algún autor, acertadamente, ha denominado como el Nuevo Derecho Inmobiliario (1). La Ley modifica elementos esenciales para todos

(1) YANNONE, F., «Guía práctica de la nueva Ley de Propiedad Horizontal», Ed. Especial, *Diario Expansión*, Madrid, 1999, Tomo II, pág. 17. El propio autor considera a la Ley de Ordenación de la Edificación como integrante de este «Nuevo Derecho» destinado a dotar de una mayor transparencia y seguridad al mercado inmobiliario.

los intervinientes del sector inmobiliario y su publicación ha sido precedida, ya desde muchos años atrás, de innumerables borradores (2). La necesidad de la Ley era reconocida unánimemente y debía atender a una demanda social cada vez más importante: la calidad en el proceso edificatorio (3).

Desde el punto de vista social, las cuestiones más debatidas son las relativas a su repercusión en el precio de la vivienda y a su eficacia en la mejora de la calidad (4); pero también desde el punto de vista jurídico ofrece importantes interrogantes. Dadas las características de este trabajo, **nuestro estudio se va a ceñir, únicamente, en la repercusión y en alguno de los interrogantes que se ciernen sobre el promotor inmobiliario, principalmente, sobre sus responsabilidades y garantías.** Previo a ello, abordaremos el estudio de la figura partiendo de su concepto, la naturaleza de su prestación y su tipología.

(2) En el debate parlamentario del Proyecto de Ley en el Congreso, el diputado del Grupo Popular, señor Ortiz González, manifestó su participación en algunos proyectos de la LOE desde el año 1973. *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, Pleno, núm. 235, pág. 12584.

La D. F. 1.^ª3 de la Ley 12/1986, de 1 de abril, sobre Regulación de las Atribuciones Profesionales de los Arquitectos e Ingenieros Técnicos ordenaba al Gobierno la remisión en el plazo de un año a las Cortes Generales de un proyecto de ley de ordenación de la edificación en la que se regularan las intervenciones profesionales del proceso edificatorio. Fruto de ello, existieron diversos borradores y hasta un Proyecto de Ley de Ordenación de la Edificación de 28 de diciembre de 1995. Previa a la tramitación del Proyecto de la presente Ley, nos consta que también se han manejado varios borradores de anteproyecto como el de 11 de junio de 1998, 11 de septiembre de 1998 y 21 de septiembre de 1998.

(3) La demanda social era indiscutible debido al alto porcentaje de reclamaciones que los compradores efectuaban a las organizaciones de consumidores y usuarios. Por ejemplo, en 1998, el 30 por 100 de las consultas y reclamaciones recibidas por la Unión de Consumidores de España (UCE) eran derivadas de la mala calidad de los edificios [cfr. *El País (Suplemento Negocios)*, 3 de octubre de 1999, pág. 34]. Similar tendencia se ha dado en el año 1999, cfr. *ABC Madrid*, 15 de enero de 2000. Este sentir ya se había hecho presente entre alguna de las principales asociaciones de agentes de la edificación, formalizando el 14 de mayo de 1997, a instancia de la UCE, un pacto por la calidad en la vivienda. *Inédito*.

(4) En la semana en que se aprobaba el texto legal por el Congreso fueron varios los diarios que dedicaron al menos una página a la inminente Ley, con titulares como: «Los daños en las nuevas viviendas estarán cubiertos hasta diez años por un seguro»; «La Ley de Edificación, aprobada ayer, encarecerá hasta un 0,8 por 100 el precio de los pisos» (cfr. *Diario El País*, viernes 22 de octubre de 1999, pág. 34); «La demanda y el precio de la vivienda siguen al alza» (cfr. *Diario Expansión* de 20 de octubre de 1999, pág. Especial núm. VIII).

II. CONCEPTO DE PROMOTOR INMOBILIARIO

Sin pronunciarnos rigurosamente sobre su origen, la figura del promotor pudo fraguarse inicialmente en las asociaciones constituidas exclusivamente para procurar viviendas a sus miembros, siendo positivizadas por la legislación cooperativa y administrativa (5).

El concepto genérico del promotor ha sido recogido primeramente por la jurisprudencia y por la legislación autonómica (6). El artículo 9 de la LOE culmina este propósito en una de las definiciones que mejor engloban las distintas manifestaciones del promotor:

«Será considerado promotor cualquier persona, física o jurídica, pública o privada, que, individual o colectivamente, decide, impulsa, programa y financia, con recursos propios o ajenos las obras de edificación para sí o para su posterior enajenación, entrega o cesión a terceros bajo cualquier título.»

Consideramos que la definición es brillante porque no acentúa la caracterización del promotor en la cualidad personal del sujeto ni en la finalidad de su actividad, sino en su grado de participación en el proceso edificatorio (*«decide, impulsa, programa y financia»*). Por ello, bajo nuestra opinión, podría concluirse que **será promotor quien decide los elementos esenciales del proceso edificatorio**. Otra cuestión será determinar qué se entiende por elementos esenciales, pero esto lo trataremos más adelante [v. *infra*, epígrafe cuarto, apartado b)].

(5) Se considera la existencia, ya a finales del siglo XIX, de cooperativas de viviendas acogidas a la Ley de Asociaciones de 1887. En 1917 existían cooperativas de viviendas que posteriormente, gracias a la promulgación de la Ley de Casas Baratas y Económicas de 1920 y años siguientes, fueron incentivadas (cfr. «Breve historia del cooperativismo de Viviendas en España I» de la Revista de la Confederación de Cooperativas de Viviendas, *Viviendas Cooperativas*, núm. 36, IV Etapa, septiembre/octubre de 1997, pág. 17).

La regulación de estas cooperativas tuvo mayor singularización en las leyes cooperativas posteriores de 1931 y 1942. La presencia de sociedades inmobiliarias con ánimo de lucro —ya denominadas como promotores— está recogida en el artículo 5 de la Ley de 15 de julio de 1954, sobre Viviendas Protegidas. En general, la normativa administrativa, más que pronunciarse sobre una definición genérica del promotor, se ha limitado a enunciar su tipología (por ejemplo: art. 22 del Reglamento de Viviendas de Protección Oficial aprobado por Decreto 2114/1968).

(6) La STS de 11 de octubre de 1974 (CDO 2.º, *RAJ 3.798/1974*) fue la primera en definir la figura del promotor inmobiliario a la hora de englobarlo en el artículo 1.591 del Código Civil. También lo define el artículo 3.1 de la Ley Autonómica de Cataluña 24/1991, de 29 de noviembre, de la Vivienda (*Llei de L'Habitatge*), y el artículo 15 de la Ley Autonómica de Madrid 2/1999, de 17 de marzo, de medidas para la calidad de la edificación.

Más difícil que definir a este agente es identificarlo en la práctica, por lo que para diferenciarlo debemos considerar la naturaleza de su prestación.

III. LA NATURALEZA DE SU PRESTACION

La prestación del promotor, es decir, su conducta debida, consiste en la entrega de la edificación.

Considerando la prestación como objeto de toda obligación y aceptando la clasificación que la doctrina ha efectuado entre obligaciones de resultado y de medios (7), podemos afirmar que **la obligación del promotor es claramente una obligación de resultado**. Esto se infiere, por un lado, del artículo 2 de la LOE, que define al proceso de la edificación como la acción y el «resultado» de construir un edificio y, por otro lado, del artículo 9, que considera la entrega de la edificación como el objetivo principal del promotor (8).

Aunque nos cuestionemos si el promotor está obligado a un simple dar o a un hacer, en ambos casos, nos encontramos ante una obligación de resultado (9). El promotor debe satisfacer el interés del comprador mediante la entrega de la edificación, esto es, la obtención de un resultado.

(7) Siguiendo literalmente los comentarios de LOBATO GÓMEZ, J. M., «esta clasificación no puede, obviamente, ser considerada la nueva *summa divisio* de las obligaciones (...) pero lejos de ser una pura vanidad escolástica, sirve para justificar el empleo de dos sistemas diferentes en la determinación del objeto de la obligación (...) y de la prueba del hecho generador de la responsabilidad contractual y su respectivo ámbito de aplicación (...)» (cfr. «Contribución al estudio entre las obligaciones de medios y las obligaciones de resultado», en *Anuario de Derecho Civil*, tomo XLV, 1992, pág. 671).

(8) La consideración de obligación de resultado del promotor ya había sido observada por la doctrina científica, entre otros, por IGLESIAS REDONDO, J. L., «Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª) de 31 de octubre de 1995», en *Revista de Derecho Privado*, octubre 1996, págs. 762 y 763; CABANILLAS SÁNCHEZ, A., «La configuración jurisprudencial del promotor como garante», en *Anuario de Derecho Civil*, 1992-1, pág. 234; LOBATO GÓMEZ, J. M., «Responsabilidad del promotor inmobiliario por vicios en la construcción», en *Colección Jurisprudencial Práctica*, Ed. Tecnos, Madrid, 1994, pág. 21.

(9) El profesor CABANILLAS SÁNCHEZ, A. defiende la posible distinción entre las ventas de edificación terminada (obligación de dar) y las hechas sobre plano (obligación de hacer) a los efectos de la aplicación del artículo 1.591 del Código Civil (cfr. «La responsabilidad del promotor que vende pisos y locales defectuosamente construidos». Comentario a la sentencia del TS de 9 de marzo de 1981, en *ADC*, 1982-II, pág. 925). Aún en el supuesto de considerar la venta sobre plano como un negocio mixto entre la compraventa y el arrendamiento de obra, nos encontraríamos ante una obligación de resultado, ya que también el arrendamiento de obra ha sido considerado como tal. En este sentido (en sede de prestación de servicios médicos) ver, entre otras, las SSTs de 25 de abril de 1994, *La Ley* 1994, 9007; de 11 de febrero de 1997, *La Ley* 1997, 3248; y de 13 de diciembre de 1998, *La Ley* 1998, 1471.

IV. CLASES Y FIGURAS ANALOGAS. LA INTERVENCION DECISORIA COMO CRITERIO DE DISTINCION

a) CLASES: PROMOTOR Y AUTOPROMOTOR

Dependiendo del criterio que utilicemos, podemos efectuar distintas clasificaciones de promotores: públicos o privados, con o sin ánimo de lucro, etc., si bien aquí nos interesa únicamente destacar una tipología, aquella determinada por el destinatario final de la prestación. El propio concepto legal, al referirse al destino de la edificación, alberga dos posibles manifestaciones:

1.^a La del autopromotor considerada como la persona o personas que destinan la edificación para uso propio.

2.^a La del promotor, propiamente dicho, que destina la edificación a terceros.

La figura del autopromotor, de igual forma que pasara con la del promotor, ha sido tenida en cuenta primero por las normas administrativas (10).

La autopromoción supone reunir en la misma persona a quien determina los elementos esenciales de la promoción (promotor) con quien será el futuro usuario de la edificación. La autopromoción puede realizarse individual o colectivamente; la forma colectiva se lleva a cabo mediante la constitución de empresas o asociaciones de corte mutualista (11) cuyos máximos exponentes son **las cooperativas y las comunidades de propietarios** (12). Aunque no sean objeto de este estudio, es necesario al menos

(10) La más reciente es el artículo 13.2 del Plan de Vivienda 1998-2001 (Real Decreto 1186/1998, 12 de junio, sobre medidas de financiación de actuaciones protegidas en materia de vivienda y suelo) que dice: «Las referencias que en este Real Decreto se efectúan a los promotores para uso propio se aplicarán, exclusivamente, a las personas físicas individualmente consideradas o agrupadas en cooperativas o en comunidades de propietarios». Antes también fue el artículo 9.2 del Plan de Vivienda 1996-1999 (Real Decreto 2190/1995, de 28 de diciembre, sobre medidas de financiación de actuaciones protegibles en materia de vivienda y suelo).

(11) Estas agrupaciones operan bajo el principio mutualista de doble cualidad: socio y usuario; en este caso, promotor-usuario. Para ello, nos basamos en la concepción de «empresa mutualística» aportada por VICENT CHULIÀ, F., «Las empresas mutualísticas y el Derecho mercantil en el Ordenamiento español», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 512, 1976, pág. 76.

(12) La expresión «comunidad de propietarios» que también utiliza la LOE (E. de M. Apdo. 4 y 7, art. 17.4 y D. Ad. 1.º) se refiere a las comunidades de promoción o construcción cuyo régimen jurídico está determinado por la voluntad de sus integrantes y subsidiariamente por lo regulado en el Código Civil en materia de comunidad de bienes (v. art. 392 y sigs.).

saber que estas agrupaciones vienen a ser promotores-mediadores en cuanto que **actúan en nombre propio pero por cuenta del cooperativista o comunero** (13). La condición de promotor realmente reside en el socio o comunero y no tanto en la agrupación, por ser principalmente aquél y no ésta quien arriesga su patrimonio personal. Excepcionalmente puede ser la agrupación quien, en beneficio de todos sus miembros, actúe por cuenta propia —como un promotor convencional— entregando edificaciones a terceros (14).

Desgraciadamente la LOE, siguiendo la tónica general de nuestro ordenamiento jurídico inmobiliario, se olvida de las peculiaridades de los autopromotores, siendo especialmente criticable su silencio en el régimen de responsabilidades y garantías (15) [v. *infra*, epígrafe quinto, apartado f) y epígrafe sexto, cuestión tercera].

Sobre este tipo de comunidades ver, entre otros: MUÑOZ DE DIOS, G., *Aportación de solar y construcción en comunidad*, Ed. Espasa Calpe, Madrid, 1987, pág. 145 y sigs.; MANRIQUE PLAZA, J., «Construcción en Comunidad». Conferencias en homenaje a don Angel Olavarría Téllez. *Academia Sevillana del Notariado*, Tomo VI, Ed. Edersa, 1992, pág. 112 y sigs.; TRUJILLO CALZADO, M. I., *La constitución convencional de comunidades: el contrato de comunicación de bienes*, Ed. Bosch, Barcelona, 1994, pág. 117; LOBO DE DIOS, F. y otros, en *Memento Inmobiliario 2000-2001*, Ed. Francis Lefebvre, pág. 187.

(13) La calificación de promotor-mediador fue considerada por nuestro Alto Tribunal para las cooperativas de viviendas en las SSTs de 8 de junio de 1992 (*La Ley 1992/8373*) y 1 de octubre de 1991 (*La Ley 1992/2602*). También han sido considerados como mediadores los patronatos de casas para determinados colectivos como funcionarios, militares, etc... (cfr. A.P. de Madrid, sentencia de 18 de julio de 1997, 2.897 EdD).

Para un estudio sobre la naturaleza jurídica de las cooperativas y su relación con los socios, ver, entre otros: MANRIQUE ROMERO, F. y RODRÍGUEZ POYO-GUERRERO, «La cooperativa: Garantías formales para su eficacia en el tráfico», en *Revista de Derecho Notarial*, núm. 109-110, Madrid, julio-diciembre 1980, págs. 62 y 133; AGUILAR GARCÍA, M., «Las cooperativas de viviendas: disposiciones comunes y específicas», en *Revista de Derecho Notarial*, Madrid, 1972, págs. 49 y 50; MANRIQUE PLAZA, J., «Construcción en...», *ob. cit.*, pág. 126; FAJARDO GARCÍA, I.-G., *La gestión económica de la cooperativa: responsabilidad de los socios*, 1.ª ed., Tecnos, Madrid, 1997, pág. 100.

Bajo nuestra opinión, también las Juntas de Compensación deberían ser consideradas como autopromotores de la urbanización, pues operan igualmente bajo el principio mutualista, con un funcionamiento similar al que efectúan las cooperativas o comunidades pero desarrollando su actividad en el ámbito de la ejecución del planeamiento urbanístico. Prueba de ello es su actuación en nombre propio pero por cuenta de los intereses de sus integrantes, como nos recuerda la STSJ de Baleares de 20 de diciembre de 1991 (*La Ley 1992-2*, 226).

(14) Es el supuesto de enajenación de locales comerciales a terceros no socios que tradicionalmente ha permitido la legislación cooperativa (v. art. 89.4 de la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas).

(15) Excluyendo las menciones a los gestores de cooperativas o de comunidades, la LOE únicamente tiene presente la autopromoción al definir al promotor (v. art. 9) y al extender el ámbito de la Ley 57/1968, a las promociones en régimen de comunidad o cooperativa (E. de M. Apdo. 7 y Disp. Ad. 1.ª).

b) FIGURAS ANÁLOGAS. CRITERIOS DE DISTINCIÓN. LOS ELEMENTOS ESENCIALES DEL PROCESO EDIFICATORIO

Consideramos *figuras análogas* aquellas que, no siendo promotores, puede asimilárseles tal condición, en tanto en cuanto tengan una intervención decisoria en los elementos esenciales de la promoción. Esto puede suceder en las personas o empresas que prestan servicios de asesoramiento a los promotores. En la práctica, las más frecuentes son las sociedades gestoras de cooperativas o comunidades, siendo recogidas expresamente en la LOE (cfr. E. de M. Apdo. 4 *in fine*; art. 17.4 y Disp. Ad. 1.^a) (16). Dada su importancia, destacamos el artículo 17.4 que textualmente dice:

«(...) la responsabilidad del promotor que se establece en esta Ley se extenderá a las personas físicas o jurídicas que, a tenor del contrato o de su intervención decisoria en la promoción, actúen como tales promotores bajo la forma de promotor o gestor de cooperativas o de comunidades de propietarios u otras figuras análogas».

La LOE no ha hecho más que hacerse eco de la corriente jurisprudencial del Tribunal Supremo por la que se considera aplicable el 1.591 del Código Civil a personas que han ejercido una influencia decisiva en la promoción; es decir, lo que la Ley ha denominado como *figuras análogas* (17). También ha podido influir en esta regulación lo cuestionado que está el sector de la gestión de cooperativas por la opinión pública (18).

(16) No debemos limitarnos a los gestores, también existen figuras como el *Project Manager* u otras sociedades de asesoramiento y gestión inmobiliaria que, en principio, no son agentes con intervención decisoria en el hacer edificatorio.

(17) Cfr. SSTs de 6 de marzo de 1990 (FJ 2.º, RJA 1.673), 3 de octubre de 1996 (FJ 3.º, *La Ley* 1996/10776) y de 26 de junio de 1997 (FJ 3.º, *RJA* 1997/5149). En la primera, una empresa consultora se encargaba de la Dirección Facultativa y Financiera de la Obra e incluso realizaba labores de coordinación ante los subcontratistas. En la segunda, una sociedad de gestión inmobiliaria estaba apoderada irrevocablemente por los comuneros y antes de su adhesión ya tenía contratados a los arquitectos, el proyecto, la compra del solar y el estudio económico. Incluso, en la publicidad se reflejaba como promotor. En la tercera, un agente de la propiedad inmobiliaria y un abogado no ejerciente se encargaron de contratar con la constructora y también tenían definido el proyecto y el presupuesto así como adquirido el solar antes de la venta de las edificaciones. En todas ellas, el Tribunal Supremo no consideró infringido el artículo 1.591 del Código Civil, dada su intervención decisoria y, por tanto, eran responsables del proceso constructivo.

En sede de jurisprudencia menor también hemos localizado algunos pronunciamientos sobre *figuras análogas* en los que se cuestionaba (en función de su intervención decisoria) la condición de promotor al permutante de un solar por viviendas futuras (cfr. SAP de Tarragona de 10 de septiembre de 1997, *RJC* núm. 47/1997 y 4 de julio de 1997, *RJC* núm. 181/1997).

(18) Alguna vez, las gestoras han sido calificadas como «fraude» y como «comisa-

La naturaleza jurídica y funcionamiento de la figura del gestor, también denominado promotor de comunidades o cooperativas (por ser quien tomaba la iniciativa de constituir las), todavía no ha sido estudiada con la debida profundidad por nuestra doctrina científica, siendo escasos los comentarios al respecto (19). Unicamente nos interesa destacar en este trabajo que **la naturaleza de la prestación del gestor (o de sus figuras análogas)** no debiera ser la de una **obligación de resultado** (como la del promotor) sino de **medios o de actividad**, como la de los asesores de cualquier sociedad. El gestor de cooperativas y de comunidades nace para cubrir la ausencia de profesionalidad en la administración de dichas agrupaciones (20); su prestación está dirigida a desplegar una actividad de apoyo y asesoramiento a los promotores-usuarios, respetando sus principios de funcionamiento (21).

La Ley peca de escueta en el tratamiento de estas figuras (22) y, además, es imperfecta por no existir concordancia entre la Exposición de Motivos (Apdo. 4 *in fine*) y el artículo 17.4, pues la primera **equipara al gestor con el promotor**, y el segundo, **sin embargo, condiciona dicha equiparación al tenor del contrato y a la intervención decisoria en la promoción**. Debemos

rios políticos de las constructoras» por los medios de comunicación (cfr. *Revista Tribuna de Actualidad* de 1 de marzo de 1999, Secc. Tribuna de la Economía, pág. 39).

(19) MUÑOZ DE DIOS, G., refiriéndose al promotor de comunidades, textualmente dice: «La naturaleza de esta figura es complejísima. Nace por la libertad de pacto del artículo 1.255 del Código Civil, y dentro del contrato las relaciones son muy variadas, participando de las prestaciones propias del mandato, contrato de mediación, e incluso creemos que serán aplicables las normas de los cuasi contratos de gestión de negocios ajenos» (cfr. «Aportación de solar y construcción en...», *ob. cit.*, pág. 149).

(20) Para VÁZQUEZ FRAILE, A., Presidente de la Confederación de Cooperativas de Viviendas (CONCOVI): «hoy es impensable la promoción de viviendas cooperativas sin una organización gerencial, bien incorporada a la estructura de la Cooperativa, o convenida con una gestora externa» (cfr. INFES, *Revista de Economía Social*, diciembre 1996, núm. 14, pág. 16).

(21) En sede de cooperativas, son destacables el segundo y tercer principio cooperativo de la Alianza Cooperativa Internacional (ACI): 2.º *Principio: Gestión democrática por parte de los socios*: Las Cooperativas son organizaciones gestionadas democráticamente por los socios, los cuales participan activamente en la fijación de sus políticas y en la toma de decisiones. 3.º *Principio: Participación económica de los socios*: Los socios contribuyen equitativamente al capital de sus Cooperativas y lo gestionan de forma democrática (cfr. PAZ CANALEJO, N., «Principios cooperativos y prácticas societarias de la cooperación», *REVESCO*, núm. 61, 1995, pág. 19 y sigs.). De estos principios se deduce con claridad que el protagonista de la promoción cooperativa debiera ser el socio y no la gestora.

(22) Su excesiva brevedad fue ya denunciada por el Consejo Económico Social: «El CES considera que no es suficientemente adecuado el tratamiento que el Proyecto de Ley da a la figura de gestor de cooperativas o gestor de comunidades (...) dichas figuras se debieran definir específicamente en el articulado, estableciendo sus obligaciones y responsabilidad en el proceso de edificación (...)» (cfr. Dictamen núm. 5 sobre el Proyecto de Ley de Ordenación de la Edificación, Sesión extraordinaria del Pleno de 28 de abril de 1999, pág. 11).

acogernos a lo establecido en el artículo 17.4, puesto que promotor y gestor tienen prestaciones de distinta naturaleza y porque una equivalencia de ambas figuras conllevaría negar prácticamente la actuación independiente y democrática de los autopromotores que, por otro lado, algunos tienen reconocida por ley (23). **La Ley ha establecido unos criterios de distinción** que nos recuerdan a los criterios que ha utilizado nuestra doctrina para distinguir entre obligaciones de medios y de resultado (24).

El primer criterio de distinción es el tenor del contrato. Este criterio no ofrece dificultades, puesto que lo pactado, si es claro, puede consistir en la promoción de la edificación por parte del gestor, asumiendo el autopromotor labores de simple dueño de la obra. Es el típico supuesto de gestor de comunidades que opera con un mandato irrevocable de los comuneros para efectuar las labores de gestión, administración y promoción. **El segundo criterio,** la intervención decisoria, será de aplicación a aquellos gestores que bajo la apariencia de un arrendamiento de servicios con la cooperativa o la comunidad determinan las características de la promoción. Por ello, **la intervención decisoria** obedece a la definición de promotor antes citada: la persona que «*decide, impulsa, programa y financia*» o **determina los elementos esenciales de la promoción.**

Del estudio de la jurisprudencia citada anteriormente en la nota 17, nuestro Alto Tribunal consideró promotores a quienes ofrecían edificaciones con los siguientes elementos ya determinados:

- a) Los terrenos objeto de la promoción.
- b) La Dirección Facultativa (arquitectos y aparejadores).
- c) La Empresa Constructora.
- d) El Estudio Económico Financiero.

Bajo nuestro parecer, puede haber otros factores con carácter decisivo, por ejemplo (25):

(23) En sede de cooperativas, v. artículo 1 de la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas.

(24) Los criterios destacados son: Primero, la distinción por parte de una norma; segundo, la posición de las partes (determinación de su voluntad, la naturaleza de la obligación: aleatoria, pasiva o activa, precisa o imprecisa), y tercero, las consideraciones de equidad respecto a la dependencia que el deudor tiene del acreedor. LOBATO GÓMEZ, J. M., «Contribución al estudio de...», *ob. cit.*, pág. 671 y sigs.

Efectivamente la pasividad en la participación del autopromotor en el proceso edificatorio y su condición de consumidor son presupuestos que pueden hacer de él un comprador, y del gestor un verdadero promotor.

(25) Vuelve a ser el derecho administrativo quien nos da la pista de lo que puede ser lo más importante en una promoción, pues el artículo 1.b) del Real Decreto 2028/1995, de 22 de diciembre, por el que se establecen las condiciones de acceso a la finan-

- a) La elección de la entidad bancaria que financie la promoción.
- b) La recepción de las obras de edificación.
- c) La elección de la empresa gestora.

Para discernir si el gestor es o no promotor será importante considerar el censo social del autopromotor en el momento de adoptar decisiones sobre elementos esenciales y si para tales se barajaron otras alternativas. Evidentemente no puede considerarse a una comunidad de propietarios como autopromotora de cien viviendas cuando a la hora de determinar la contratación de la empresa constructora, dirección facultativa, etc., contaba tan sólo con diez comuneros y la sociedad gestora. De forma paralela, tampoco puede reputarse promotor al gestor que únicamente ha promovido los trámites necesarios para la constitución y agrupación del colectivo o su licitación a un concurso de suelo (26).

En resumen, será el juzgador quien, a raíz de la prueba examinada en cada caso, deba conjugar si la elección de los elementos esenciales de la promoción fue realmente democrática y autodecidida. **Por lo que, con la LOE, el gestor y el resto de figuras análogas no son promotores inmobiliarios, salvo pacto o resolución firme que así lo declare** (27).

V. RESPONSABILIDAD CIVIL FRENTE AL COMPRADOR Y SUCEIVOS ADQUIRENTES

La responsabilidad que la LOE exige a todos los agentes intervinientes posiblemente abra el mismo debate que suscitó la responsabilidad derivada del 1.591.1 del Código Civil: ¿naturaleza contractual, extracontractual o legal? Además existirá una nueva polémica sobre la derogación tácita del viejo precepto (28). Desgraciadamente un trabajo de estas características no es el

ciación cualificada estatal de viviendas de protección oficial exige la ratificación por asamblea de los contratos con la gestora, la adquisición del suelo, el encargo y aprobación del proyecto de obras, la elección de la constructora, la aprobación del contrato de ejecución de obras y la recepción de las obras.

(26) Esta es también la opinión que tiene LOBO DE DIOS, F. y otros, en *Memento Inmobiliario 2000-2001...*, ob. cit., pág. 218.

(27) De hecho hemos encontrado algunos pronunciamientos judiciales que no han considerado promotores a sociedades gestoras [cfr. A.P. de Cuenca, sentencia de 12 de abril de 1996 (*FJ* 6.º, *1.532 EdD*), y A.P. de Cádiz, sentencia de 25 de julio de 1996 (*FJ* 2.º, *2311 EdD*)].

(28) De hecho y antes de entrar en vigor la norma, ya existieron discrepancias entre los juristas asistentes a las Jornadas Profesionales sobre «Responsabilidades en la Construcción», organizada por *La Ley* el día 20 de enero de 2000 (cfr. *Diario de Noticias La Ley* de 7 de febrero de 2000, pág. 7).

foro idóneo para estudiar tales interrogantes pero —en un primer análisis— parece que la vigencia del 1.591.1 sería artificiosa dado el amplísimo ámbito de aplicación del artículo 2 de la Ley.

Dejamos también al margen la responsabilidad extracontractual que el promotor puede tener frente a terceros (ni compradores ni sucesivos adquirentes; por ejemplo: transeúntes) en aplicación del artículo 1.909 del Código Civil, cuya anterior concordancia con el artículo 1.591.1 también se ve comprometida a resultas del estudio de la vigencia de este último precepto (29).

En lo referente al objeto de estudio, hay que decir que la consideración como responsable del promotor frente al comprador y sucesivos adquirentes fue iniciativa de la jurisprudencia, principalmente por razones de protección a los compradores (30). La LOE ha materializado esta jurisprudencia desde el ámbito civil, dejando acertadamente al margen otro tipo de responsabilidades como la administrativa (31) o la penal.

a) EL INCUMPLIMIENTO SIN CULPA

Para que nazca la responsabilidad del promotor debe producirse el incumplimiento de su prestación. Dado el carácter de obligación de resultado, no es necesario analizar si existió o no culpa en la actuación del promotor, basta que el acreedor (usuario de la edificación), de conformidad con el artículo 1.157 del Código Civil, acredite:

La polémica también se extenderá al párrafo segundo del artículo 1.591 si nos acogemos a algún pronunciamiento jurisprudencial que consideraba dicho plazo como de garantía (por ejemplo: STS de 17 de septiembre de 1996, *La Ley* 1996/9113). Si consideramos dicho plazo como de prescripción, el 1.591.2 estaría dentro de la órbita estrictamente contractual del artículo 1.101 del Código Civil y, por tanto, la LOE no le afectaría.

(29) La referencia que hace el artículo 1.909 del Código Civil al «tiempo legal» tiene distinta duración si lo concordamos con el artículo 1.591 (10 años) que si lo hacemos con el artículo 17.1 de la LOE (1, 3 ó 10 años).

(30) Las razones por las que se equiparó al promotor con el término «contratista» del 1.591 del Código Civil fueron: A) Que la obra se realiza en su beneficio; B) Que su labor se encamina al tráfico de la venta a terceros; C) Que los terceros adquirentes se han confiado en su prestigio comercial; D) Que fue el promotor quien eligió y contrató al contratista y a los técnicos; E) Que adoptar criterio contrario supondría limitar o desamparar a los futuros compradores de pisos, frente a la mayor o menor solvencia del resto de los intervinientes en la construcción (cfr. FJ 2.º, STS de 1 de octubre de 1991, *RJA* 7255 —y las sentencias citadas en este fundamento— y STS de 28 de enero de 1994, *RJA* 575).

(31) La responsabilidad administrativa por infringir las obligaciones del promotor ya tiene un marco jurídico suficiente en el ámbito del derecho autonómico, dado el gran número de Comunidades Autónomas que han asumido competencias en materia de urbanismo, vivienda, vigilancia y protección de edificios, protección y defensa de los consumidores (Madrid, Cataluña, Extremadura, Galicia, etc...).

1. La existencia de la obligación (por ejemplo: contrato privado o condición de propietario).

2.a) Para el caso del comprador, la contravención de lo pactado.

2.b) Para el caso del comprador o sucesivos adquirentes, la irrogación de daños o perjuicios por una defectuosa prestación [sobre la concepción de los daños o perjuicios, v. *infra* en este epígrafe, apartado c)].

La ausencia del elemento culpabilístico (y por ende, de la presunción de culpabilidad e inversión de la carga de la prueba) va a ser uno de los fundamentos de la responsabilidad cuasi-objetiva del promotor.

b) RESPONSABILIDAD CUASI-OBJETIVA Y SOLIDARIA «EN TODO CASO»

La Ley, en beneficio de los adquirentes, ha consagrado la objetivación y solidaridad de la responsabilidad del promotor.

Con ambos caracteres, el adquirente consigue dos ventajas procesales muy importantes:

- a) Su prueba debe ceñirse simplemente a demostrar la condición de comprador y, en su caso, la existencia de daños sin la concurrencia de las circunstancias del artículo 17.8 (caso fortuito, fuerza mayor, acto de tercero o acto del propio perjudicado).
- b) Su acción puede dirigirse exclusivamente al promotor, pues éste responde solidariamente en todo caso.

Creemos que la técnica legislativa utilizada en el artículo 17 no ha sido clara a la hora de proclamar dichos caracteres, pero existen argumentos fundados que afirman su existencia.

La objetivación de la responsabilidad del promotor se basa en dos razones:

1.^a El promotor es garante de la edificación, puesto que:

- a) A su costa y bajo su decisión pone en el mercado un producto: la edificación. El promotor tiene una responsabilidad por el riesgo que ha creado mediante la construcción de una edificación, no es un mero vendedor. Debe estar en primera línea frente al usuario o terceros perjudicados (32). De hecho, el comprador únicamente está vincula-

(32) Seguimos las conclusiones de MUÑOZ JIMÉNEZ, según lo cita CABANILLAS SÁNCHEZ, A., «La configuración jurisprudencial...», *ob. cit.*, pág. 233.

do contractualmente con el promotor y no con los otros agentes intervinientes.

- b) Su configuración como garante ha sido reconocida jurisprudencial y doctrinalmente (33).

2.^a El promotor responde sin culpa porque su prestación frente al adquirente es una obligación de resultado en la que no interviene el elemento culpabilístico. El grado de negligencia puede influir en la cuantía indemnizatoria pero no en determinar el incumplimiento (34). En cualquier caso, no es una responsabilidad sin culpa absoluta, puesto que podrá exonerarse por las causas previstas en el artículo 17.8.

En el ámbito de las promociones de viviendas la objetivación de esta responsabilidad sería indiscutible ya que le es de aplicación el artículo 28 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (en adelante LGDCU). Este artículo recoge un régimen de responsabilidad objetiva para bienes que incluyan necesariamente la garantía de niveles determinados de seguridad y supongan controles profesionales de calidad (35).

Por otro lado, **la LOE consagra la pacífica y reiterada jurisprudencia del 1.591, consistente en la individualización de la responsabilidad de los agentes intervinientes.** La solidaridad es aplicable sólo en el caso de no poder individualizarse o cuantificarse las responsabilidades (E. de M. Apdo. 4, párrafo primero, y arts. 17.2 y 17.3). Esto es lo que ha venido denominándose *solidaridad impropia*. **Sin embargo, este no es el caso del promotor, desaparece para él la solidaridad impropia del 1.591.1 del Código Civil,** puesto que el párrafo final del 17.3, dice:

«En todo caso, el promotor responderá solidariamente con los demás agentes intervinientes de los posibles adquirentes de los daños materiales en el edificio ocasionado por los vicios o defectos de la construcción» (el subrayado es nuestro).

(33) La STS 20 de junio de 1985, la de 29 de junio de 1987 y autores como MORALES y MUÑOZ JIMÉNEZ, según nos cita CABANILLAS SÁNCHEZ, A., «La configuración jurisprudencial...», *ob. cit.*, pág. 231 y sigs. También apoya la configuración como garante IGLESIAS REDONDO, J. L., «Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª) de 31 de octubre de 1995», *ob. cit.*, pág. 769.

(34) Según comenta LOBATO GÓMEZ, J. M. (cfr. «Contribución al estudio de...», *ob. cit.*, pág. 716), la irrelevancia de la culpa en las obligaciones de resultado ha sido defendida por autorizada doctrina (LACRUZ, J. L.; DIEZ-PICAZO, MORENO QUESADA, B.) si bien la presencia de la culpa no es indiferente a la hora de imputar el contenido de la responsabilidad.

(35) Sobre el carácter objetivo de la responsabilidad del artículo 28, cfr. FRIGOLA RIERA, A., «El tratamiento de la responsabilidad objetiva en el artículo 28 de la de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios», en *Diario La Ley*, núms. 4551 y 4552 de 28 y 29 de mayo de 1998.

Aparte de la literalidad de las palabras «En todo caso» —que incluimos en el rótulo de este apartado— son varias las razones que justifican una **verdadera solidaridad del promotor**:

1.^a La posición de garante que le haría concurrir siempre frente al adquirente, incluso en el caso de existir un único y claro responsable (36).

2.^a La tramitación parlamentaria del Proyecto evidenció que las palabras «*En todo caso*» estaban destinadas a dar una mayor garantía al adquirente. Este fue, al menos, el argumento utilizado en dos ocasiones por los diputados del Grupo Popular para contrarrestar la crítica del Grupo Socialista relativa a la infragarantía que suponía la LOE para el consumidor (37).

3.^a La incorporación en el Senado de la Disposición Adicional 7.^a, mediante la enmienda número 79 de Convergència i Unió (CiU). Con ella la Ley ha facilitado al promotor (principal destinatario de las reclamaciones, al ser responsable solidario), la «llamada en garantía» que permite traer al proceso a otros agentes intervinientes, y así, minorar las contradicciones que suponía la doctrina del litisconsorcio pasivo necesario cuando, habiendo individualización de culpas, no se había llamado al proceso a los responsables (38).

(36) Con la actual redacción del artículo 17.3 no pueden tener cabida algunos pronunciamientos jurisprudenciales que, aplicando el principio de individualización de la responsabilidad, exculpaban al promotor por ser el arquitecto el único responsable, ya que los daños se debían a vicios de suelo o dirección (por ejemplo: SSTs de 31 de marzo de 1992, de 2 de diciembre de 1994 y de 28 de enero de 1994. Citadas por MARTÍNEZ MÁS, F., *La responsabilidad decenal por los defectos de construcción según la doctrina del TS*, Ed. Dickinson 1997, págs. 40, 49 y 51).

(37) Sesión del Pleno del Senado de 29 de septiembre de 1999 (*Diario de Sesiones*, núm. 140, pág. 6662). La senadora del Grupo Socialista, Francisca Pleguezuelos Aguilar, dice en su interlocución: «...se han aflojado las responsabilidades para quienes construyen y no se han apretado las garantías de los usuarios». En turno en contra, el senador del Grupo Popular Bris Gallego, dice: «el consumidor no puede verse indefenso en una ley que, ante un daño en su vivienda, puede reclamar al promotor, que es el que vende y que responde solidariamente frente al resto de los agentes, según establece el artículo 17.3...».

En similar sentido, ver también lo dicho por el Diputado de Convergencia y Unió, Recorde i Mirallès, en el Pleno del Congreso el día 21 de octubre de 1999 (*Diario de Sesiones* núm. 266, pág. 14.193): «Quisiera destacar también la enmienda incorporada en el Senado que introduce un cierto equilibrio con ese gran pero complejo debate que se produjo sobre si la responsabilidad del promotor era solidaria o mancomunada, que resolvemos dando un paso en el sentido de mantener el carácter solidario de la responsabilidad...».

La enmienda se refería a la D.A. 7.^a que establecía la «llamada en garantía», de tal forma que al promotor se le permitía solicitar la presencia de otros intervinientes en el proceso.

(38) RAYÓN BALLESTEROS, M.^a C., *Régimen jurídico procesal de la responsabilidad decenal por defectos en la construcción*, Madrid, 1998, Ed. UCM, pág. 182. La autora

4.^a En caso de que concurren varias personas en la producción del daño la responsabilidad, se considerará solidaria según el artículo 27.2 de la LGDCU.

No creemos que pueda limitarse la responsabilidad solidaria a vicios o defectos de la construcción, excluyendo los vicios de suelo o proyecto, puesto que la propia LOE da un talante globalizador a la expresión «vicios o defectos en la construcción» (v. el rótulo del art. 19: «Garantías por daños materiales ocasionados por vicios y defectos de la construcción»). Tampoco creemos que quede desvirtuada esta solidaridad por la responsabilidad directa del constructor que tanto menciona el artículo 17.6 en distintos supuestos, pues éste no dudará en ampararse en la Disposición Adicional 7.^a para traer al proceso a otros responsables «directos».

c) EL ÁMBITO DE LA RESPONSABILIDAD. LA DELIMITACIÓN DE LOS DAÑOS MATERIALES Y SUS PLAZOS DE GARANTÍA

El ámbito de la responsabilidad nos viene dado por el contenido del incumplimiento que, como vimos, podría ser:

a) La contravención de lo pactado entre el promotor y el comprador.

Este incumplimiento genera una responsabilidad estrictamente contractual. La LOE ha querido mantenerse al margen de esta responsabilidad, tal y como expresamente lo recoge el primer renglón del artículo 17.1 en concordancia con el artículo 18.1 *in fine*.

Aunque cualquier daño podría considerarse como un incumplimiento contractual, no todos los incumplimientos contractuales son daños (39). El su-

concluye en su capítulo dedicado a la Cuestión del Litisconsorcio Pasivo Necesario diciendo que en el caso de que la responsabilidad sea mancomunada «es preciso que el actor interponga contra todos los supuestos responsables, dado que de lo contrario, la relación jurídico-procesal se encontraría mal constituida y sería admisible la excepción formal de falta de litis consorcio pasivo necesario, ya que nadie puede ser condenado sin darle oportunidad de defenderse».

(39) Consecuencia de este razonamiento es la pacífica jurisprudencia que reconoce la compatibilidad de las acciones contractuales basadas en el artículo 1.101 y las decenales basadas en el artículo 1.591 del Código Civil.

Esta compatibilidad es innecesaria cuando se pretende reparar un daño considerado como ruinógeno. En este sentido, el FJ 1.º de la STS de 21 de enero de 1999 (*La Ley* 1999/1593) que textualmente dice: «En principio, las dos acciones dimanantes de los artículos 1.101 y 1.591 del Código Civil son compatibles y, por tanto, acumulables en su ejercicio. Pero cuando la acción apoyada en el cumplimiento defectuoso de la prestación del promotor se ejercita con la del referido artículo 1.591 contra el mismo, ésta inutiliza necesariamente a la primera, pues no puede imaginarse mayor cumplimiento defectuoso

puesto más común sería la discordancia entre las calidades pactadas y las finalmente ejecutadas (hay incumplimiento aunque no existan desperfectos).

Esta responsabilidad tiene su fundamento jurídico en los artículos 1.091 y 1.101 del Código Civil.

b) La irrogación de daños y perjuicios por una prestación defectuosa.

Este incumplimiento genera la responsabilidad, en principio, prevista en el artículo 17 de la LOE. Sin embargo, **la Ley ha recogido únicamente los daños materiales** (v. art. 17.1 y art. 17.3) **silenciando otros daños**: corporales, patrimoniales (lucro cesante o pérdida económica), morales, etc... Es comprensible **la exclusión de este tipo de daños** en el ámbito de las garantías para reducir su coste (v. art. 19), pero **es del todo incomprensible en materia de responsabilidad**. Surge así la duda de saber si los daños no materiales entran dentro del régimen jurídico de la LOE.

E. ANGULO RODRÍGUEZ advierte que este tipo de daños no están expresamente excluidos de la Ley y que, por tanto, serían reclamables, pero considera dudoso su régimen jurídico: ¿la LOE o el 1.591. del Código Civil? (40). El tema tiene mucha trascendencia, pues si consideramos aplicable a los daños no materiales el artículo 1.591, éstos gozarían de un período de garantía superior al marcado para los daños materiales del artículo 17.1.b).

Bajo nuestra modesta opinión, **cuando el comprador y sucesivos adquirentes tengan la condición de consumidores, el régimen jurídico aplicable para los daños no materiales es el establecido en la LOE**, ya que esta norma es una aportación más a LGDCU (E. de M. 4.º párrafo de la LOE) y no tiene sentido una interpretación restrictiva (excluyendo daños no materiales). Además, debemos recordar que la LGDCU en su artículo 2.1.c) proclama como derecho básico del consumidor la indemnización de los daños y perjuicios sufridos (sin distinción de daños).

Fuera del ámbito del Derecho de Consumo, la concepción de «daños y perjuicios», recogida en nuestro Código Civil (v. art. 1.106 y sigs.), legitimaría al acreedor la reclamación de daños no materiales; por ejemplo, el promotor que reclama sus pérdidas económicas al constructor por tener una vivienda sin poder venderla durante más de dos años por culpa de vicios o defectos de construcción. En el ejemplo, el promotor podría ejercer contra el

que la entrega del inmueble con vicios ruinógenos. Carece de sentido que, entonces, pueda mantenerse la autonomía de las dos acciones para obtener un mismo resultado: la reparación del daño.

(40) «Ponencia sobre obligaciones y responsabilidades del promotor inmobiliario en la nueva Ley de Ordenación de la Edificación», pág. 13 y 14, *Inédita*. El ponente, a los efectos de legitimar las reclamaciones por daños no materiales, considera ilustrativa la exclusión de los mismos que realiza el artículo 19.9 de la LOE (Jornadas Informativas organizadas por ASPRIMA y CAJA MADRID sobre «El cumplimiento del nuevo seguro decenal obligatorio para el promotor inmobiliario», Hotel Ritz, Madrid, 18 de noviembre de 1999).

constructor las acciones estrictamente contractuales para resarcirse y, en caso de que quisiese beneficiarse de algún plazo de garantía, le sería también aplicable el régimen jurídico de la LOE dado el carácter accesorio que revisiten los daños no materiales respecto a los daños materiales. No parece viable, por tanto, que el promotor, al amparo del 1.591.1, pudiera beneficiarse de un plazo de garantía superior al aplicable para los consumidores y usuarios.

También ofrece problemas **la delimitación de los propios daños materiales**. Cuestión clave, puesto que la norma **ha determinado distintos plazos de garantía según su naturaleza**:

- a) Un año para los «daños materiales por vicios o defectos de ejecución que afecten a elementos de terminación o acabado de las obras» (v. art. 17.1, *in fine*).
- b) Tres años para los «daños materiales causados en el edificio por vicios o defectos de los elementos constructivos o de las instalaciones que ocasionen el incumplimiento de los requisitos de habitabilidad del apartado 1, letra c), del artículo 3» [art. 17.1.b)].
- c) Diez años para los «daños materiales causados en el edificio por vicios o defectos que afecten a la cimentación, los soportes, las vigas, los forjados, los muros de carga u otros elementos estructurales, y que comprometan directamente la resistencia mecánica y la estabilidad del edificio» [art. 17.1.a)].

Respecto a los daños del artículo 17.1, *in fine*, cabe destacar que la cita al constructor como responsable de estos daños, aunque novedosa, no excluye la solidaridad en todo caso del promotor, ni supone una excepción del principio de individualización de la responsabilidad puesto que, junto con el constructor, pueden concurrir otros agentes, como el aparejador (41).

Anteriormente, este tipo de daños no estaba dentro del concepto jurisprudencial de *ruina*, por lo que los compradores o sucesivos adquirentes únicamente podían ejercitar contra el promotor las acciones estrictamente contractuales (vicios aparentes no causantes de ruina) o las acciones del artículo 1.484 y sigs. del Código Civil (vicios ocultos no causantes de ruina). Es plausible la nueva vía que la LOE abre a los adquirentes para reclamar contra el constructor u otros responsables, pero dicha responsabilidad ofrece bastantes dudas en cuanto a su garantía (v. *infra*, epígrafe sexto, inicio).

La novedad más importante la encontramos en la reducción del plazo de garantía para daños sobre elementos constructivos o de las instalaciones que atenten contra los requisitos de habitabilidad. Bajo el 1.591.1 del Código

(41) En este tipo de desperfectos también puede ser responsable el aparejador por no efectuar una inspección de los materiales a emplear ni sus controles de calidad.

Civil cualquiera de estos daños hubiese sido calificado como ruinógeno, pudiendo manifestarse a lo largo del período decenal. Ahora, únicamente gozan de un plazo trienal.

Para J. MORERA I PÉREZ, esta novedad, frente al régimen anterior de garantías, es claramente regresiva y falta de toda lógica. **No podemos compartir esta opinión; la amplia y vaga concepción de vicios ruinógenos y el largo plazo decenal hacían que la materia fuera prácticamente inasegurable por la difícil concreción del riesgo y su alto coste.**

Como dice I. ELENA MOLINA (43), «la jurisprudencia ha ampliado demasiado el ámbito de dicho precepto a través del alcance atribuido a ciertos términos, tales como ruina, defectos de construcción, vicios graves (...). Tal circunstancia impide que dichas coberturas aseguradoras pueden extenderse hasta el punto de poder reflejar el actual ensanchamiento jurisprudencial debido a que sería necesaria una mayor concreción al respecto para poder abordarla como riesgo asegurable. La demarcación de tales límites constituye un objetivo primordial cuyo logro se alcanzaría —en opinión de los Aseguradores— mediante algunos ajustes indispensables del sistema legal vigente, que bien han sabido recoger los proyectos normativos» (refiriéndose, entre otros, al Proyecto de la LOE de 25 de diciembre de 1995).

Bajo nuestra opinión, **el hecho de reducir el plazo de garantía de los requisitos de habitabilidad tiene como contrapartida la posible existencia de un seguro de daños materiales (v. Disp. Ad. 2.^a); situación que consideramos más beneficiosa para el consumidor, si bien debemos aceptar la regresión, respecto a la normativa anterior, si finalmente este seguro no se implanta en el mercado, ya sea de forma obligatoria o voluntaria** (44).

Una consecuencia negativa de la anterior novedad es la importancia que adquiere el componente pericial para delimitar los daños materiales. Cualquier reclamación deberá apoyarse desde su inicio con un informe técnico que atribuya los daños correctamente a las categorías de los supuestos del 17.1.a) y 17.1.b) y 17.1 *in fine*, so pena de que se tenga por intempestiva. Esta labor

(42) El autor textualmente dice: «Me parece falto de toda lógica el establecimiento del plazo de garantía en función de la naturaleza de los vicios o defectos causantes de los daños (...); por ello, no se justifica que el plazo de garantía para el primero sea de diez años y para el segundo de tres». «La Responsabilidad Civil Decenal en el Anteproyecto de la Ley de Ordenación de la Edificación», *Diario La Ley*, núm. 4.825 de 24 de junio de 1999, pág. 2.

(43) ELENA MOLINA, I., *Ruina y Seguro de Responsabilidad Decenal*, Ed. Comares, Granada, 1998, Coordinado por Davies Arnold Cooper, págs. 432 y 433.

(44) La futura obligatoriedad del seguro es muy dudosa pero sí parece que pueda implantarse de forma voluntaria. De hecho algunos aseguradores están incluyendo en sus pólizas decenales coberturas complementarias de suscripción voluntaria para estanqueidad de cubiertas y fachadas. Por ejemplo: Póliza de ASEFA, Grupo SMABTP (en Internet <http://www.asefa.com/productos.htm>, consulta efectuada el día 6 de marzo de 2000).

técnica se adivina compleja sin Código Técnico de la Edificación, dado que es cuestionable que las normas reseñadas en la Disposición Final Segunda sirvan de complemento a una Ley posterior.

d) EL INICIO DEL CÁLCULO DE LOS PLAZOS DE RESPONSABILIDAD Y GARANTÍA COMO EFECTO PRINCIPAL DE LA RECEPCIÓN DE LA OBRA. CLASES DE RECEPCIÓN

Sin el debido detenimiento que exige el estudio de la figura de la recepción (45), debemos analizar sus caracteres esenciales para entender el efecto principal que le otorga la LOE en su artículo 6.5:

«El cómputo de los plazos de responsabilidad y garantía establecidos en esta Ley se iniciarán a partir de la fecha en que se suscriba el acta de recepción, o cuando se entienda ésta tácitamente producida (...)».

Se pone fin a la controversia jurisprudencial y doctrinal que había nacido por la difícil interpretación del cómputo del plazo decenal del 1.591.1: *«desde que concluyó la construcción»* (46). Con la LOE, el cómputo se inicia desde la recepción (ya sea expresa o tácita); si atendemos a la definición que la Ley nos da (v. art. 6.1.), ésta se produce por la entrega de la edificación al promotor y su aceptación.

Previamente a la entrega y la aceptación existen otros momentos:

1.º **La conclusión material de la edificación:** se produce con la **extensión del certificado final de obra competencia del director de la obra y del director de su ejecución** (v. art. 6.4). En caso de negativa injustificada (por impago de honorarios, por ejemplo) o imposibilidad manifiesta, corresponderá a cualquiera de los técnicos competentes mencionados en el artículo 50 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria (...) (en adelante Real Decreto 1093/1997). Parece que tampoco la ausencia de visado colegial puede desvirtuar la validez de la certificación. La Ley no menciona la necesidad del visado colegial ni tampoco lo exige el Real Decreto 1093/1997 (47).

(45) Para un estudio más detallado, cfr. CABANILLAS SÁNCHEZ, A., «La recepción de la obra», en ADC, 1978, pág. 287 y sigs.

(46) Una brillante recopilación de esta controversia la hace RAYÓN BALLESTEROS, M.^a C., «Régimen Jurídico Procesal de la Responsabilidad Decenal...», *ob. cit.*, págs. 243 y sigs.

(47) Considera innecesario el visado la STS de 14 de octubre de 1998 (*La Ley 1998/10485*, FJ 4.º). En contra, es decir, como requisito imprescindible, BELTRÁN AGUIRRE, J. L.,

La conclusión de la edificación debe ser notificada por escrito al promotor (v. art. 6.4), lo cual ya era práctica habitual en el sector y es aconsejable que pueda acreditarse fehacientemente, pues dicha notificación supone el inicio del plazo para la recepción.

2.º La verificación del dueño de la obra: Como nos recuerda A. CABANILLAS SÁNCHEZ (48), **la verificación es facultad del comitente** (normalmente el dueño de la obra o promotor), y consiste en el conjunto de operaciones que tienen por objeto comprobar si la obra es conforme a las reglas del arte de la construcción y a lo estipulado en el contrato. Para dicha verificación puede valerse de los asesoramientos que estime oportunos. Este examen debe realizarse desde la notificación de la conclusión y antes del plazo que hayan pactado las partes para la recepción.

3.º La aprobación y la entrega; clases de recepción: La aprobación y entrega son los elementos esenciales de la recepción, de hecho la Ley los utiliza para definirla (v. art. 6.1.), y normalmente existirán ambos para entenderse la obra como recibida.

La LOE expresamente recoge tres manifestaciones de recepción: expresa o tácita; total o por fases, y con o sin reservas. Desaparecen las recepciones provisional y definitiva debido, posiblemente, a las siguientes razones:

- a) Unificar el mismo sistema que ya se había instaurado en el artículo 147 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (49).
- b) Innecesariedad del lapso entre recepción provisional y definitiva al existir ya un plazo de garantía de un año para vicios o defectos que afecten a elementos de terminación o acabado. Esta era la tipología de vicios o defectos por excelencia que en la práctica se reseñaban en las actas de recepción provisional.
- c) La dificultad de acordar en debida forma la Recepción Definitiva. Dificultad, por otro lado, lógica debido a que, transcurrido un año, era muy difícil discernir qué vicios o defectos se debían a una mala ejecución y qué otros se debían a un uso o mantenimiento incorrecto. También fomentaba esta dificultad la baja actividad de los agentes

Comentarios a la Ley sobre Régimen de Suelo y Valoraciones, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1999, pág. 409.

(48) «La recepción de la...», *ob. cit.*, pág. 290.

(49) «La eliminación de la dualidad de recepciones debe entenderse acertado, pues el Consejo de Estado ya había llamado la atención sobre el carácter equívoco de las llamadas recepción y liquidación provisionales, que pese a ese calificativo, eran en realidad actos definitivos de conclusión de la relación contractual» (cfr. LEGUINA VILLA, J., *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Ed. Civitas, Madrid, 1996, pág. 696).

intervinientes respecto a la edificación terminada, dando lugar a la frecuente figura de la Recepción Definitiva Tácita (50).

- d) Ajustarse al régimen del artículo 1.592 del Código Civil de recepción única.

Respecto a **la recepción tácita** hay que decir que la Ley la regula satisfactoriamente, considerándola producida transcurridos treinta días (incluidos los inhábiles por aplicación del art. 5.2 del Código Civil) desde que se produjo la notificación de la conclusión sin reservas o rechazo motivado por escrito (v. art. 6.4 *in fine*). Este plazo fue cuestionado en el trámite parlamentario por pecar de breve (51). Consideramos que el plazo puede ser breve (sobre todo para supuestos de autopromoción como cooperativas o comunidades donde es un colectivo de adquirentes quienes pueden supervisar su vivienda), sin embargo el propio Texto da prioridad a lo pactado por las partes, teniendo un carácter subsidiario (v. art. 6.4, primer renglón).

Respecto a **la recepción parcial o por fases**, entendemos que ésta no estará supeditada únicamente al pacto de las partes (v. art. 6.1 *in fine*) sino también a su viabilidad técnica y urbanística. Dadas estas premisas consideramos que no debe ser problemática su aplicación.

Las anteriores manifestaciones de recepción tampoco ofrecen problemas a efectos del cómputo del plazo de garantías y responsabilidades; sin embargo arroja bastante oscuridad **la recepción con o sin reservas**. Bajo nuestra opinión, **la recepción con reservas no es una recepción condicionada**. De igual modo que para la perfección de un contrato no entendemos como aceptación aquella que sea de naturaleza condicional (52), no podemos considerar recepción aquella que se condiciona a la subsanación de vicios o defectos. **Tampoco parece una recepción parcial**, puesto que no se está aceptando ninguna fase susceptible de aprovechamiento independiente sin perjuicio del resto de la edificación.

Para entender esta especial recepción es necesario precisar en qué consiste una reserva. En principio, **las reservas sólo deberían ceñirse a vicios o defectos en la terminación o acabado**, puesto que si se basaran en defec-

(50) Reconocida jurisprudencialmente, entre otras, por la STS de 15 de marzo de 1999 (*La Ley*, 1999/3615), y la STS de 26 de abril de 1985 (*RAJ* 1985, 2238).

(51) En efecto, el artículo 6.4 *in fine* fue objeto de dos enmiendas por parte del Grupo Parlamentario Nacionalista Vasco en el Congreso (núm. 24) y en el Senado (núm. 23) [cfr. *BOCG* de 21 de mayo de 1999, Serie A, núm. 163-9, pág. 33, y *BOCG* de 21 de septiembre de 1999, núm. 148 (d), pág. 29]; en ellas, se pretendía una duración de sesenta días para la recepción tácita y se rehusaba el plazo de treinta días análogo al de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

(52) PUIG BRUTAU, J., *Compendio de Derecho Civil*, Ed. Bosch, Madrid, 1987, vol. II, pág. 215.

tos graves que pudieran comprometer los requisitos de habitabilidad o estabilidad del edificio, **el promotor debería acogerse al rechazo justificado de la obra** fundamentándose en el artículo 6.3. Por ello, **los defectos que puedan ocasionar daños materiales encuadrables en los artículos 17.1.a) y b) de la Ley son motivo de rechazo y los defectos de terminación o acabado que ocasionen daños materiales son objeto simplemente de reserva** (53). **La recepción con reservas, a efectos de cómputo de plazos de responsabilidad, es una recepción compleja con dos momentos: el primero, de recepción, y el segundo, de subsanación.** Estos dos momentos suponen una **duplicidad de cómputos.** Duplicidad que en la práctica se puede presentar muy tormentosa, ya que las reservas estarán excluidas de garantía y su subsanación puede ser muy costosa en casos de vicios o defectos graves en edificaciones terminadas.

La duplicidad de cómputos la podemos concluir del propio articulado de la LOE: El artículo 17.1 *in fine* establece:

«las personas (...) que intervienen en el proceso de edificación responderán (...) de los (...) daños materiales ocasionados en el edificio dentro de los plazos indicados, contados desde la fecha de recepción de la obra, sin reservas o desde la subsanación de éstas» (el subrayado es nuestro).

La «o» subrayada no debe interpretarse como una conjunción disyuntiva sino copulativa («y»).

Así también, el artículo 6.2.d):

«Una vez subsanados los mismos, se hará constar en un acta aparte, suscrita por los firmantes de la recepción».

La Ley recoge la figura del *acta aparte* como documento agregado al acta de recepción, lo cual confirma la inexistencia de una recepción condicionada y se constituye como el documento acreditativo de la subsanación.

Lo correcto para facilitar la mecánica de las recepciones hubiese sido determinar *ex lege* que las reservas sólo podían basarse en los vicios o

(53) Este razonamiento no deja de ser una aplicación analógica de lo que nuestro ordenamiento prevé para la compraventa (v. art. 1.484 y sigs. del Código Civil). El comprador está legitimado para resolver el contrato en caso de vicio grave en la cosa (vicio que la haga impropia para el uso a que se destina o que disminuye de tal modo su uso que, de haberlo conocido, no lo hubiere adquirido o habría dado menos precio). Consideramos que un defecto en la terminación no puede legitimar el rechazo de la recepción, puesto que dada la escasa magnitud del daño se sobreentiende que podrá subsanarse en el período de garantía anual.

defectos del artículo 17.1 *in fine*. También habría ayudado determinar cuáles eran los motivos de rechazo (54).

Por último, decir que **han existido críticas por establecer la recepción como momento inicial de los plazos de responsabilidad y garantía**, basándose en provocar posibles huecos de desprotección jurídica respecto al consumidor final de viviendas cuando éstas hayan permanecido invendibles en el patrimonio del promotor durante varios años (55). **No compartimos estas críticas, ya que se estaría alargando indefinidamente la responsabilidad de los agentes intervinientes** y porque el consumidor, que compra sobre plano, es lógico que merezca más garantías que el que compra examinando la edificación terminada como cuerpo cierto.

e) PRESCRIPCIÓN DE ACCIONES INDEMNIZATORIAS: EL «DIES A QUO»

Existiendo incumplimiento dentro de los plazos de garantía y nacida la responsabilidad del promotor con las características comentadas, el perjudicado puede ejercitar las acciones indemnizatorias en el plazo de prescripción de dos años (v. art. 18.1).

La reducción que ha supuesto este plazo respecto del quincenal, anteriormente vigente al amparo del artículo 1.964 del Código Civil, ha podido ser motivada por la necesaria reducción de cobertura aseguradora en aras de un abaratamiento en las primas; de igual modo que lo comentado respecto al plazo de garantía trienal [v. *supra*, epígrafe quinto, apartado c)]. También ha podido influir su adecuación al plazo de prescripción de acciones relativas a seguros de daños (v. art. 23 de la Ley 50/1980 de Contrato de Seguro). Aunque la mencionada reducción es y será foco de críticas por atentar contra el espíritu garantista de la Ley, mayor polémica ha recibido el inicio del cómputo del plazo prescriptivo del artículo 18.1:

«Las acciones para exigir la responsabilidad (...) prescribirán en el plazo de dos años a contar desde que se produzcan dichos daños (...)» (el subrayado es nuestro).

(54) Este era el espíritu de la enmienda núm. 100 presentada al artículo 6 por el Grupo Socialista en el Congreso que textualmente decía: «3. El promotor podrá rechazar la recepción de la obra por considerar que la misma no está terminada o que no se adecua a las condiciones contractuales. También podrá rechazar la obra por falta o inadecuación de los sistemas técnicos instalados y/o planteados para efectuar en las debidas condiciones de seguridad los trabajos de reparación, conservación, mantenimiento y, en su caso, demolición del edificio» (cfr. *BOCG* de 21 de mayo de 1999, Serie A, núm. 163-9, pág. 53).

(55) Crítica al artículo 6 del Consejo Económico Social (cfr. Dictamen núm. 5 sobre el Proyecto de Ley de Ordenación de la Edificación, Sesión extraordinaria del Pleno de 28 de abril de 1999, pág. 9).

La producción del daño es un hecho complejo que puede pasar desapercibido para el promotor o usuario de la edificación. Algunas opiniones ya se han vertido sobre la dificultad que entraña saber cuándo puede conocerse un daño latente y han considerado este precepto como una novedad que relega la aplicación general del artículo 1.969 del Código Civil (56):

«El tiempo para la prescripción de toda clase de acciones, cuando no haya disposición especial que otra cosa determine, se contará desde el día en que pudieron ejercitarse».

No compartimos estas opiniones puesto que, a pesar de la desafortunada redacción, pensamos que **no se está modificando el régimen del artículo 1969 del Código Civil**. Nuestra opinión se basa en las siguientes razones:

1.^a Aunque el término «produzcan» es equívoco, uno de sus significados gramaticales es *exhibir o manifestar uno a la vista y examen aquellas (...) pruebas que pueden apoyar su justicia* (...) (57). De este significado podríamos deducir que el daño latente no inicia el cómputo de la prescripción, puesto que no se ha manifestado o presentado a la vista del usuario para apoyar su pretensión.

2.^a Durante la tramitación parlamentaria, tanto en el Congreso como en el Senado quedó patente que el significado que el Grupo Popular daba al término «se produzcan» era equivalente al de «se manifiestan», considerándose una cuestión de redacción (58).

(56) LACABA SÁNCHEZ, F., califica como «novedoso y perturbador» el nacimiento de la prescripción de esos dos años en el momento de la producción de los daños (cfr. «Ley de Ordenación de la Edificación. Análisis jurídico de la Ley. Consecuencias de la subsistencia del artículo 1.591», en *Diario La Ley*, de 20 de enero de 2000, pág. 3. También MORERA I PÉREZ, J. considera «incomprensible» que el breve plazo de prescripción tenga como *dies a quo* aquél en el que se produzcan los daños y no aquél en el que el perjudicado tenga conocimiento del daño causado (cfr. «La Responsabilidad Civil Decenal...», ob. cit., en *Diario La Ley*, núm. 4.825, de 24 de junio de 1999, pág. 3).

(57) Cfr. 6.º significado del *Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española*, Ed. 21.ª, Espasa, Madrid, 1992, pág. 1672.

(58) El Grupo Socialista presentó las enmiendas núm. 122 y núm. 61 en el Congreso de los Diputados y en el Senado, respectivamente, para perfeccionar este *dies a quo*, refiriéndolo al momento en que los daños fuesen conocidos por el afectado (cfr. *BOCG* de 21 de mayo de 1999, Serie A, núm. 163-9, pág. 60, y *BOCG* de 21 de septiembre de 1999, Serie II, núm. 148, pág. 42). Este criterio no era aceptado por el Grupo Popular, dada la carga subjetiva que implicaba saber cuándo el afectado había conocido los daños. En este sentido, el Grupo Popular propuso una enmienda transaccional por la que se sustituya la palabra «se produzcan» por «se manifiesten». Finalmente, no se aprobó la enmienda del Grupo Socialista ni tampoco se aceptó la transaccional ofrecida por el Grupo Popular quedando las cosas como estaban (cfr. *Diario de Sesiones del Congreso*, de 15 de junio de 1999, núm. 709, intervenciones de los señores Diputados Morlán García y Ortiz González).

Bajo nuestra modesta opinión, si el daño se manifiesta o se pone a la vista del usuario, puede ser conocido y por tanto, puede ejercitarse la acción; independientemente de si el usuario lo ignore por circunstancias personales, por ejemplo: ausencias prolongadas. Luego **el artículo 18.1 de la LOE, a pesar de su defectuosa redacción, no supone una modificación a la regla general del 1.969 del Código Civil para el cómputo de la prescripción de acciones, que era la aplicable con el artículo 1.591 del Código Civil.** Dar una interpretación en sentido contrario, vulneraría el derecho básico del consumidor a la protección jurídica y prioritaria que la LGDCU, en su artículo 2, exige a los poderes públicos.

f) BREVE REFERENCIA A LA RESPONSABILIDAD DEL GESTOR DE COMUNIDADES
O COOPERATIVAS Y AL AUTOPROMOTOR

La responsabilidad del gestor o de las figuras análogas que menciona el artículo 17.4 difiere de la del promotor por tener una prestación distinta a la de éste [ver *supra* epígrafe cuarto, apartado *b*)]. **Los autopromotores o los consumidores que pretendan la imputación de responsabilidades al gestor conforme a la LOE deberán, además de probar los daños, acreditar la intervención decisoria del gestor. En otro caso, su fundamento sólo podrá descansar en una responsabilidad contractual o extracontractual donde el elemento culpabilístico tendrá que probarse.**

Respecto a **los propios autopromotores** y atendiendo a su naturaleza jurídica (promotor-mediador) **no tiene sentido autoexigirles responsabilidad civil por daños en la edificación por cuanto estarían yendo contra sus propios actos y contra su propio patrimonio.** Esta ausencia de responsabilidad debería haberse consagrado en el articulado para evitar reclamaciones al amparo de una equívoca interpretación del artículo 17.4.

VI. OBLIGACIONES DEL PROMOTOR: LA SUSCRIPCION
DE GARANTIAS

A pesar de que el nuevo régimen jurídico del promotor establece nuevas obligaciones y garantías para fomentar la calidad en la edificación, **brilla por su ausencia la obligación de ostentar la titulación académica o profesional que acredite su competencia.** Sin duda, la falta de formación profesional

El Grupo Popular consideraba el asunto como una cuestión de criterios de redacción sin que supusieran merma en el espíritu garantista de la Ley (cfr. *Diario de Sesiones del Senado* de 29 de septiembre de 1999, núm. 140, pág. 6674).

también es uno de los factores que influyen en la baja calidad de las viviendas (59). Además, creemos que es a los propios promotores a quienes les interesa este tipo de obligaciones con el fin de poder evitar el intrusismo. La LOE, a todos los agentes principales de la edificación, lo primero que les exige es la titulación o capacitación profesional [al proyectista, art. 10.2.a); al constructor 11.2.b); al director de la obra, art. 12.3.a); al director de la ejecución de la obra, art. 13.2.a) y a las entidades y los laboratorios de control de calidad de edificación, art. 14.3.b)] pero, incomprensiblemente, se omite este requisito para los promotores cuya intervención en el proceso es decisoria. Únicamente puede mitigar esta carencia la creación de registros administrativos por parte de las Comunidades Autónomas en los que se establezcan requisitos objetivos de cualificación para el ejercicio de la profesión.

Por razones de brevedad, de entre todas las obligaciones destacaremos únicamente la más importante: la suscripción de los seguros previstos en el artículo 19; quedando al margen, para otro estudio, la suscripción del seguro de caución reflejado en la Disposición Adicional primera y la entrega a los adquirentes del Libro del Edificio [cfr. art. 9.2.d)].

LA SUSCRIPCIÓN DE LAS GARANTÍAS DEL ARTÍCULO 19. CUESTIONES AL RESPECTO

A diferencia de lo que se barajó en algunos anteproyectos (60), al final, el prelegislador optó acertadamente por la fórmula del seguro de daños. En este sentido, compartimos la opinión de I. ELENA MOLINA (61) sobre los seguros de daños como «la mejor alternativa para garantizar a la propiedad la rápida reparación de los daños sufridos, habida cuenta de que en los seguros de responsabilidad civil es necesario depurar las culpas profesionales de los intervinientes para que nazca el derecho a la indemnización». Igual opinión tiene A. ARIZA ARCA, quien considera que «la solución aseguradora, a través del seguro de daños, parece la más rápida y eficaz para el adquirente de las viviendas, configurándose así como una póliza de prefinanciación del daño y trasladando al asegurador la búsqueda de las responsabilidades a que haya lugar de los agentes intervinientes, una vez indemnizado el propietario» (62).

(59) La industria de la construcción en Europa dedica a formación el 10 por 100 de la media de lo que destina la industria en general, y en España estamos por debajo (cfr., *El País Negocios*, domingo 3 de octubre de 1999: «Pisos sin grietas ni goteras», pág. 34).

(60) El artículo 22 del Anteproyecto de 11 de junio de 1998 exigía la constitución de seguros de responsabilidad civil a los agentes intervinientes en lugar de seguros de daños.

(61) «Ruina y Seguro...», *ob. cit.*, pág. 397.

(62) Ponencia en la Jornada Informativa organizada por ASPRIMA y CAJA MADRID de 13 de mayo de 1999, sobre «El nuevo marco legislativo técnico de la edificación», pág. 28, *Inédita*.

Sin embargo, **se echa de menos la obligatoriedad de un seguro de responsabilidad civil para los gestores de cooperativas o comunidades u otras figuras análogas, quienes para la Ley, *a priori*, no son promotores.** La responsabilidad de una negligente gestión inmobiliaria puede tener magnitudes económicas muy superiores a los daños materiales sobre la edificación.

También creemos desacertada la alternativa del seguro de caución, tal y como lo configura el artículo 19.3 (a primer requerimiento y sin posibilidad de oposición al asegurado de las excepciones que pudieran tener el asegurador contra el tomador). Estas características hacen del seguro una garantía autónoma e independiente del hecho edificatorio y posibilitan al consumidor casi un poder omnímodo en su ejecución. Su consideración como alternativa y sus características harán que, **en la práctica, el seguro de caución no se utilice para cubrir las responsabilidades edificatorias.**

Tampoco prosperará el seguro de daños de vigencia anual (ni voluntaria ni obligatoriamente) previsto en el art. 19.1.a) **puesto que la Ley ha permitido la opción de la retención** por el promotor del 5 por 100 del importe de la ejecución de la obra. Esta retención es usual en los contratos de obra con los constructores, pero ofrece varias dudas sobre su eficaz aplicación en beneficio de los compradores y sucesivos adquirentes:

- a) La instrumentalización de la retención es compleja, puesto que debe permitir que los adquirentes y sucesivos compradores puedan tener poder de disposición sobre ella. Esta instrumentalización normalmente se produce en los contratos de obra, foro inadecuado, por la ausencia de las compañías aseguradoras, que puede ocasionar desprotección en los futuros adquirentes.
- b) En caso de no practicarse la retención es muy habitual sustituirla por avales bancarios o seguros de caución de dudosa legalidad al amparo del artículo 19.3, puesto que el promotor sería beneficiario o asegurado, pero el consumidor no.

Estas dudas no creemos que puedan ser resueltas ni tan siquiera con el incierto y futuro Real Decreto que anuncia la Disposición Adicional 2.^a, apartado 2, por lo que hubiese sido mejor que la Ley no hubiere acogido la alternativa de la retención y hubiere exigido el seguro de daños de vigencia anual.

La suscripción de los seguros de daños del artículo 19.1 plantea numerosas cuestiones, entre las que destacamos las siguientes:

1.^a *Obligados y excluidos de suscribir las garantías*

La obligación de suscribir las garantías no es exigible a todos los promotores. Sorprendentemente, el artículo 1.3 *in fine* de la Ley ha eximi-

do de dicha obligación a las administraciones públicas y los órganos o entidades sujetas a la legislación de contratos con las administraciones públicas. La única razón que alcanzamos a esgrimir es la indudable solvencia económica que frente al adquirente ofrecen las administraciones. Quizá también pueda influir la legislación administrativa que desde antaño viene liberando de esta obligación al promotor público (63). Sin embargo, **la solvencia económica de la Administración no justifica la exención en la suscripción de las garantías** por las siguientes razones:

- a) Sin la figura del asegurador se pierde la prefinanciación del daño y la agilidad en la indemnización al afectado.
- b) La ausencia de seguro redundará en perjuicio de un grupo de afectados que, en su mayoría, serán destinatarios de viviendas protegidas y, por tanto, tendrán una condición económica menos favorecida.
- c) El volumen de actividad de la promoción pública en España justificaba también la obligatoriedad del seguro (64).
- d) La responsabilidad que se reconoce a las administraciones cuando se comporten como promotores (65).

También han sido excluidos de esta exigencia aquellos promotores de edificios cuyo destino principal no sea el de vivienda (v. Disp. Ad. 2.^a). Surge la duda de **qué se debe considerar *destino principal***. Compartimos la opinión de E. ANGULO RODRÍGUEZ, quien mantiene que **para determinar el carácter principal es necesario remitirse a las normas urbanísticas del municipio** (66). Así, por ejemplo, el PGOU de Madrid para clasificar los diferentes usos, según su incidencia en la caracterización de un edificio, artículo 7.2.6, considera uso principal aquél cuya superficie útil represente el mayor porcentaje respecto a la superficie útil total de los usos del edificio. **Si la superficie útil de uso residencial es superior al resto de usos compati-**

(63) El artículo 111 del Reglamento de Viviendas de Protección Oficial (Decreto 2114/1968, de 24 de julio) exoneraba a los promotores con carácter oficial de suscribir un seguro para garantizar los vicios o defectos de la construcción durante cinco años. Este seguro quinquenal ha sido prácticamente inexistente e inexigido en la práctica.

(64) La Asociación Española de Promotores Públicos de Vivienda y Suelo (AVS) lleva a cabo la promoción de más de 25.000 viviendas al año en nuestro país, cifra que consideramos relevante a efectos de excluir la obligatoriedad del seguro (cfr. *Revista Metros Cuadrados*, septiembre de 1999, pág. 54).

(65) La STS 3.^a de 25 de enero de 1984, reconoce la aplicación del artículo 1.591 del Código Civil al Instituto Nacional de la Vivienda. Dicha sentencia la cita y comenta J. I. RUBIO SAN ROMÁN, quien defiende la responsabilidad de los organismos oficiales y los colegios de arquitectos en «Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 1991», en *Revista Poder Judicial*, núm. 26, junio de 1992, pág. 201 y sigs.

(66) «Ponencia sobre Obligaciones y Responsabilidades del Promotor Inmobiliario en la nueva Ley de Ordenación de la Edificación», pág. 22, nota 6. *Inédita*.

bles podremos concluir que la edificación tiene como destino principal la vivienda.

Más dudas nos suscita **el promotor de derechos de aprovechamiento por turno o el promotor de viviendas para su arrendamiento.** La LOE no ha excluido expresamente a las viviendas no habituales o de temporada [es más, creemos que están dentro del ámbito de aplicación en virtud del art. 2.1.a) cuando dice «residencial en todas sus formas»] ni tampoco ha determinado con claridad el derecho real o personal por el que el asegurado disfrute de la vivienda (por ejemplo: arrendamiento, usufructo, etc...), sin embargo, podría considerárseles excluidos porque, al regular la responsabilidad y las garantías, parece que la condición de asegurados descansa sólo en los adquirentes o en adjudicatarios, en caso de autopromotores [la Ley menciona la palabra «adquirente» en el art. 17.1, 17.3, 19.2.a) y 19.3.a)].

Este argumento es muy frágil puesto que, como ha dicho M.^a C. RAYÓN BALLESTEROS, al amparo del artículo 1.º2 de la LGDCU, son consumidores las personas físicas y jurídicas que adquieren, utilicen o disfruten como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles (67); por ello, volviendo de nuevo a la consideración de la LOE como una aportación más a la LGDCU, **tendríamos que considerar legitimados y, quizá, asegurados a los titulares de derechos distintos del de propiedad (por ejemplo, el titular de un derecho de aprovechamiento por turnos).** En cualquier caso, ante la poca claridad de la Ley, **tenemos serias dudas de que en la praxis se aplique a estos promotores,** en especial, al de derechos de aprovechamiento por turno, la suscripción del seguro decenal.

2.^a Coberturas

La Ley debería mantener una lógica concordancia entre el ámbito de las responsabilidades y sus garantías. Así ocurre entre el artículo 17.1 *in fine* [«(...) por vicios o defectos de ejecución que afectan a elementos de terminación o acabado de las obras dentro del plazo de un año»] y el art. 19.1.a) [«(...) por vicios o defectos de ejecución que afectan a elementos de terminación o acabado de las obras (...)»]; igual sucede entre el artículo 17.1.b) y el artículo 19.1.b). **Esta concordancia descansa en el principio de accesoriedad que debe tener toda garantía respecto a su obligación principal. Carece de sentido garantizar algo de lo que un sujeto no es responsable.**

Desgraciadamente, por la mala técnica legislativa que preside la LOE, esta concordancia no existe en el caso más importante: la responsabilidad

(67) Cfr. «Régimen Jurídico Procesal...», *ob. cit.*, pág. 72.

decenal y su garantía. Así el artículo 17.1.a) dice: «por vicios o defectos que afecten a la cimentación, los soportes (...), y que comprometan directamente la resistencia mecánica y la estabilidad del edificio». Por el contrario, el artículo 19.1.c) dice: «por vicios o defectos que tengan su origen o afecten a la cimentación, los soportes (...), y que comprometan directamente la resistencia mecánica y estabilidad del edificio».

Algún autor ya ha planteado la posibilidad de una responsabilidad decenal no garantizada por el seguro decenal, ya que éste no cubriría los vicios o defectos que afectando a la estructura no tengan su origen en ella (68).

No compartimos tal interpretación, excesivamente literalista, debido a tres razones:

- a) Creemos que ésta es una de las numerosas discordancias y ambigüedades del articulado de la Ley [por ejemplo, de las examinadas en este estudio destacan: la discordancia de la E. de M. Apdo. 4 *in fine* con el art. 17.4; la ambigüedad del término «produzcan» (v. art. 18.1) para determinar el *dies a quo* del cómputo de la prescripción de las acciones indemnizatorias; la errónea conjunción disyuntiva del art. 17.1 *in fine*, etc...).
- b) El «compromiso de fijar las garantías suficientes a los usuarios» (E. de M. párrafo 4.º) repugna con el vacío provocado por la discordancia citada.
- c) La expresión «tengan su origen (en)» puede entenderse equivalente a «afecten a», puesto que no puede exigirse responsabilidad a los agentes intervinientes por vicios o defectos que afectando a la edificación sean debidos por actos de terceros (responsabilidad extracontractual) o de los propios perjudicados, fuerza mayor y caso fortuito.

3.^a *La posición del autopromotor y del gestor frente a las garantías*

El autopromotor, como futuro usuario, se beneficia de la suscripción del seguro de daños, ya que existe un tercer patrimonio (el del asegurador) que garantiza la edificación, donde no sólo ha participado el autopromotor sino que han concurrido numerosos agentes intervinientes. **Es necesario saber que el asegurador no podrá ejercer la acción subrogatoria prevista en el artículo 43 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro contra el autopromotor, dado el carácter mutualista de este último.** Esto es, el asegurador que exige responsabilidades a una cooperativa subrogándose

(68) LACABA SÁNCHEZ, F. considera que esta responsabilidad no cubierta alimenta la tesis de la vigencia del artículo 1.591 del Código Civil (cfr. «Ley de Ordenación de la Edificación...», *ob. cit.*, pág. 3).

en las acciones de su asegurado, le está causando un perjuicio al propio asegurado puesto que la cooperativa podría exigirle al damnificado su derrama en virtud de su responsabilidad ilimitada en los resultados ordinarios (69). La acción subrogatoria sólo podría ejercerse ante terceros no socios.

Distinta es la situación del gestor de cooperativas que, *a priori*, no es promotor, por lo que su condición como tomador o asegurado no parece adecuada; sin embargo, consideramos conveniente que las compañías aseguradoras exijan la suscripción de un seguro de responsabilidad civil decenal por cada edificación gestionada y su colaboración activa en todas aquellas tareas necesarias entre el autopromotor y el asegurador. Sí debería considerarse como tomador o asegurado el gestor de comunidades que opera con un mandato irrevocable de los comuneros para efectuar las labores de gestión, administración y promoción; los comuneros son simples dueños de la obra que han delegado las facultades esenciales inherentes al promotor.

4.^a *Exclusiones: Recepción con reservas*

Las reservas efectuadas en la recepción suponen una exclusión de la cobertura para el comprador o sucesivos adquirentes. Como vimos [*supra* epígrafe quinto, apartado *d*)], las reservas deberían obedecer a los vicios o defectos en la terminación o acabado, pero **en el supuesto** de que existan observaciones de las oficinas técnicas de control que pudieran ser constitutivas de **reservas respecto a los requisitos de habitabilidad o seguridad** [art. 17.1.a) y 17.1.b)], **consideramos que estaríamos ante una agravación del riesgo del artículo 11 de la Ley de Contrato de Seguro (70)**. Esto supone que el promotor, una vez conozca la existencia de esta circunstancia, debe ajustarse a lo dispuesto en el artículo 11 y 12 de la Ley de Contrato de Seguro, es decir, provocar del asegurador su pronunciamiento al respecto de la observación de la oficina de control, ya sea modificando el contrato de seguro o incluso resolviéndolo.

Con la aplicación de estos preceptos se consiguen actos concluyentes (ya sea expresos o tácitos) del asegurador, evitando que dichas observaciones se traduzcan en reservas postreras cuya subsanación puede tener un coste elevadísimo.

(69) Dicha responsabilidad se puede deducir, entre otros preceptos, del sistema de imputación de pérdidas regulado en el artículo 59.3 *in fine* de la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas.

(70) El artículo 11 de la Ley de Contrato de Seguro, dice: «El tomador del seguro o el asegurado deberán, durante el curso del contrato, comunicar al asegurador, tan pronto como le sea posible, todas las circunstancias que agraven el riesgo y sean de tal naturaleza que si hubieran sido conocidas por éste en el momento de la perfección del contrato no lo habría celebrado o lo habría concluido en condiciones más gravesas».

5.^a *La formalización de las garantías y su testimonio*

El artículo 20.1 de la Ley establece:

«No se autorizarán ni se inscribirán en el Registro de la Propiedad escrituras públicas de declaración de obra nueva de edificaciones a las que sea de aplicación esta Ley sin que se acredite y testimonie la constitución de las garantías (...)».

Continuando su mala técnica legislativa, la LOE vuelve a sembrar dudas al promotor a la hora de saber cuándo deben constituirse las garantías. Nosotros consideramos que existen dos momentos necesarios en la constitución de las garantías:

1.º Su formalización

Deberá efectuarse antes del inicio de la edificación puesto que así permite al asegurador examinar los medios técnicos y humanos de los que dispone el promotor (elección de la Oficina Técnica de Control, Arquitectos, Constructor, etc...), establecer una serie de obligaciones entre tomador y asegurador, necesarias para la viabilidad del seguro y, en definitiva, realizar una adecuada valoración del riesgo.

Entendemos que la ausencia de riesgo en esta fase no puede ser motivo de nulidad al amparo del artículo 4 de la Ley de Contrato de Seguro puesto que, siguiendo a nuestra más autorizada doctrina (71): «las partes pueden fijar una delimitación temporal del riesgo, que se inicie con posterioridad a la conclusión del contrato». Esto es, el contrato se formaliza antes de la realización del estudio geotécnico, pero el riesgo y por tanto, su cobertura nacen desde la recepción de la edificación. Sólo en el caso de que ésta no llegara a recibirse no existiría contrato.

2.º El testimonio de su formalización

La redacción del mencionado artículo 20.1 deja abierta dos posibilidades:

- a) Que el testimonio se efectúe en el momento de la escritura pública de obra nueva declarada en construcción (cfr. arts. 45 y 46 del Real Decreto 1093/1997).

(71) SÁNCHEZ CALERO, F., *Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1999, pág. 117.

- b) Que el testimonio se efectúe en el momento del acta notarial declarando finalizada la construcción (cfr. art. 47 del Real Decreto 1093/1997).

Consideramos que el testimonio debe llevarse a cabo en la escritura de obra nueva en construcción, debido a que el propio artículo 20.1 habla de inscripción de escritura pública y no de anotación marginal de actas notariales. Otra razón la deducimos del espíritu del precepto: la no autorización de transmisiones ni adjudicaciones *inter vivos* a los adquirentes (72). El cumplimiento de este espíritu sólo se logra mediante el testimonio en la autorización de la escritura pública de obra nueva en construcción, ya que al ser constitutiva de inscripción (no de nota marginal) exige que se respete el principio de tracto sucesivo registral impidiendo la transmisión de las edificaciones en caso de inexistencia de la garantía (73).

6.^a *Consecuencias de su no suscripción*

Según el artículo 19.7:

«El incumplimiento de las anteriores normas sobre garantías de suscripción obligatoria implicará, en todo caso, la obligación de responder personalmente al obligado a suscribir las garantías».

Vuelve la LOE a hacer gala de su poco rigor, exigiendo una responsabilidad personal a quien ya estaba obligado personalmente a suscribir las garantías: el promotor [art. 19.2.a) en relación con Disp. Ad. 2.^a 1]. Creemos que la finalidad perseguida era la exigencia de responsabilidades personales a los representantes legales de las sociedades obligadas, pero desgraciadamente en la tramitación parlamentaria en el Congreso no fueron tenidas en cuenta dos enmiendas del Grupo Parlamentario Socialista en este sentido (74).

(72) El espíritu del precepto estaba mejor recogido en el Proyecto de Ley que prohibía la autorización o inscripción de escrituras públicas de primera transmisión intervivos o adjudicación voluntaria de edificaciones (cfr. *BOCG* de 15 de marzo de 1999, Serie A, núm. 163-1, art. 20).

(73) Para ARNAIZ EGUREN, según nos cita F. J. GARCÍA MÁS, la aplicación del principio de tracto sucesivo sólo procede en las escrituras públicas de declaración de obra nueva en construcción por ser un negocio jurídico; en cambio no es así para la declaración de terminación, puesto que simplemente trata de acreditar registralmente un hecho (cfr. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, marzo-abril de 1998, núm. 645, pág. 331). Esto supone, a nuestro juicio, que también tengan distinto tratamiento registral: inscripción y nota marginal.

(74) Nos referimos a las enmiendas presentadas en el Congreso núm. 31 y núm. 129. Esta última decía: «El incumplimiento de las anteriores normas sobre garantías de sus-

Los supuestos de inexistencia de seguro serán muy escasos, dada la prohibición de inscripción de la obra nueva sin testimonio de la póliza; distinto es el caso de las reservas efectuadas en la recepción de las viviendas que, aun referidas a la seguridad o estabilidad del edificio, el filtro registral no podrá excluir. Tampoco creemos que queden excluidas las pólizas que vulneren las normas del artículo 19.2. Entendemos que estos últimos supuestos serían sancionables administrativamente.

VII. CONCLUSIONES

La LOE, con una deficiente técnica legislativa, define un nuevo régimen jurídico del promotor caracterizado por la interpretación jurisprudencial pre-existente (su definición, su prestación, su tipología, etc...), y por un espíritu garantista que se traduce en una mayor responsabilidad y nuevas obligaciones (responsabilidad solidaria, distintos plazos de garantía, la suscripción de un seguro obligatorio, etc...). En este trabajo hemos apuntado algunas conclusiones de las que destacamos las diez siguientes:

1.^a Más allá de la definición legal y conforme a la jurisprudencia estudiada, consideramos **promotor a aquel interviniente que decide los elementos esenciales del proceso edificatorio** como, por ejemplo, la elección del resto de agentes intervinientes (dirección facultativa, constructora, entidad financiera, etc...), la adquisición de los terrenos objeto de la promoción o la recepción de la edificación.

2.^a La **prestación del promotor** al adquirente es una **obligación de resultado**: la entrega de la edificación.

3.^a La figura del autopromotor (cooperativas y comunidades), una de las tipologías más importantes del promotor está apenas esbozada en el texto legal. La Ley únicamente ha prestado atención a las gestoras y figuras análogas que nacen vinculadas a la autopromoción. Aunque la prestación de estos agentes es una obligación de medios o de actividad (distinta de la del promotor), cautelarmente, la Ley ha establecido dos criterios para diferenciarlos del promotor: el tenor del contrato que les vincule con el autopromotor y la intervención decisoria en el desarrollo de la promoción.

Por ello, **las gestoras y las figuras análogas no tienen la condición de promotores**, salvo pacto o resolución firme que, guiada por los anteriores criterios, les considere como verdaderos promotores.

cripción obligatoria implicará, en todo caso, la obligación de responder personalmente y solidariamente al obligado a suscribir las garantías. Tanto el empresario individual como los administradores y apoderados y los que hubiesen sido cuatro años antes» (cfr. *BOCG* de 21 de mayo de 1999, Serie A, núm. 163-9, pág. 62).

4.^a A pesar de que la LOE consagra los principios jurisprudenciales de la individualización de la responsabilidad de los agentes intervinientes y la solidaridad impropia, estos principios no son aplicables al promotor. **La responsabilidad del promotor es solidaria en todo caso y cuasi-objetiva.**

5.^a El texto pone fin a la controversia nacida con el 1.591 del Código Civil respecto al inicio del cómputo del plazo de garantía decenal. **Todos los plazos de garantía que recoge la Norma se computan desde la única recepción de la obra.** Desaparece la recepción provisional y definitiva y se introduce como novedad la recepción con o sin reservas.

La recepción con reservas no es una recepción condicionada sino una recepción compleja que conlleva dos momentos: el inicial de recepción y el final de subsanación. **Estos dos momentos suponen una duplicidad de cálculos en los plazos de garantía** cuya aplicación puede ser muy delicada ante vicios o defectos de importancia. Para evitar esta situación lo ideal es que únicamente sean objeto de reserva los vicios o defectos en la terminación o acabado; el resto deberían ser objeto de rechazo.

6.^a Entendemos que **el *dies a quo* del cómputo para la prescripción de las acciones indemnizatorias sigue las pautas generales del 1.969 del Código Civil** (desde el día en que pudieron ejercitarse las acciones). La falta de rigor técnico de la Ley, su talante garantista y su tramitación parlamentaria son las razones de tal argumentación.

7.^a **La Ley ha acertado con el tipo de seguro escogido para garantizar las responsabilidades edificatorias: el seguro de daños.** Sin embargo, **nacen muertas las alternativas del seguro de caución y del seguro de daños anual.** En el caso del seguro de caución, entendemos que los aseguradores rehusarán esta fórmula, dado el poder omnímodo que conceden a su beneficiario (consumidor o promotor). El seguro anual no se utilizará por existir una alternativa cuya aplicación está ya muy extendida: la retención en metálico. Esta retención ofrece pocas garantías en favor del comprador y sucesivos adquirentes.

8.^a **No se justifica la exclusión de la suscripción de garantías a los promotores públicos,** dada su importancia en el sector residencial y consideramos que **debió exigirse un seguro de responsabilidad civil decenal a las gestoras y otras figuras análogas** porque su papel en la promoción, fuere o no decisivo, entraña una elevada responsabilidad.

9.^a **Las reservas que efectúen las oficina de control relativas a los requisitos de habitabilidad o seguridad** durante la construcción de la edificación **son supuestos de agravación del riesgo** que deberán ser comunicadas por el promotor al asegurador con el fin de conseguir su posición al respecto y evitar subsanaciones de un coste elevadísimo. El régimen jurídico de estas comunicaciones es el establecido en el artículo 11 y 12 de la Ley de Contrato de Seguro.

10.^a **Las garantías deberían formalizarse antes del inicio de la edificación** para que la propia entidad aseguradora examine la elección y participación del resto de agentes intervinientes (dirección facultativa, oficinas técnicas de control, constructor, etc...). Dicha formalización consideramos que **debe testimoniarse en la escritura de obra nueva en construcción** puesto que así se obliga a respetar el principio de tracto sucesivo registral impidiendo posteriores inscripciones de transmisión.

RAFAEL GONZÁLEZ TAUSZ
Abogado, LEGSE Abogados

Las garantías en la venta de bienes y el *principio de conformidad* del contrato: situación actual y perspectivas (*)

SUMARIO: I. JUSTIFICACION Y ANTECEDENTES LEGISLATIVOS.—II. PREMISA GENERAL: LA GARANTIA DEL ARTICULO 11 DE LA LGDCU SE UBICA DENTRO DE UNA NORMA SUSTANTIVAMENTE CIVIL Y AFECTA A LA PROTECCION DE LOS INTERESES DEL CONSUMIDOR EN CUANTO CONTRATANTE.—III. ES UNA GARANTIA QUE AFECTA A LA CALIDAD O CONFORMIDAD DEL BIEN O SERVICIO PRESTADO.—IV. RELACIONES DE LA GARANTIA DEL ARTICULO 11 DE LA LGDCU CON LA OBLIGACION LEGAL DE SANEAMIENTO POR VICIOS DEL ARTICULO 1.484 Y SIGUIENTES DEL CODIGO CIVIL.—V. LA GARANTIA DE CONSUMO COMO OBLIGACION ACCESORIA.—VI. CONTENIDO DE LA OBLIGACION DE GARANTIA: A) EL SUJETO OBLIGADO O GARANTE. B) EL TITULAR DE LA GARANTIA. C) EL OBJETO SOBRE EL QUE RECAE LA GARANTIA; LOS DENOMINADOS «BIENES DE NATURALEZA DURADERA». D) EL PLAZO DE DURACION DE LA GARANTIA. E) FORMA Y DOCUMENTACION DE LA GARANTIA. F) CONTENIDO MÍNIMO DE LA OBLIGACION DE GARANTIA: DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL USUARIO: 1.º *Vicio o defecto objeto de la garantía.* 2.º *La reparación gratuita y la indemnización de los daños y perjuicios causados por el vicio o defecto.* 3.º *El derecho de optar del adquirente.* 4.º *La sustitución del objeto por otro de idénticas características y la resolución del contrato con devolución del precio pagado.* 5.º *Efectos que se derivan de la no prestación de la garantía.*—VII. NORMAS RELATIVAS AL SERVICIO TECNICO DE REPUESTOS Y REPARACIONES: CONTRATOS DE REPARACION Y ASISTENCIA TECNICA: A) CONSECUENCIAS QUE SE DERIVAN DEL INCUMPLIMIENTO DEL ARTICULO 11.5 DE LA LGDCU Y DEL ARTÍCULO

(*) **Nota preliminar:** Este trabajo forma parte de un estudio más amplio financiado por la Dirección General de Enseñanza Superior, del Ministerio de Educación y Ciencia, bajo el título «Problemas actuales del Derecho de sociedades y de la contratación en el sector servicios», con cargo al Programa Sectorial de Promoción General del Conocimiento (Proyecto PB 96-0548).

LO 12.3 DE LA LOCM, EN LO QUE AFECTA A UN ADECUADO SERVICIO TÉCNICO Y AL SUMINISTRO DE PIEZAS DE REPUESTO.—VIII. NORMATIVA EUROPEA: LA DIRECTIVA 1999/44/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, DE 25 DE MAYO DE 1999, SOBRE DETERMINADOS ASPECTOS DE LA VENTA Y LAS GARANTÍAS DE LOS BIENES DE CONSUMO: A) PRESUPUESTOS Y ÁMBITO DE APLICACIÓN. B) «PRINCIPIO DE CONFORMIDAD» DEL CONTRATO Y AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD. C) HACIA UN NUEVO MODELO LEGISLATIVO: LA PECULIARIDAD DEL SISTEMA ANGLOSAJÓN Y LA EVENTUAL INVOCACIÓN DEL «PRINCIPIO DE CONFORMIDAD» EN ESPAÑA. D) LOS DISTINTOS CRITERIOS DE CONFORMIDAD CON EL CONTRATO. E) EL PROBLEMA PARTICULAR DE LA INCIDENCIA DE LA PUBLICIDAD EN EL CONTRATO. F) LOS REMEDIOS LEGALES MÍNIMOS FRENTE AL VENDEDOR EN LA COMPRAVENTA DE BIENES DE CONSUMO. G) LA DENOMINADA «GARANTÍA COMERCIAL».

Vamos a ocuparnos de la garantía, pero entendida ésta no como medida genérica para asegurar o reforzar la mera efectividad de un crédito, sino como medida específica para satisfacer el interés del acreedor con ocasión de la ejecución de una prestación determinada. No hablaremos aquí de la garantía en un sentido general, como si se tratara de una mera adición o yuxtaposición que venga a reforzar al acreedor en la seguridad de que su derecho será satisfecho, sino que más bien lo haremos en su sentido técnico y específico, o lo que es lo mismo, como modificación peculiar del sistema general de responsabilidad por el que se viene a aumentar la seguridad de que un acreedor verá satisfecho un interés legítimamente esperado. Este interés será el que corresponde, naturalmente, al consumidor o comprador de bienes y servicios con ocasión de la adquisición de un bien o la prestación de un servicio. Es útil observar que hablamos de *garantía* en singular, y no de *garantías*, y lo asociamos en el encabezamiento al cada vez más utilizado concepto de *conformidad*, por cuanto que aquí nos referimos a la causa por la que se debe responder de la falta de adecuación entre lo estipulado por las partes en el contrato y las prestaciones efectivamente realizadas por cada una de ellas, y por cuanto que, además, este concepto nos permitirá comprender con un solo término ambivalente cualesquiera anomalías que puedan darse en las cualidades presupuestas o pactadas de los bienes y servicios.

I. JUSTIFICACION Y ANTECEDENTES LEGISLATIVOS

Esta garantía que podemos llamar *legal* o de *conformidad* de la que se derivan toda una serie de *consecuencias jurídicas* (entrega de un documento que vulgarmente se llama también *garantía*; conjunto de remedios jurídicos o derechos del acreedor que el ordenamiento prevé para los supuestos de incumplimiento y a los que también se denominan *garantías*, etc.), se distingue, en cuanto a su origen, de la que suele llamarse tradicionalmente *garantía comer-*

cial, por cuanto que en ésta es el mismo garante quien se autorresponsabiliza unilateralmente frente al acreedor de satisfacer toda una serie de condiciones de calidad y propiedades objetivas o subjetivas de un bien o servicio; «*garantías de calidad o nivel de prestación*» las denomina el artículo 11.1 de nuestra *Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (LGDCU)*. Conviene reseñar en este punto que no en vano, y no es un mero retruécano, nuestro primer texto legal que se ocupa expresamente de la misma, esto es, la LGDCU, habla con propiedad en su artículo 11.1 de un *régimen de garantía que permite hacer efectivas las garantías de calidad o nivel de prestación de los bienes o servicios*. Nos ceñimos, en consecuencia, a esta bipartición clásica, aunque repleta de nuevos matices como luego veremos, entre garantía legal y garantía comercial, y que se diferencian precisamente en el origen contractual o unilateral de las condiciones ofertadas de los bienes o servicios.

Los escasos antecedentes legislativos que tenemos dentro de nuestros Estados vecinos sobre la garantía en la venta de bienes pueden encontrarse tanto en la llamada *cláusula de buen funcionamiento* del artículo 1.512 del *Codice Civile* italiano de 1942, como en la *garantía de buen funcionamiento* del artículo 921 del *Código Civil Português* de 1966, o, más recientemente, en las denominadas *cláusulas convencionales* del Derecho francés.

En el primer caso, se ha venido entendiendo ésta como una garantía convencional o consuetudinaria mediante la cual el vendedor se obliga a la sustitución o reparación de un bien que resulta no idóneo para su funcionamiento (1). Así lo recoge expresamente el artículo 1.512 del *Codice Civile* italiano (2): «*Si el vendedor ha garantizado por un tiempo determinado el buen funcionamiento de la cosa vendida, el comprador, salvo pacto en contrario, debe denunciar al vendedor el defecto de funcionamiento dentro de los treinta días desde su descubrimiento, bajo la sanción de caducidad. La acción prescribe a los seis meses del descubrimiento. El juez, conforme a las circunstancias del caso, puede fijar al vendedor un término para sustituir o reparar la cosa de modo que se asegure su buen funcionamiento, dejando a salvo el resarcimiento de los daños. Quedan en vigor los usos que establezcan que la garantía del buen funcionamiento se debe también en el caso de faltar pacto expreso*».

En el caso de la garantía del *Código Civil Português* se trata de una figura inspirada en el *Codice Civile* citado. En efecto, éste manifiesta en su artículo 921 que, «*si el vendedor queda obligado, por acuerdo de las partes o por fuerza de los usos, a garantizar el buen funcionamiento de la cosa vendida, tendrá que repararla o sustituirla cuando ésta sea necesaria y la cosa tenga*

(1) Así M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, 1972, págs. 268 y sigs.

(2) Esta cláusula o *garanzia di buon funzionamento* viene referida tan sólo a la venta de cosas muebles en el Derecho italiano (arts. 1.510-1.519 *Codice Civile*).

naturaleza fungible, independientemente de su culpa o de error del comprador. En caso de silencio del contrato, el plazo de garantía expira a los seis meses después de la entrega de la cosa, salvo que los usos establecieran un plazo mayor. El defecto de funcionamiento debe ser denunciado al vendedor dentro del plazo de garantía y, salvo estipulación en contrario, dentro de los treinta después de conocido. La acción caduca cuando transcurra el tiempo para la denuncia cuando el comprador debió realizarla, o pasados seis meses desde la fecha en que la denuncia fue efectuada».

En Francia, en último lugar, el capítulo IV de la *Ley Scrivener* número 78-23, de 10 de enero de 1978, dio lugar al *Decreto* número 78-464, de 24 de marzo de 1978, sobre *Protección e Información de los Consumidores de Productos y Servicios*, cuyos artículos 2 y 4 recogían unas cláusulas con la finalidad de garantizar al comprador contra las consecuencias de los defectos o vicios ocultos de la cosa vendida o los servicios prestados (*garantías convencionales*), y cuyo cuadro legal se completó con una *Recomendación de la Comisión de Cláusulas Abusivas* (3), que sistematizó un elenco de cláusulas abusivas catalogadas en su totalidad como nulas de pleno derecho. Asimismo, el artículo 4 de la *Ley* número 92-60, de 18 de enero de 1992, reforzó la protección de los consumidores, y, finalmente, el *Code de la consommation*, de 26 de julio de 1993, sistematizó *ex novo* la garantía legal y convencional. El artículo L 211-1 de éste reguló la garantía legal y reprodujo, para los contratos de consumo, los artículos 1.641 a 1.648, primer párrafo del *Code Civil*, y, el artículo L 211-2 reguló la garantía contractual o convencional, reproduciendo el antiguo artículo 4 de la *Ley* número 92-60, de 18 de enero de 1992. Con todo, puede decirse que en el caso francés ha primado, al menos hasta estos últimos años, una visión negativa o restrictiva de las garantías convencionales, al carecer hasta hace muy pocos años de una normativa general de las mismas. En este sentido, precisamente, ya se habían encaminado las propuestas de algún sector doctrinal de ese país, que propugnaba una reforma global de la garantía por defectos ocultos, pretendiendo conjurar de esta manera el fundado peligro de ocasionar un fraccionamiento perturbador de las reglas concernientes al contrato de compraventa en esta materia (4).

Nuestro artículo 11 de la *Ley* 26/1984, de 19 de julio (LGDCU), donde viene recogida la materia por primera vez dentro de nuestra legislación, no habla del *funcionamiento* del objeto adquirido, aunque sí de la necesidad de

(3) *Recomendación* número 79-01 de la *Commission des Clauses Abusives* (CCA), relativa a las cláusulas abusivas insertas en los contratos de garantía (BOSP de 24 de febrero de 1979). Puede confrontarse también la *Recomendación de síntesis* número 91-02, relativa a ciertas cláusulas insertas en los contratos celebrados entre profesionales y no profesionales o consumidores (BOCCRF de 6 de septiembre de 1991), Editions du Juris-Classeur, *Concurrence-Consommation*, Fascicule 1700.

(4) Cfr. J. GHESTIN, en Ghestin-Desché, *La vente*, 1990, pág. 1002.

que el consumidor pueda asegurarse de la naturaleza, características, condiciones y utilidad o finalidad de los productos o servicios al fin de permitirle, entre otras pretensiones, hacer efectivas las garantías de calidad o nivel de prestación de los mismos (art. 11.1 LGDCU). En el mismo sentido, si bien para referirse a las reparaciones defectuosas, se habla también de que los objetos deben revestir «*las condiciones óptimas para cumplir el uso a que estuviese(n) destinado(s)*» (art.11.3.b LGDCU). Además, conviene advertir desde el principio que el legislador español introduce en esta materia una tipología específica de bienes, los llamados de «*naturaleza duradera*», lo que ha venido a complicar un tanto más las cosas. En cualquier caso, pensamos que aquella expresión foránea utilizada en algunos países vecinos, como es el caso italiano con la allí denominada *cláusula de buen funcionamiento*, no encaja exactamente con nuestra garantía, tal y como viene regulada en nuestra LGDCU.

El régimen jurídico de la garantía de los bienes viene establecido en España en el artículo 11 de la LGDCU, y dentro concretamente de su *Capítulo III*, que viene referido a la «*protección de los intereses económicos de los consumidores y usuarios*», y que aparece dividido en tres partes: normas sobre actividades de promoción de los empresarios (arts. 8 y 9); normas protectoras en la realización de los contratos (art. 10); y, en último lugar, normas protectoras en la fase posterior a la ejecución del contrato (arts. 11 y 12).

II. PREMISA GENERAL: LA GARANTIA DEL ARTICULO 11 DE LA LGDCU SE UBICA DENTRO DE UNA NORMA SUSTANTIVAMENTE CIVIL Y AFECTA A LA PROTECCION DE LOS INTERESES DEL CONSUMIDOR EN CUANTO CONTRATANTE

Para el buen fin de nuestro estudio es oportuno destacar, antes que cualquier otra cosa, que aquellas normas sobre la protección de los legítimos intereses económicos del *Capítulo III*, se diferencian esencialmente de las normas que protegen la salud y la seguridad de los consumidores y que aparecen en su *Capítulo II*, y ello hasta el punto de que pueden considerarse dos cuerpos normativos totalmente heterogéneos. Esto es así en razón de que la protección de la salud y seguridad del consumidor es considerada, generalmente, como un valor absoluto (*el consumidor en cuanto ciudadano*), que se realiza básicamente a través de normas administrativas, mientras que, por otro lado, la protección de los legítimos intereses económicos de los consumidores no es considerada como un valor abstracto al igual que el caso anterior, por cuanto que no se protege a éstos en abstracto sino en concreto (*el consumidor en cuanto sujeto de una relación contractual*). Así podemos comprobar cómo, en el primer caso, aunque una norma aparezca publicada en el *BOE* no servirá

prácticamente para nada en tanto que la Administración Pública no disponga de una infraestructura adecuada para asegurar su aplicación eficaz, mientras que por el contrario, en el segundo caso, bastará con que tales normas aparezcan publicadas en el *BOE* para que sean eficaces e inmediatamente aplicadas, pues, en líneas generales, no precisan de ningún tipo de infraestructura o de desarrollo administrativo. De esta manera puede afirmarse de estas últimas normas protectoras del consumidor en cuanto contratante, en contraposición con aquellas otras que tienen un valor absoluto, que no precisan de una actuación administrativa previa, que, a su vez, son normas que otorgan a los consumidores acciones que pueden ejercitarse individualmente, y, en fin, que son normas que, por afectar a la legislación básica de contratos y a la legislación mercantil, son siempre competencia exclusiva del Estado (art. 149.1, reglas 6.^a y 8.^a de la Constitución Española) (CE) (5).

Partimos de la premisa que el artículo 11 de la LGDCU es una norma sustancialmente civil que se divide en cinco apartados, el primero de los cuales viene a ser una formulación genérica, casi programática, del mismo. La manera en que pueda entenderse cuál sea el ámbito de aplicación del mismo está dividida entre aquellos que piensan que *la contraposición* entre «los bienes de naturaleza duradera» (mencionados en el art. 11.2 y 5 LGDCU) y los demás bienes de otro tipo no debe formularse de una manera radical, por cuanto que piensan que el régimen del artículo 11 de la LGDCU está concebido de un *modo básicamente unitario*. De este modo, las disposiciones del artículo 11.1 deberán aplicarse a todos los bienes en general, y los apartados 2 al 5, referidos a los bienes de naturaleza duradera, podrán aplicarse a todos los bienes con las oportunas adaptaciones (6). Pero también entran en liza, en segundo lugar, aquellos otros autores que, frente a los anteriores, lo que hacen es destacar que los apartados 2 al 5 del mismo artículo 11 de la LGDCU se refieren *fundamentalmente* a los bienes de naturaleza duradera, lo cual no nos debe causar extrañeza alguna por cuanto que es aquí donde se plantean los problemas más importantes de garantía sin lugar a dudas (7). Así todo, en último lugar, no falta quien piensa que dilucidar qué haya de entenderse por «bien de naturaleza duradera» es una cuestión que se le antoja de escasa o nula importancia práctica, pues los *efectos* de la garantía se pueden ampliar a casi todos los bienes (8).

(5) Cfr. ALBERTO BERCOVITZ, *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*, 1987, págs. 143-145.

(6) Esta es la opinión, entre otros, del profesor J. DUQUE, «La protección de los derechos económicos y sociales en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios», en *Estudios sobre el Consumo*, número 3, 1984, pág. 77.

(7) Esta es la opinión, por ejemplo, de ALBERTO BERCOVITZ, *ob. cit.*, pág. 156.

(8) Cfr. T. RUBIO GARRIDO, «La "garantía" del artículo 11 LCU», en *Anuario de Derecho Civil (ADC)*, 1990, fascículo 3, pág. 893.

El preámbulo del artículo 11, apartado 1 de la LGDCU, cumple, en cierto modo, una función de norma general, aunque la acumulación en cascada de conceptos y elementos tan heterogéneos dificulta su comprensión a la hora de su eventual aplicación. Si bien el texto aparece redactado en singular, en realidad, lo que se describe dentro del mismo es una variedad de regímenes: de comprobación; de reclamación; de garantía; y, en último lugar, de renuncia o devolución del producto o servicio. Esta heterogeneidad tal vez sea expresión de un laudable *desideratum legislativo*, pero su eficacia real resulta un tanto desdibujada e inoperante por una suerte de amalgama desordenada de conceptos que no se traduce después en una exposición acorde dentro del mismo artículo 11 de la LGDCU. Adolece, además, de un excesivo carácter programático, impropio de una Ley que debe estar muy atenta a la casuística. Con todo, participo de la idea de quienes desde los comienzos de la aplicación de esta Ley entendieron que el régimen de garantía en sentido amplio debe incluir y comprender todas estas especificaciones que aparecen enumeradas en el apartado 1 del artículo 11 de la LGDCU, se diga o no de una manera explícita, siguiendo la idea que explicamos al comienzo de este trabajo (9).

Necesariamente debe ponerse en relación esta garantía del artículo 11 de la LGDCU con el artículo 12 de la *Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista (LOCM)*, que se ocupa de la garantía y servicio postventa, y cuyo epígrafe aparece literalmente recogido en el *Libro Verde de la Comisión, de 15 de noviembre de 1993, sobre las garantías de los bienes de consumo y los servicios postventa* (10). El legislador español pretendió con la redacción de este artículo 12 de la LOCM completar la regulación iniciada en 1984, si bien lo más coherente hubiera sido modificar la propia LGDCU, evitándose así el deplorable y enojoso peregrinaje que debe hacerse entre los diversos textos legislativos con los consiguientes problemas interpretativos que todo ello comporta. Una vez más lo deseable ha sido relegado para quién sabe si otros tiempos mejores.

III. ES UNA GARANTIA QUE AFECTA A LA CALIDAD O CONFORMIDAD DEL BIEN O SERVICIO PRESTADO

Tanto el artículo 11 de la LGDCU como el artículo 12 de la LOCM hablan, dentro de la configuración específica que posee la obligación de dar en el ámbito del consumo, de la calidad de los productos o artículos vendidos.

(9) Cfr. G. GARCÍA CANTERO, *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, 1992, pág. 368.

(10) Cfr. COM (93) 509 final, *Diario Oficial* C 338 de 15 de diciembre de 1993.

Conviene señalar, en primer lugar, que la *calidad del bien* es un concepto muy amplio y ambiguo, de carácter marcadamente subjetivo, por cuanto que deriva sustancialmente de la propia capacidad del bien para satisfacer las razonables expectativas del comprador. Esta calidad comprende aspectos bien diversos entre sí, que pueden ir desde la fiabilidad y seguridad del ciudadano hasta el mantenimiento y protección del medio ambiente, y que, además, como la práctica nos muestra periódicamente, son cada vez más amplios y complejos, habida cuenta de la competencia creciente del mercado y de las diversas garantías ofrecidas por los productores y empresarios dentro de un mismo sector.

Subrayado el carácter privado de las normas que estudiamos, es cierto que los poderes públicos tienen asignada por la misma LGDCU una tarea de control de esta calidad de los productos y servicios, dentro de la competencia que estos distintos organismos tienen asignada en la protección de la salud y seguridad, debiendo adoptar las medidas adecuadas para suplir o equilibrar las situaciones de inferioridad, subordinación o indefensión en que pueda encontrarse, individual o colectivamente, el consumidor o usuario. Al mismo tiempo, estos organismos de fiscalización deben ser también capaces de imponer sanciones que tengan su razón de ser en la calidad o naturaleza de los productos o servicios, como así ocurre, por ejemplo, si esos poderes públicos optan por aplicar la ley vigente (arts. 4, 6, 23.e, y 34.4 LGDCU).

Pero también debe añadirse a lo anterior, que, desde el punto de vista de la aplicación de las normas de Derecho Privado, y esto es lo que nos interesa destacar aquí, debe hablarse y valorarse la adecuación de esos productos o servicios con lo establecido, acordado y legítimamente esperado por las partes contratantes en sus contratos. No es que el Derecho Privado pueda imponer de manera directa criterios de calidad, al margen de que en algún caso aislado se hable de la calidad *media* en el pago de cosas genéricas (por ejemplo, el art. 1.167 del Código Civil), pero es que el artículo 12.1 de la LOCM hace una referencia explícita a la responsabilidad derivada de la calidad de los productos «*en la forma determinada en los Códigos Civil y Mercantil (sic), así como en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y normas concordantes y complementarias*», lo cual no puede obviarse bajo ningún concepto y convendrá tenerlo muy en cuenta para saber exactamente cuáles son las exigencias que imponen todas estas leyes ahí citadas. Además, dentro de estas normas complementarias que menciona la LOCM, ya debe incluirse, para los efectos que más tarde explicaré, la reciente *Directiva 1999/44/CE, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo*, que aporta abundantes matices no contemplados hasta ahora en nuestra legislación nacional y que deberán transponerse a la misma antes del 1 de enero de 2002 (art. 11.1 Directiva), inde-

pendientemente de la eventual aplicación de los efectos de carácter vertical de muchos de sus preceptos, como luego veremos.

Pues bien, dentro de esta compleja obligación de dar del vendedor que debe atender, primordialmente, a garantizar y hacer efectiva la calidad de lo entregado, un sector de la doctrina viene explicando que lo que esta calidad comporta es, precisamente, la obligación de transmitir un derecho íntegro sobre un bien idóneo, exento de vicios y dotado de las cualidades necesarias para el fin contractualmente acordado. Esto se deducirá del artículo 1.484 del Código Civil en relación con la buena fe objetiva, así como con los usos en la materia, las indicaciones específicas de las partes o la ley, la cual podrá establecer casuísticamente, si procede, determinadas cualidades esenciales que deberán tener los bienes o productos (11). Pero al no estar esto reflejado con la suficiente claridad dentro de nuestro ordenamiento, se debe poner de relieve, con carácter general, la conveniencia de que se reconozca *de lege ferenda* que la prestación del vendedor debe incluir, necesariamente, la obligación de hacer al comprador propietario libre de cargas de la cosa entregada, debiendo ésta tener la calidad, cualidades o propiedades pactadas, o, en defecto de pacto, aquellas cualidades adecuadas al uso a que normalmente se destina (12). En la nueva Directiva 1999/44/CE, de 25 de mayo de 1999, esta misma idea aparece recogida bajo la denominación de *principio de conformidad* del bien con el contrato perfeccionado, dando a entender que las cosas o mercancías entregadas por el comprador deben ser acordes a las previsiones contractuales en sus diversas facetas o propiedades (cantidad, calidad, tipo, envase y embalaje, etc.), lo cual constituye un apoyo más en favor de la tesis interpretadora propuesta más arriba en tanto no exista una norma que lo recoja de manera inconcusa.

IV. RELACIONES DE LA GARANTIA DEL ARTICULO 11 DE LA LGDCU CON LA OBLIGACION LEGAL DE SANEAMIENTO POR VICIOS DEL ARTICULO 1.484 Y SIGUIENTES DEL CODIGO CIVIL

Hay que partir de la base que la disciplina de las acciones edilicias está sustentada en relaciones contractuales, en particular en las relaciones de compraventa que ligan a compradores y vendedores, lo que permite entrever que esta disciplina puede dejar desamparados aquellos supuestos que estén al

(11) Cfr. PARRA LUCÁN, que sigue en este punto algunas de las ideas de RUBIO GARRIDO, *Comentarios a las Leyes de Ordenación del Comercio Minorista*, 1997, pág. 209.

(12) Por todos, y en este sentido, lo comenta PARRA LUCÁN, siguiendo en este caso a PANTALEÓN PRIETO, *Comentarios...*, *ob. cit.*, pág. 209.

margen de la relación de compraventa, haciendo recaer los riesgos de producción y distribución sobre los consumidores. En efecto, debe hacerse notar que las nuevas condiciones del mercado y las nuevas características de los objetos, por un lado, y de *los procedimientos y circunstancias que acompañan a la producción y distribución de los bienes*, por otro, pueden permitir que el fabricante quede siempre exento de responsabilidad pudiendo, de este modo, pasar a ocupar en la práctica un lugar privilegiado, en el que el vendedor o el comprador pueden tener que soportar los riesgos inherentes a cualquier defectuosa fabricación.

Se habla aquí de *nuevas condiciones de mercado y de nuevas características de los objetos* para referirse al supuesto en que el comprador se encuentra con que no dispone de acciones contra el vendedor, para el supuesto en que los bienes o servicios que éste le ha vendido no hayan estado bajo el control del vendedor. Es el caso, por ejemplo, de la venta de *mercancías selladas o muy complejas* en las que el vendedor no puede controlar los posibles vicios ocultos. Este si prueba que desconocía esos vicios, no se le imputa culpa y quedará exento de toda responsabilidad. Pero aunque el vendedor no pueda probar su ausencia de culpa, el comprador puede seguir quedando desprovisto de indemnización, bien porque el vendedor carezca de medios financieros suficientes para responder, o bien porque el vendedor se hubiera exonerado de buena fe de la responsabilidad por vicios o defectos ocultos dentro del contrato, sea éste individual o realizado bajo condiciones generales. Por otro lado, se habla también de *nuevas circunstancias de la producción y de la distribución* para referirse a los supuestos en que las condiciones de distribución por mayoristas y minoristas, que contemplan los códigos decimonónicos, se revelan hoy en día claramente insuficientes e inoperantes para resolver en términos de justicia material los nuevos problemas que se nos presentan. Así acontece, por ejemplo, cuando vemos que la gama de productos dentro de un sector específico aumenta de manera considerable, o cuando el progreso tecnológico ha hecho que las distintas versiones de un mismo producto o instrumento se diferencien en detalles técnicos de muy difícil percepción por quien no es más que el vendedor del producto en cuestión, máxime cuando se trata de una mercancía nueva o que aporta elementos innovadores, que exigen, en muchos casos, el conocimiento de complejos procedimientos e instrumentos delicados fuera del alcance de los detallistas (13).

Por estas dos razones expuestas se piensa por la doctrina más autorizada que las normas que protegen en el Código Civil al comprador/consumidor no son suficientes, y se estima necesario encontrar un nuevo equilibrio de intereses entre productores, distribuidores y usuarios de bienes y servicios. Pues

(13) Cfr. DUQUE DOMÍNGUEZ, *ob. cit.*, págs. 73 y sigs.

bien, desde hace unos años las tendencias más importantes dentro de nuestra doctrina científica y jurisprudencial en este ámbito del Derecho de los contratos en España se inclinan, en primer lugar, por la constatación empírica de que el contrato tiende a dilatar sus efectos más allá de las relaciones que estrictamente se producen entre vendedor y comprador, rompiendo así el tradicional principio de la relatividad contractual, y, en segundo lugar, por la constatación y aceptación generalizada de que el principio de responsabilidad por culpa, que afecta a la justicia conmutativa, tiende a ser sustituido, la mayoría de las ocasiones, por un principio de imputación de riesgo que afecta a la justicia distributiva.

Por otra parte, la práctica comercial en nuestro país había ido introduciendo en el tráfico de determinados objetos las llamadas *garantías*, sin adjetivaciones, a través de las cuales los productores y vendedores trataban de realizar la adaptación de las acciones edilicias tradicionales a las nuevas condiciones del tráfico mediante las oportunas condiciones generales. En la legislación de la LGDCU se trató de evitar que la adaptación de las acciones de saneamiento del Código Civil se realizara sin tener en cuenta los intereses del consumidor final, desplazando sobre el adquirente, totalmente o con claro predominio, los riesgos económicos y jurídicos de la operación. Es claro, pues, que aquella regulación de la Ley 26/1984 trató de proteger el interés del adquirente, evitando que, mediante las cláusulas de garantía o mediante la modificación de las acciones tradicionales para el saneamiento, se introdujeran cláusulas limitativas de responsabilidad.

Pero podemos preguntarnos ahora, ¿existe actualmente alguna compatibilidad del régimen de la garantía con el de las condiciones generales de la contratación? El artículo 11 de la LGDCU no excluye la aplicación de las normas que protegen a los consumidores y usuarios frente a las condiciones generales. En efecto, el contenido de este artículo 11 de la LGDCU tiene un carácter mixto: por un lado, recoge normas de derecho imperativo (por ejemplo, el objeto de la garantía, prestador de la misma...), pero, al mismo tiempo, permite un ámbito de discrecionalidad en la determinación de algunos aspectos de las garantías mínimas legalmente prescritas (por ejemplo, plazo de comprobación, plazo de subsistencia...). En suma, la garantía se configura como un producto tanto de la ley como de la voluntad contractual, habiendo elementos que, al concretar o complementar lo dispuesto en la ley (acuerdos pactados para cada contrato, condiciones generales, etc.), tendrán que ser enjuiciados por cada tribunal conforme a los principios que han sido establecidos para la valoración de tales condiciones generales. El legislador, al separar el artículo 11 del artículo 10 de la LGDCU, recientemente modificado por Ley 7/1998, sobre *Condiciones Generales de la Contratación (LCCG)*, ha querido manifestar claramente su voluntad de que estos elementos, complementarios o concretadores de la ley, sean sometidos a una crítica valorativa

por el órgano judicial competente. De esta manera la LGDCU viene a integrar la práctica con las normas clásicas de los Códigos sobre saneamiento por vicios o defectos ocultos, particularmente el Código Civil.

Si bien algunos piensan que el artículo 11 de la LGDCU ha venido a sustituir a la normativa general sobre vicios (14), hoy la postura doctrinal unánime sostiene que es más congruente cohonestar la garantía del artículo 11.3 de la LGDCU con el artículo 1.484 y concordantes de nuestro Código Civil. La interpretación armonizadora de ambos preceptos entiende que si los defectos de la cosa la hicieran impropia para el uso a que se la destina o disminuyeran de tal modo ese uso que, de haberlos conocido el comprador, no la habría adquirido o habría dado menos precio por ella, sería aplicable el artículo 1.486 del Código Civil (desistimiento del contrato o rebaja del precio). Ahora bien, si los defectos fueran de menor entidad habría que acudir al artículo 11.3 de la LGDCU, teniendo en cuenta que lo que persigue esta garantía es precisamente que el objeto revista «*las condiciones óptimas para cumplir el uso a que estuviese destinado*» (15).

En sentido similar al expuesto podría decirse que, en el caso de que el defecto del objeto sea de tal gravedad que haga imposible su aprovechamiento para el comprador o la insatisfacción de éste fuese total, se podría ejercitar la tradicional acción de incumplimiento del 1.124 del Código Civil, de acuerdo con la cual el comprador podrá optar entre el cumplimiento del contrato, que equivaldrá a la sustitución del objeto por otro, y su resolución, con indemnización de daños y perjuicios en ambos casos. En los demás supuestos en que exista un objeto defectuoso, el comprador podrá optar entre el ejercicio de las acciones edilicias del 1.486 del Código Civil y las que se sustentan por vía del artículo 11 de la LGDCU. La razón que aboga por la no derogación del régimen de saneamiento del Código Civil no sólo es el hecho de que el artículo 11.3 LGDCU configure los derechos que allí se reconocen como *mínimo(s)*, sino también el tan socorrido principio de interpretación favorable al consumidor (principio *pro consumatore*). Normalmente es previsible que al comprador le satisfará más que le reparen íntegramente el bien comprado defectuoso, por ejemplo, que el hecho de tener que ejercitar las acciones estimatoria o resolutoria sin poder disponer a la vez del bien adquirido por ser éste defectuoso (16).

Conviene tener en cuenta, asimismo, que el artículo 7 de la LGDCU mantiene, en relación con los legítimos intereses de los consumidores y usua-

(14) Cfr. DUQUE DOMÍNGUEZ, *ob. cit.*, pág. 77.

(15) Cfr. A. BERCOVITZ, *ob. cit.*, pág. 157.

(16) Cfr. PARRA LUCÁN, «Los derechos mínimos del titular de la garantía del artículo 11 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios», en *Anuario de Derecho Civil (ADC)*, 1998, fascículo II, págs. 550 y sigs.

rios, que se aplicará teniendo en cuenta «*además, lo previsto en las normas civiles y mercantiles*». Al tratarse de las anomalías cualitativas de las cosas, este artículo 7 puede interpretarse en el sentido de que el consumidor disponga, además de los derechos recogidos en artículo 11 de la LGDCU, de los de saneamiento por vicios ocultos de los artículos 1.484 y siguientes del Código Civil. En resumen, se llega a la conclusión, omitiendo diversas puntualizaciones que no son del caso, de que un amplio sector doctrinal y jurisprudencial admite la compatibilidad en la práctica de ambas acciones con fundamento en las SSTs de 17 de junio de 1994, de 22 de julio de 1994 y de 18 de marzo de 1995, entre otras (17). Asimismo, con base en el mismo artículo 7 de la LGDCU, algunos autores sostienen que es posible otorgar al consumidor las acciones generales de incumplimiento de los artículos 1.096 y siguientes del Código Civil (18).

V. LA GARANTÍA DE CONSUMO COMO OBLIGACIÓN ACCESORIA

Esta es una garantía que consiste en ser una obligación accesoria del contrato principal. Ahora bien, los sujetos de esta obligación pueden coincidir con los del contrato principal cuando acontezca que el garante sea el propio empresario suministrador, lo que no será normal, salvo si, al mismo tiempo, aquél resulta ser el productor o fabricante del bien. Pero pueden ser también sujetos distintos en el supuesto en que el garante sea un tercero, productor o fabricante. En el primer caso, cuando se trate de sujetos idénticos, la garantía se integra en el contrato principal como una cláusula más, posiblemente formando parte de las condiciones generales del contrato; en el segundo caso, cuando se trate de sujetos distintos, podrá hablarse de una obligación accesoria separada que sigue la suerte de la principal, y que adoptará una configuración muy próxima a la de la fianza. Aquí, en este segundo supuesto, estaremos ante un contrato distinto, esto es, un *contrato de garantía* que se perfecciona también con la adquisición del bien, y que coexistirá con el de suministro o adquisición del bien entre consumidor y productor o fabricante. Para esta situación también es evidente que dicha garantía no sustituye, en principio, a las obligaciones contractuales del suministrador, incluida su responsabilidad en relación con la calidad y los vicios o defectos del bien (19).

(17) Por todos A. BERCOVITZ, *ob. cit.*, pág. 157.

(18) Por todos, MARTÍNEZ DE AGUIRRE, «Las condiciones de la protección eficaz de los consumidores en los contratos sobre prestaciones duraderas: conformidad y garantía», en *Estudios sobre el Consumo*, núm. 16, 1989, pág. 108.

(19) Cfr. RODRIGO BERCOVITZ, *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*, 1987, pág. 218.

VI. CONTENIDO DE LA OBLIGACION DE GARANTIA

El contenido de la obligación de esta garantía de consumo está recogido en los apartados 2 y 3 del artículo 11 de la LGDCU con las puntualizaciones que, más recientemente, ha realizado el artículo 12.1 y 2 de la LOCM. La garantía formalizada por escrito, según ley, debe contener expresión necesaria acerca de estas circunstancias: *a)* el sujeto obligado o garante; *b)* el titular de la garantía; *c)* el objeto sobre el que recae la garantía; *d)* el plazo de duración de la misma; *e)* la forma y documentación de la misma, y *g)* el contenido mínimo de esta obligación de garantía. Si bien el artículo 11 de la LGDCU no enumera los contratos a que afecta la garantía, ciertamente la compraventa es el contrato típico que ha tenido *in mente* el legislador, si bien entendemos que cabe aplicarlo también a cualesquiera otros contratos por los que un empresario o profesional pueda ceder la propiedad o el uso de bienes de naturaleza duradera en favor de personas que reúnan la cualidad de consumidor o usuario protegido por la LGDCU. No tratamos ahora del servicio post-venta, del que también se ocupa el artículo 12 de la LOCM, en sus apartados 3 y 4, pues lo veremos de manera independiente más adelante, por cuanto que tiene un régimen diferenciado que afecta al servicio de repuestos y reparaciones que queda así desligado de esta garantía, aunque incida naturalmente sobre los mismos bienes comprados.

A) EL SUJETO OBLIGADO O GARANTE

Con carácter general puede decirse que será el productor o suministrador del bien. Lo normal es que el garante sea el productor o fabricante del bien, que es quien puede tener un mayor interés en conseguir la eficacia de esa garantía y en controlar la calidad de sus productos, y, además, quien se encuentra en mejores condiciones de otorgarla a través de la prestación de unos buenos servicios técnicos de reparación y asistencia técnica. En todos estos casos se entiende que el vendedor o suministrador actúa por cuenta y representación del productor o fabricante. En otros supuestos, puede ocurrir que se acuerde que la garantía sea proporcionada por el suministrador en su propio nombre, integrándose así esta garantía en el propio contrato de adquisición. Sería, por ejemplo, el supuesto de una casa importadora o de unos grandes almacenes que amparasen con su marca o su firma un producto elaborado o fabricado por otras personas o empresas.

Dicho lo anterior hay que afirmar que el artículo 12.1 de la LOCM imputa la responsabilidad de la calidad de los productos al *vendedor*, e idéntico criterio, aunque referido tan sólo a los bienes muebles corpóreos, como luego veremos, se recoge en la reciente *Directiva 1999/44/CE, de 25 de mayo de*

1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo, donde se afirma que «el vendedor responderá ante el consumidor de cualquier falta de conformidad que exista en el momento de la entrega del bien» (art. 3.1). Habla esta Directiva de un responsable directo, solución tradicional ya consagrada en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, que no empece para que el vendedor pueda «entablar acciones contra el productor, el vendedor anterior o contra cualquier otro intermediario de la cadena contractual salvo que hubiese renunciado a ese derecho» (20).

La propia *Ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos (LRCP)*, afirma explícitamente la responsabilidad de los fabricantes, importadores y suministradores (arts. 1, 4, y Disp. Adicional única de la LRCP), pero hay que hacer notar que esta responsabilidad la sostiene a los solos efectos de «los daños causados en cosas distintas del propio producto defectuoso», como son los supuestos de muerte y lesiones corporales (art. 10 LRCP). De este modo, el legislador parece dar a entender que es más razonable obtener la reparación del daño al amparo de las reglas tradicionales de responsabilidad, es decir, dirigiéndose la víctima frente a su contraparte contractual. En definitiva, podemos concluir que tanto la LOCM, para todos los bienes, como la reciente Directiva 1999/44/CE, para los llamados *bienes de consumo*, no excluyen la eventual responsabilidad del fabricante o productor, sino que las mismas tan sólo se ocupan de delimitar una responsabilidad directa e inmediata por adolecer de falta de calidad o, dicho de otra manera, por la tan reiterada *falta de conformidad del producto con el contrato*.

Por otra parte, en el artículo 12.1 de la LOCM se establece que el vendedor responderá de la calidad de los artículos vendidos «en la forma determinada en los Códigos Civil y Mercantil, así como en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y normas concordantes y complementarias». De este modo el régimen de garantía queda fragmentado, por el momento, en dos cuerpos normativos principales: el artículo 11 de la LGDCU y el artículo 12 de la LOCM que lo completa, en espera de lo que acontezca con la necesaria transposición de la Directiva 1999/44/CE a nuestro ordenamiento. Es innecesaria la alusión del artículo 12.1 de la LOCM al Código Civil, al tener ésta carácter de norma supletoria general, y también es confusa y fuera de lugar la mención que ahí se hace al Código de Comercio, por cuanto que la normativa de la LOCM se refiere a la regulación de *determinadas ventas entre empresarios y consumidores* (art. 1.1 LOCM), por lo que este tipo de ventas de consumo quedan sometidas en cualquier caso al Código Civil y no al Código de Comercio (art. 326.1.º del Código de Comer-

(20) Cfr. Considerando 9.º del *Preámbulo* de la *Directiva 1999/44/CE, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo*.

cio). Si acaso, la referencia al Código Civil nos recuerda la integración tan útil de los preceptos del mismo referidos a los remedios que tiene el comprador frente al incumplimiento del vendedor, por tratarse de un bien inhábil para destinarlo al fin pactado o al que es propio del producto vendido. Así, la doctrina viene entendiendo con carácter general que el sistema de remedios que ofrece el Código Civil es compatible con el régimen de los artículos 11 de la LGDCU y 12 de la LOCM, siendo éste un mero complemento del anterior en este particular aspecto de la garantía de consumo. De ahí, por ejemplo, que vengan aplicándose por nuestros Tribunales para la solución de estos problemas los artículos 1.101, 1.124 y 1.490 y concordantes del Código Civil (21).

Con todo puede decirse que, actualmente, son múltiples las vías ensayadas en España para deducir judicialmente la responsabilidad frente al fabricante o productor en lugar del vendedor o suministrador. Estas soluciones procesales pueden enumerarse sucintamente de la siguiente manera dentro de estos supuestos: 1.º Cuando se pruebe que la falta de calidad o la falta de conformidad del bien obedezca realmente a una falta de seguridad del producto entregado, en cuyo caso el daño será exigible frente al fabricante por virtud de la *Ley 22/1994, de responsabilidad civil por productos defectuosos*. 2.º Cuando se demuestre que el vendedor ha actuado como mero representante legal o mandatario del fabricante o productor (arts. 1.725 y 1.727 del Código Civil) (STS de 11 marzo 1987). 3.º Cuando el fabricante asuma contractualmente y de manera directa una responsabilidad específica del producto a través de una garantía formal (STS de 23 de mayo de 1991), y 4.º Cuando se deduzca, para el supuesto en que exista una concurrencia de varias personas, una responsabilidad de carácter solidario al amparo del artículo 27.2 de la LGDCU, dejando a un lado las eventuales acciones de restitución que puedan darse ulteriormente entre las personas que hubieren concurrido en la producción de ese daño (22).

B) EL TITULAR DE LA GARANTÍA

El titular de la garantía es el adquirente del objeto de naturaleza duradera garantizado, aunque si el objeto se transmite a un tercero durante el plazo de garantía, ésta debe considerarse transmitida con el bien. El titular de la garantía debe identificarse en el certificado o documento escrito que entregue el productor o suministrador. Esta garantía no tiene que tener carácter personalísimo en cuanto a su beneficiario. No es tampoco esencial que se contenga

(21) Cfr. MARÍN LÓPEZ, *Ordenación del Comercio Minorista*, 1996, págs. 111 y sigs.

(22) Cfr. PARRA LUCÁN, *Comentarios...*, ob. cit., pág. 215.

el nombre del beneficiario siempre que sea posible identificarlo por cualquier otro medio, como, por ejemplo, con el recibo o documento de pago.

C) EL OBJETO SOBRE EL QUE RECAE LA GARANTÍA; LOS DENOMINADOS BIENES DE NATURALEZA DURADERA

La Disposición Final 4.^a de la LGDCU dio lugar, con bastante retraso por cierto, al *Real Decreto 287/1991, de 8 de marzo*, por el que se aprobó, a propuesta del Ministerio de Sanidad y Consumo y no del Ministerio de Justicia, un *Catálogo de Productos, Bienes y Servicios a determinados efectos de la LGDCU*. El artículo 2 de este Real Decreto dispone que «*lo establecido en el artículo 11.2 y 5 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, se aplicará a los bienes de naturaleza duradera relacionados en el Anexo II del presente Real Decreto, en las condiciones que se determinen por el Gobierno, a propuesta del Ministro de Sanidad y Consumo, en disposiciones específicas para cada bien o servicio*». Con independencia de que tales condiciones no se han determinado en ningún caso, por la misma redacción del precepto cabe la posibilidad de interpretar que también se podrán entender como *bienes de naturaleza duradera* cualesquiera otros que, aun cuando no aparezcan relacionados en el mismo Anexo II del Real Decreto 287/1991, sí se pueda apreciar cierta analogía con alguno de ellos, cosa nada difícil en la práctica, dada la ambigüedad de su redacción y la heterogeneidad de objetos contemplados dentro de ese *Catálogo*.

Una de las características más notables de estos *bienes de naturaleza duradera*, y que llamaba poderosamente la atención, es su nacimiento con vocación de provisionalidad, lo que no hace sino avivar aún más la polémica existente sobre cuáles son, a ciencia cierta, los bienes a los que se pueda referir el artículo 11 de la LGDCU. En efecto, en la propia *Exposición de Motivos del Catálogo de Productos, Bienes y Servicios* se afirmaba que la relación de estos bienes «*pretende operar una primera delimitación del conjunto de bienes a los que se les aplicará lo previsto en el artículo 11 de la Ley 26/1984 (...) conforme a lo que se establezca en las posteriores disposiciones que se dicten para la aplicación y desarrollo de dicho artículo para cada bien o grupo de bienes*». En este sentido, se subraya ahí mismo, que, para la confección de ese *Catálogo*, se han tenido en cuenta tanto los *actuales* hábitos de consumo, como los niveles de demanda y utilización *existentes*, y los usos y prácticas comerciales y mercantiles *imperantes* en el mercado. Puede deducirse con ello claramente, en consecuencia, la relatividad conceptual que arroja este *Catálogo* de bienes de naturaleza duradera. Mayor indeterminación cabe deducir aún de muchos de los términos y expresiones uti-

lizados en ese *Real Decreto 287/1991, de 8 de marzo*, ambiguos y genéricos en muchos casos: «instrumentos y material», «herramientas», «manufacturas metálicas comunes», «muebles», «artículos para recreo y deportes», «vivienda» (Anexo II del *Real Decreto 287/1991*). Con todo, tal elenco de bienes deviene así un cajón de sastre en el que podrán tener cabida un número indeterminado y genérico de bienes y servicios.

De la escasa fiabilidad y calidad técnica de este *Real Decreto 287/1991* dan fe, por ejemplo, dos fallos judiciales que afectan al beneficio de justicia gratuita que aparecía mencionado tanto en su artículo 1.2, declarado nulo de pleno derecho por STS de 27 de mayo de 1993, como en su artículo 1.1, Disposición Final 2.ª, apartado 1.º, y Anexo I del mismo Real Decreto, que han sido también posteriormente declarados nulos por STS de 30 de noviembre de 1998. Se dictó esa nulidad por la constatación de un requisito legal, tal y como afirma el fallo de la misma, por cuanto aquel articulado del Real Decreto 287/1991 concretó en su día, sin la preceptiva audiencia previa del Consejo General de la Abogacía Española prevista en el mismo Real Decreto, los bienes, productos y servicios de uso y consumo común, ordinario y generalizado, y a los que se debiera extender la justicia gratuita en las actuaciones procesales. Como puede deducirse, sin esfuerzo alguno, el texto del Real Decreto 287/1991 no es un dechado de técnica legal bajo ningún aspecto.

El concepto de *bien duradero* tiene su precedente, según algunos, en la *Ley de Ventas a Plazos de Bienes Muebles* de 1965, ya derogada, donde se hablaba de bienes «de consumo duradero», aunque esto sea hoy más que discutible y no nos conduce, en la práctica, a gran cosa. Lo que sí puede colegirse a primera vista, sin entrar aquí y ahora en antecedentes históricos, es que la Administración ha pensado básicamente, al seleccionar estos *bienes duraderos*, en productos que han sido fabricados en serie y que proporcionan una utilidad que les es propia a través de cualquier tipo de funcionamiento, con independencia de que éste sea mecánico, químico, eléctrico o electrónico. Podría decirse que se está refiriendo en su mayoría a objetos que incorporan un artificio o mecanismo en sentido amplio con todos sus accesorios o complementos, lo que vulgarmente llamamos *maquinaria*. Pero tampoco hay que olvidar que, también a instancia del Ministerio de Sanidad y Consumo, se incluyeron en esa relación de bienes duraderos otros bienes distintos o ajenos a los que comporta un mecanismo, esto es, productos que no son máquinas o que ni tan siquiera son nuevos, e, incluso, como ya apuntamos, se añadieron al final del elenco, con muy buena intención pero con escasa técnica legislativa, los bienes inmuebles (*viviendas*), lo que permite concluir que el concepto utilizado por el legislador es, a todas luces, muy amplio, confuso y heterogéneo. Con todo, tan sólo parece claro el propósito de la Administración de excluir de ese listado las cosas consumibles y los servicios, si bien, dada la confusión reinante al respecto, algunos autores incluyen también determina-

dos bienes que comportan necesariamente la prestación y admisión de algunos servicios, como son, por ejemplo, los servicios turísticos, lo que de aceptarse puede tener una enorme trascendencia (23).

A la luz de todo lo expuesto cabe deducir lo siguiente: *a)* existe un claro propósito legislativo de delimitar el ámbito de aplicación de los *bienes de naturaleza duradera* a los apartados 2 y 5 del artículo 11 de la LGDCU, pues así lo dispuso expresamente el artículo 2 del Real Decreto 287/1991, de 8 de marzo de 1991; *b)* la provisionalidad anunciada en el artículo 2 del Real Decreto, donde se habla de un ulterior desarrollo reglamentario para cada bien o grupo de bienes dentro del propio *Catálogo de Bienes*, ha hecho preguntarse a algunos sobre si el artículo 11.2 y 5 de la LGDCU está en vigor, a lo que cabe responder que el propio TS lo ha aplicado en algún caso sin ninguna reticencia; y, en último lugar, *c)* la duda sobre si el tipo de enumeración de bienes que hace este *Catálogo* es *numerus clausus* o *numerus apertus*, se debe resolver inclinándose por el carácter indudablemente abierto de ese elenco de objetos allí expuestos, opción que puede deducirse tanto de la redacción tan ambigua de esta disposición reglamentaria como de la amplitud de los términos que ella misma emplea.

A este respecto, quizá, la inclusión del término *vivienda* al final del *Catálogo* sea uno de los que pueda suscitar algunas más dudas acerca de su interpretación: ¿lo será tan sólo aquel inmueble urbano con destino exclusivo a *habitación o uso humanos*?, o, más bien, ¿cualquier inmueble *potencialmente* destinado a vivienda o alojamiento de personas?; ¿*quid* de los edificios de destino mixto para vivienda y local de negocio? A mi juicio es acertada la opinión de aquellos que hablan de la inapropiada inclusión, tal vez inútil, de la vivienda dentro del *Catálogo* de bienes de naturaleza duradera del Anexo II del *Real Decreto 287/1991*, y esto tanto por las dificultades de orden práctico que plantea, como, sobre todo, porque el resto de la norma está pensando exclusivamente en productos o servicios ligados a bienes de naturaleza mueble. Parece claro, en consecuencia, que deberían haberse delimitado con precisión las características singulares por las que la vivienda puede considerarse incluida dentro de esta relación. Se duda asimismo del carácter práctico de esta inclusión, por cuanto que no sabemos, por ejemplo, qué tipo de ventajas puede añadir esta garantía mínima respecto de la vivienda a la muy copiosa jurisprudencia que viene interpretando el artículo 1.591 del Código Civil, a no ser que la finalidad sea puramente propagandística o publicitaria (24).

Cuando se trate de bienes de naturaleza duradera fabricados en serie deberá indicarse el modelo y número, así como las características que lo iden-

(23) Cfr. DUQUE DOMÍNGUEZ, *ob. cit.*, págs. 76-77.

(24) Cfr. DE LEÓN ARCE, *Contratos de consumo intracomunitarios*, 1995, pág. 175.

tifican dentro de su género. De este modo, no habrá problemas con los vehículos automóviles y la maquinaria de precisión, las viviendas, etc. En cambio, sí puede haber problemas, por ejemplo, para identificar el mobiliario, determinadas herramientas o determinados juguetes, para los que habrá que utilizar necesariamente criterios más flexibles al indicado.

D) EL PLAZO DE DURACIÓN DE LA GARANTÍA

En esta materia hay que estar, en la práctica, a una sucesiva y reiterada revisión legislativa en pro de una ampliación del plazo de duración de la garantía de los consumidores, tal es la tendencia que demanda la sociedad en la que vivimos. Vemos conveniente, pues, estudiar los antecedentes porque de ahí podremos extraer siquiera algunos argumentos en favor de la ampliación de la duración, particularmente interesantes para aquellos casos en que se susciten las dudas interpretativas en razón de la naturaleza del bien o en razón de la especialidad de la ley que regule determinados bienes o productos.

La LGDCU no fijó plazo legal alguno y tan sólo menciona un «*plazo de duración de la garantía*» en su artículo 11.2.e). Se exige además con carácter necesario, que la garantía contenga un plazo de duración, pero no se señala un mínimo. Al amparo de esto, algunos sostenían que la omisión de este plazo mínimo constituía *una grave insuficiencia* de esta garantía, y pensaban que habría que suplir esta carencia ofreciendo algún mecanismo sustitutorio encaminado, precisamente, a impedir que ésta resultara ilusoria para el consumidor o usuario desprevenido. Así, por ejemplo, se propuso que se declararan abusivas todas aquellas cláusulas que fijasen un plazo desproporcionadamente breve en perjuicio del consumidor, aplicando a tal efecto el artículo 10.bis reformado de la LGDCU. En este nuevo artículo 10.bis de la LGDCU, reformado dentro de la nueva *Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación (LCGC)*, se afirma que «*se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato*». Asimismo, se añade a la nueva redacción de ese artículo, que «*el carácter abusivo de una cláusula se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa*» (art. 10.bis.1 LGDCU).

Conviene subrayar, además, que dentro del amplio catálogo enunciativo de cláusulas abusivas que se mencionan en la Disposición Adicional primera de la nueva Ley 7/1998, sobre CGC, se incluye, dentro de las intituladas

cláusulas privativas de los «*derechos básicos del consumidor*», aquélla que declare «*la exclusión o limitación de forma inadecuada de los derechos legales del consumidor por incumplimiento total o parcial o cumplimiento defectuoso del profesional. En particular las cláusulas que modifiquen, en perjuicio del consumidor, las normas legales sobre vicios ocultos, salvo que se limiten a reemplazar la obligación de saneamiento por la de reparación o sustitución de la cosa objeto del contrato, siempre que no conlleve dicha reparación o sustitución gasto alguno para el consumidor y no excluyan o limiten los derechos de éste a la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados por los vicios y al saneamiento conforme a las normas legales en el caso de que la reparación o sustitución no fueran posibles o resultasen insatisfactorias*» (Disp. Adic. 1.^a LCGC, apartado 9.^o). Claramente se manifiesta aquí la compatibilidad de las acciones edilicias con la garantía de la que venimos tratando.

Con todo, la mayoría de la doctrina venía interpretando, antes de la fijación legal de ese plazo de duración, que éste debería ser un plazo *suficiente*, de acuerdo con las circunstancias y con la naturaleza del bien, al objeto de que el consumidor pudiera reclamar con eficacia las garantías de calidad del producto, así como en caso de existencia de error o deterioro. Esta exigencia debería ser tenida en cuenta cuando se estableciera un plazo para la garantía que fuese inferior al de seis meses que corresponde a las acciones edilicias por vicios ocultos (art. 1.490 del Código Civil), especialmente si con ello, además, se pretendía pactar la sustitución de éstas por la garantía (25). Más concluyente, sin embargo, era la opinión de quien apoyándose en el 11.1 de la LGDCU mantenía que hay que rechazar la admisión de cualquier plazo que no permita al comprador asegurarse de la naturaleza, características, condiciones y utilidad o finalidad del producto o servicio adquirido, o bien que no le permita reclamar con eficacia en caso de defecto o deterioro, o que le impida hacer efectivas las garantías de calidad o nivel de prestación, dejándose, en último término, a la apreciación y fijación judicial mediante el recurso a la buena fe objetiva, de acuerdo a la naturaleza objetiva de cada bien (26). Abundando en esta misma opinión, se sostenía que el tratamiento que debía darse a la no fijación del plazo tenía que ser el mismo que el señalamiento de un plazo inferior al de la garantía legal, es decir, habría que acudir a la fijación judicial según las circunstancias del caso, o bien hacerlo por analogía con otras garantías fijadas por el obligado, o, en última instancia, conforme al plazo legal. Con todo, entiéndase que, como decíamos más arriba, traemos a colación estas ideas por cuanto que muy bien pudiera entenderse que algunas de estas argumentaciones sean esgrimibles hoy en día, a pesar de haber

(25) En este sentido R. BERCOVITZ, *Estudios jurídicos...*, *ob. cit.*, pág. 219.

(26) Cfr. RUBIO GARRIDO, *ob. cit.*, pág. 914.

quedado fijado hace ya unos años un plazo mínimo de garantía en la propia LOCM.

En efecto, la reciente *Ley 7/1996, de 15 de enero (LOCM)*, vino a establecer un plazo mínimo de garantía para estos bienes que llama confusamente de naturaleza duradera, que es de «seis meses a contar desde la fecha de recepción del artículo que se trate», aunque admite dos excepciones a este supuesto general: primera, cuando lo impida la propia naturaleza del objeto, y, segunda, cuando existan disposiciones legales o reglamentarias específicas para bienes o servicios concretos. Aunque conviene hacer notar que, curiosamente, se permite por esta Ley 7/1996, que las legislaciones autonómicas legislen sobre este particular conforme al párrafo 3.º de la Disposición Final de la misma LOCM, aunque veremos en qué términos más adelante.

Con la primera excepción al plazo mínimo mencionada, esto es, cuando la naturaleza del bien impida respetar el plazo de seis meses, se crea una clara incertidumbre que priva de parte de sentido al propio artículo 12.2 de la LOCM. En efecto, ahora tenemos que siempre que, por cualquier circunstancia, no se establezca un plazo más amplio a esos seis meses, y el vicio se manifieste con posterioridad a aquél, quedará abierta la posibilidad de una reclamación argumentando simplemente que, dada *la naturaleza del objeto* adquirido, el plazo resultaba de todo punto insuficiente. Con el mismo razonamiento también podría interpretarse, *contrario sensu*, que, según la naturaleza del bien, el período de duración establecido por la ley resulta excesivo, y, en consecuencia, el fabricante quedará legitimado o habilitado para ofertar una garantía inferior a la de los seis meses. Pero esta segunda interpretación será muy difícil de mantener seriamente, por no decir imposible, dadas las connotaciones tan claramente tuitivas que impregna el principio de protección del consumidor tal y como aparece consagrado en el artículo 51 de la CE. En cualquier caso, deberán ser los Tribunales, en cada caso particular, quienes, según *la naturaleza de cada bien*, tengan que sopesar discrecionalmente si el plazo establecido es o no suficiente para permitir al comprador reclamar eficazmente las garantías de calidad ofertadas desde un principio (27).

Todo lo expuesto comporta, a fin de cuentas, una demostración de la eventual inadecuación del plazo legal según sea la especificidad del producto o servicio entregado. Esto quiere decir, en pocas palabras, que el plazo de garantía legal de seis meses tan sólo podrá demostrarse que es claramente insuficiente en aquellos supuestos en los que estén afectados bienes que tengan una determinada complejidad técnica en su mecanismo o en su funcionamiento, y cuya comprobación de sus cualidades y calidades necesite de un lapso de tiempo más largo del plazo legal previsto. De todo esto resulta curiosamente que, respecto de tales bienes de naturaleza compleja, el legisla-

(27) Cfr. PARRA LUCÁN, *Comentarios...*, *ob. cit.*, pág. 217.

dor ha vuelto a dejar de nuevo sin fijar un plazo mínimo de garantía, con lo que persiste en este punto el estado de indefinición al que quiso poner fin, precisamente, la propia LOCM de 15 de enero de 1996 (28).

En cuanto a la segunda excepción, la LOCM deja también a salvo los plazos previstos en «*disposiciones legales o reglamentarias específicas para bienes o servicios concretos*» (art. 12.2 LOCM). En efecto, están vigentes todavía determinadas leyes especiales y reglamentos, que no han sido derogadas por la LOCM, y que establecen previsiones singulares para ciertos bienes y servicios. Así, tenemos el artículo 16 del *Real Decreto 1457/1986, de 18 de enero, que regula la actividad industrial y la prestación de servicios en los talleres de reparación de vehículos automóviles, de sus equipos y componentes*, que establece una garantía para cualesquiera reparaciones en los vehículos automóviles por un plazo de tres meses o 2.000 kilómetros, excepto cuando se trate de vehículos industriales, en cuyo caso el plazo será tan sólo de quince días, y, de modo similar, también es específico el supuesto del artículo 6 del *Real Decreto 58/1988, de 29 de enero, sobre protección del consumidor en el servicio de reparación de aparatos de uso doméstico*, que establece una garantía por reparación que se extiende al plazo de tres meses.

No cabe duda, por otro lado, de que aquel plazo semestral fijado con carácter general en la LOCM es un plazo general *mínimo*: puede pactarse uno de mayor duración, pero no de menor. Si se pactara una duración inferior de garantía podría concluirse que el pacto sería nulo conforme al artículo 6.3 del Código Civil y al artículo 2.3 de la LGDCU, esto es, nulidad de pleno derecho. En este caso de nulidad el plazo de garantía pasaría a ser el de seis meses de la LOCM, salvo que en el sector concreto a que pertenezca ese bien o producto fuera habitual un plazo más largo de duración, supuesto en el que, conforme a la buena fe contractual del artículo 1.258 del Código Civil, sería éste el aplicable.

El cómputo del plazo de garantía de los seis meses comienza «*desde la fecha de recepción del artículo*» (art. 12.2 LOCM), que es el momento a partir del cual el comprador puede utilizarlo y comprobarlo. Por la finalidad perseguida por la garantía debe interpretarse que este plazo no empezará a computarse hasta que el comprador, una vez recibida la cosa, esté en condiciones de comprobar su funcionamiento y uso normal, circunstancia precisa por la que aquél podrá apercibirse si la misma responde o no a la calidad ofertada. Asimismo, es opinión general compartida por la doctrina que el

(28) Cfr. DÍAZ ALABART, *Comentarios a la Ley de Ordenación del Comercio Minorista (y a la Ley Orgánica Complementaria)*, 1997, pág. 116. Por otra parte, conviene tener presente que el artículo 12.1 de la LOCM establece que «*el vendedor responderá de la calidad de los artículos vendidos en la forma determinada en los Códigos Civil y Mercantil, así como en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y normas concordantes y complementarias*».

tiempo que duren las reparaciones efectuadas al amparo de la garantía no deberá computarse dentro del plazo legal de la misma.

En cuanto a la naturaleza de este plazo legal de garantía hay que decir que se trata de un plazo de garantía de carácter análogo al que establece el artículo 1.591 del Código Civil para el contrato de obra. Significa, pues, que se está garantizando el buen funcionamiento y la calidad del producto, pero no que el comprador esté obligado a ejercitar las acciones derivadas de la garantía precisamente dentro de ese plazo. Al no tratarse de un plazo de prescripción ni de caducidad de acciones, es superfluo discutir si es o no posible interrumpir el plazo de garantía, interrogante que sólo tendría sentido si se tratase de un plazo de ejercicio de acciones. Con todo, el mero transcurso del plazo de garantía no equivale a afirmar la irresponsabilidad del vendedor. Pasados los seis meses de garantía legal desde la recepción del bien, el comprador no podrá hacer valer, en efecto, esa garantía, pero sí podrá ejercitar, concurriendo los presupuestos de existencia de cada una de ellas, las acciones generales dimanantes del Código Civil, esto es, la indemnizatoria de daños del artículo 1.101 y siguientes del Código Civil, la impugnatoria del contrato por vicios de la voluntad, y la acción resolutoria de la venta del artículo 1.124 del Código Civil en el caso de que el bien sea inhábil para destinarlo al fin pactado o derivado de su propia naturaleza.

En la práctica es muy corriente, por otro lado, que la competencia comercial haya dado pie hoy en día a que este plazo de garantía sea esgrimido como un incentivo más para la oferta y promoción de los productos de una determinada empresa o firma comercial. Estaríamos aquí hablando, frente a la garantía legal de la que venimos hablando, de la denominada *garantía comercial*, que sería aquella garantía ofrecida unilateralmente por el garante, sea el vendedor, el fabricante o el importador, más allá de las exigencias legales. Y es esta razón, precisamente, lo que ha llevado a considerar, en ocasiones, al Tribunal de Defensa de la Competencia como una práctica restrictiva de la competencia, a cualesquiera acuerdos efectuados entre varias empresas para unificar en el mercado de un determinado ámbito geográfico este plazo de garantía, por entender que su finalidad ha sido evitar o eludir la competencia entre ellas. Así tenemos, por ejemplo, la resolución del *Tribunal de Defensa de la Competencia* de 10 de octubre de 1990 (Sección 2.ª, pleno, expediente 256/89), por la que se sanciona como práctica restrictiva de la competencia un acuerdo que fue tomado por la Asociación Nacional de Fabricantes de Electrodomésticos (*Anfel*), en el que se limitaba y unificaba el mismo plazo de garantía de los productos dentro de este ramo y para todos sus contratos. Es decir, que convendrá tener en cuenta que la competencia no se da sólo en precios y calidades de los productos (en este caso particular se trataba de electrodomésticos), sino también en el *contenido* de las condiciones de garantía que se ofrecen en todos los bienes o productos.

De manera análoga a la mencionada se puede afirmar que, aun cuando esta *garantía comercial* admite un mayor ámbito de configuración por parte del garante, sería posible calificar como publicidad engañosa aquellas eventuales declaraciones por las que el garante asegure garantizar el producto dentro del plazo legalmente establecido, eso sí, siempre que esto sea presentado al público o los clientes como una especificidad de la oferta del producto o del servicio postventa frente a las ofertas de los demás productores. En fin, esta conducta se puede entender que resulta inequívocamente *inveraz*, en cuanto que la garantía no estaría obedeciendo a la libre voluntad del garante sino a una mera imposición legal, y podría inducir a error a sus destinatarios, o bien afectar a su comportamiento económico, o bien ser capaz de perjudicar a un competidor (arts. 4 y 5, *Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de la Publicidad*) (*LGP*).

Conviene tener en cuenta que este plazo de garantía funciona de manera distinta a como lo hacen los plazos de caducidad. Mientras que estos son plazos para el ejercicio de la acción correspondiente, los plazos de garantía se refieren a la aparición del vicio o defecto, y es a partir de ese momento cuando el comprador dispone del plazo de quince años de prescripción del artículo 1.964 del Código Civil para reclamar. Así lo reconoce, por ejemplo, entre otras, la STS de 23 de mayo de 1991.

La fijación del plazo de garantía a que nos referimos puede hacerse de manera directa o indirecta, como puede ser, por ejemplo, marcando o señalando una actividad computable en el tiempo, como ocurre con las distancias recorridas por un automóvil, el número de fotocopias realizadas por la máquina, etc. Asimismo, aunque no se diga nada al respecto en la LOCM, es importante determinar la fecha a partir de la cual comienza a correr el plazo de garantía. Deberá tratarse de una fecha en la que la comprobación del funcionamiento sea factible para el titular de la garantía, circunstancia ésta a tener en cuenta, por ejemplo, cuando estemos ante complejos aparatos cuya instalación exige un tiempo o unas comprobaciones previas.

En otro orden de cosas algunos han sostenido, con un análisis parcialmente simplista, que el plazo legal de seis meses fijado por el legislador ha sido tomado por analogía con el mismo plazo que otorga el Código Civil para las acciones de saneamiento por defectos o vicios ocultos del artículo 1.490 del Código Civil. Pero esto, cuando menos, es criticable, pues ha sido precisamente la brevedad del plazo otorgado una de las razones que ha llevado a la jurisprudencia a recurrir, para la solución de estos supuestos, a la vía del error como vicio y, más generalmente, a admitir la resolución por incumplimiento contractual al amparo del artículo 1.124 del Código Civil (29).

(29) Cfr. PARRA LUCÁN, *Comentarios...*, *ob. cit.*, pág. 217.

Como hemos dicho más arriba, este plazo de seis meses será, en muchos casos, insuficiente, aun cuando no se aprecie especial complejidad en el producto o en su funcionamiento. De ahí, por ejemplo, que sea acogido de buen grado, por la expansión que supone para la siempre creciente protección de los consumidores, el hecho de que la *Directiva 1999/44/CE, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo*, establezca una responsabilidad más prolongada del vendedor para los bienes corpóreos de consumo, siempre que «*la falta de conformidad se manifieste dentro de un plazo de dos años a partir de la entrega del bien*» (art. 5), como veremos más adelante.

E) FORMA Y DOCUMENTACIÓN DE LA GARANTÍA

La garantía de los bienes de naturaleza duradera se formalizará necesariamente por escrito, por el productor o suministrador, y esto como una forma eficaz de tutelar al consumidor. Puede hacerse mediante escritura pública o mediante cualquier modalidad de documento privado, manuscrito o impreso, como documento *ad hoc* o integrando un clausulado de condiciones generales del contrato. En cualquier caso, el documento ha de estar suscrito en forma adecuada por el garante, con su firma, o, lo que es más frecuente, con el sello propio de la casa o empresa que lo garantiza. Sin embargo, la documentación de la garantía no es un requisito *ad substantiam*, de modo que si ésta faltase entrará en aplicación la tradicional obligación de saneamiento, dotada de las innovaciones introducidas por el artículo 11 de la LGDCU, e integrada, en cuanto al plazo, por lo que dicte la buena fe objetiva, y todo ello sin perjuicio de que la no entrega del certificado de garantía pueda constituir la comisión de una infracción administrativa.

El artículo 12.3, párrafo 2.º, de la LOCM dicta que «*para facilitar el ejercicio de este derecho el vendedor en el momento de la entrega del bien extenderá por cuenta del fabricante o importador, o, en su defecto, en nombre propio, el documento de garantía y le proporcionará las instrucciones suficientes para el correcto uso e instalación del artículo, así como para la formulación de las reclamaciones pertinentes*».

Si el vendedor ha prometido verbalmente la garantía, y ello puede probarse, el comprador podría exigir la formalización escrita de la garantía al amparo del artículo 1.279 del Código Civil. Si el documento existió, pero se perdió posteriormente, aparte de su posible reconstitución expidiendo un duplicado del mismo, podrá probarse su existencia por cualquiera de los medios de prueba admitidos en derecho, incluida la prueba testifical (30).

(30) En este mismo sentido, por ejemplo, GARCÍA CANTERO, *Comentarios...*, *ob. cit.*, pág. 380.

F) CONTENIDO MÍNIMO DE LA OBLIGACIÓN DE GARANTÍA: DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL USUARIO

Aparte del contenido mínimo, establecido inderogablemente en el artículo 11.3 de la LGDCU, puede hablarse también de un contenido dispositivo, fruto de la autonomía de la voluntad, y que, como muestra la experiencia de varios países, en gran medida, suele aparecer predispuesto por el productor o suministrador por medio de condiciones generales dentro del contrato de compraventa.

El 11.3 de la LGDCU es, como digo, norma claramente imperativa. En consecuencia, no se admiten pactos en contrario, y de existir los mismos serán nulos de pleno derecho y se tendrán por no puestos, a la luz de su consideración abusiva perfectamente tipificada en el nuevo artículo 10.bis).2 de la LGDCU y Disposición Adicional primera, número 9, de la Ley 7/1998 de CGC, que, a los efectos previstos en ese artículo 10.bis) de la LGDCU, determinó el carácter abusivo de ciertas cláusulas y estipulaciones, y que ya tuvo ocasión de mencionar más arriba.

En este artículo 11.3 de la LGDCU se establece, en primer lugar, la facultad de una reparación gratuita del objeto, y, en segundo lugar, para el caso de que esta reparación no sea satisfactoria y el objeto no revistiese las condiciones óptimas para cumplir el uso a que estuviese destinado, se previene la sustitución del objeto o la devolución del precio pagado. Pero nos preguntamos ahora, ¿es también imperativa esta ordenación jerárquica de los derechos que la garantía otorga al consumidor? Es decir, ¿es necesario que haya existido previamente reparación para que proceda o sea efectiva la sustitución del objeto o la devolución del precio? Pues aunque se sostiene con carácter general que esta sustitución o devolución sí tiene carácter subsidiario (31), en cuyo caso el titular de la garantía tan sólo tendría derecho a la sustitución o devolución cuando hubiere intentado previamente la reparación (32), ello no empece, a mi juicio, para sostener, al mismo tiempo, que la protección del consumidor *no exige* imponer una reparación

(31) Así, por ejemplo, R. BERCOVITZ, *Estudios jurídicos...*, ob. cit., págs. 219-220; PARRA LUCÁN, *Los derechos mínimos del titular de la garantía...*, ob. cit., págs. 538-539; DE LA HAZA, «Garantías de los productos», en *Curso sobre el Nuevo Derecho del Consumidor*, 1990, págs. 183-184.

(32) Para este supuesto, PARRA LUCÁN hace esta puntualización: «Otra cosa es si el garante decide sustituir *desde un principio* la cosa por otra de idénticas características, por ejemplo, cuando la reparación le resulte imposible. En este caso, el consumidor saldrá beneficiado, pero, sin embargo, parece que el garante *no podrá imponer al consumidor* (en el difícilmente imaginable caso de que le interesara) la devolución del precio pagado sin haber *intentado* la reparación, pues con ello privaría al consumidor del bien adquirido, que es precisamente lo que trata de evitar el artículo 11 de la LCU» (cfr. PARRA LUCÁN, *Los derechos mínimos del titular de la garantía...*, ob. cit., pág. 539).

previa para el supuesto, muy corriente por otro lado en la práctica comercial, en que el vendedor *ofrezca la sustitución de la cosa* y al adquirente *le interese* disponer con la mayor brevedad de un objeto nuevo o no reparado.

En suma, no parece que el artículo 11 de la LGDCU haya establecido una jerarquía radical y absoluta en los remedios aplicables, pues siempre cabe hacer, como decimos, matizaciones de importante trascendencia práctica. Además, dentro de este punto de vista que mantenemos, hay que reseñar que es de suma importancia también la mayor o menor gravedad de los defectos de que adolezca la cosa. Si el defecto es calificado de *grave*, de forma que pueda preverse que con la reparación difícilmente se recuperarán las condiciones óptimas de uso del objeto, o que la reparación supondrá un sacrificio al comprador superior a lo que es razonable atendiendo a la buena fe, éste tendrá derecho a solicitar *indistintamente* la sustitución o la resolución del contrato. Ahora bien, si el defecto es calificado como de *poca entidad* y fácilmente reparable, la solución normal será que el comprador acuda, en primer lugar, a la reparación, y si ésta no le es satisfactoria, podrá pedir la sustitución o la resolución (33).

Otra situación diversa de la anteriormente expuesta es que se hubiere puntualizado en el mismo contrato que el garante haya decidido sustituir *desde un principio* la cosa por otra de idénticas características, como ocurrirá, por ejemplo, cuando la reparación le resulte imposible de realizar. En este caso particular, el consumidor saldrá beneficiado, pero, sin embargo, parece que el garante *no podrá imponer al consumidor la devolución del precio pagado*, en el caso difícilmente imaginable de que le interesara, sin haber *intentado antes* la reparación, pues con ello privaría al consumidor del bien adquirido, que es precisamente lo que trata de evitar el artículo 11 de la LGDCU (34). Además, dentro del comercio, se puede observar, con cierta frecuencia, el supuesto de hecho en el que algunos vendedores ofrecen la posibilidad de sustituir el objeto comprado o la de devolver el dinero dentro de la misma publicidad del producto, y los compradores que reciben esa oferta, normalmente, la acogen de modo satisfactorio. Al mismo tiempo, al suministrador le puede resultar *más fácil* sustituir el objeto defectuoso que el hecho de acometer una reparación costosa para la que, tal vez, carece de personal y medios especializados. Tampoco parece razonable que, fracasada una primera reparación del bien, el comprador deba soportar otra u otras posteriormente. Pero vayamos por partes.

(33) Cfr. RUBIO GARRIDO, *ob. cit.*, págs. 903-905; A. BERCOVITZ, *Estudios jurídicos...*, *ob. cit.*, pág. 157.

(34) Cfr. Por todos, PARRA LUCÁN, *Los derechos mínimos del titular de la garantía...*, *ob. cit.*, pág. 539.

1.º *Vicio o defecto objeto de la garantía*

El texto legal habla de «*vicios o defectos originarios*» [art. 11.3.a) LGDCU] y de «*las condiciones óptimas para cumplir el uso a que estuviese destinado*» el objeto [art. 11.3.b) LGDCU] y, también, no conviene olvidarlo, de «*calidad o nivel de prestación*» (art. 11.1 LGDCU), por ser éste un lenguaje más claro y con mayor penetración social.

Dentro de una interpretación amplia debe entenderse que cuando se habla de *vicios originarios* quiere decirse que tales vicios o defectos deberán ser preexistentes al contrato, bastando que la causa de la que se deriva el defecto de la cosa sea *anterior* a la conclusión del contrato, aunque este defecto se *manifieste* dentro del plazo de duración de la garantía. Se presume así que los vicios o defectos que se manifiestan durante la garantía ya existían *originariamente*. Esta presunción puede decirse que vendría exigida por constituir esta garantía una obligación de resultado, dado el carácter autónomo que posee respecto a las otras medidas sancionadoras de la prestación defectuosa.

Con carácter general se viene entendiendo, asimismo, que si el objeto adquirido, durante el tiempo que dura la garantía, sufre un *desgaste natural* que impida su uso «*en condiciones óptimas*» también habrá que interpretar que ahí existe un defecto originario. Otra cosa sería que el desgaste experimentado por el objeto se hubiera producido como consecuencia de *no observar* el comprador las indicaciones suministradas por el vendedor o productor en cuanto al uso o conservación del mismo. De igual modo quedaría liberado el garante de la obligación de reparar si el adquirente del bien lo hubiese utilizado con fines industriales, por ejemplo, cuando su destino era inequívocamente el uso doméstico.

Esta garantía sólo obliga a reparar los vicios de la cosa debidos a una fabricación defectuosa, o a la inadecuación propia de los materiales empleados en su elaboración, o a una mala conservación por parte del fabricante o distribuidor, pero, en ningún caso, exigirá reparar los defectos producidos por un mal uso o deficiente conservación del objeto, ya que, en estos supuestos, el vicio no sería *originario*. Igualmente esta garantía, además, suele excluir en la práctica corriente las siguientes hipótesis: uso indebido del aparato, o de forma distinta a la especificada en las instrucciones, o de forma abusiva (uso industrial o semi-industrial no contemplado en la garantía, por ejemplo), funcionamiento con voltaje inadecuado, averías y roturas causadas por equivocada instalación, uso equivocado del aparato, falta de mantenimiento, etc. En todos estos casos la prueba del uso anormal del objeto también corresponde al vendedor.

El artículo 11.3 de la LGDCU no exige que el vicio o defecto sea oculto sino tan solo *originario*, con lo que la LGDCU reconoce al titular de la garantía el derecho a la reparación de los vicios no ocultos o aparentes, siendo

nula la renuncia al mismo o la imposición de tal requisito contenida en cláusulas generales (35).

En cuanto a la prueba del vicio o defecto, la mayoría de la doctrina admite la presunción de que todos los vicios o defectos que aparezcan en el plazo de la duración de la garantía son originarios, salvo prueba en contrario a cargo del productor o suministrador. En cualquier caso conviene apuntar que la dificultad de la prueba a cargo del consumidor amenaza con hacer ilusoria la garantía, si se tiene en cuenta que, en muchas ocasiones, se da una inexperiencia del consumidor o usuario, y, casi siempre, existe la dificultad de comprobar el correcto funcionamiento de un bien de estructura y características técnicas complejas. De ahí que se admita esta posibilidad en algunos ordenamientos jurídicos, como el francés, por ejemplo (36).

También recaerá sobre el productor o suministrador la carga de probar que el vicio o defecto es debido a un uso indebido del aparato o de la máquina, al empleo de un voltaje inadecuado, a una instalación impropia, etc., circunstancias todas ellas que suelen incluirse en las garantías convencionales como excluyentes de su aplicación (37). Por otra parte, por lo general, no será necesario probar el concreto defecto de que adolece la cosa, pues bastará solamente demostrar que ésta no funciona de acuerdo con la utilidad que de la misma cabría legítimamente esperar (38).

De la eventual complejidad que pueda darse en estas cuestiones da fe, por ejemplo, la STS de 23 de mayo de 1991, la cual sentenció sobre la adquisición de un vehículo automóvil, que, estando en período de garantía, se incendió y quedó calcinado. Para este supuesto entendió el TS que al comprador le bastaba probar que el vehículo siniestrado se perdió por incendio cuando era utilizado correctamente por su comprador, siendo el vendedor, si no quería responder del siniestro, quien debería probar o bien la existencia de alguna causa de exoneración de la responsabilidad pactada, o bien que el vicio de la cosa no era originario, o bien, en último término, que el comprador no había

(35) En este sentido PARRA LUCÁN, *Los derechos mínimos del titular de la garantía...*, *ob. cit.*, pág. 534, y GARCÍA CANTERO, *ob. cit.*, pág. 383. Para RUBIO GARRIDO el artículo 1.484 del Código Civil ofrece un criterio (comprador perito/profano) que hubiese permitido llegar mediante el recurso de la buena fe objetiva a conclusiones similares en la mayoría de los casos, *ob. cit.*, pág. 897.

(36) En este sentido, por ejemplo, puede verse al profesor DUQUE DOMÍNGUEZ, *ob. cit.*, pág. 79. En contra de la opinión mayoritaria, puede verse a RUBIO GARRIDO, *ob. cit.*, págs. 898-899.

(37) A esta opinión se adhiere GARCÍA CANTERO, *ob. cit.*, pág. 383. En contra, RUBIO GARRIDO, para quien «en el artículo 11 no hay presunción de originaria defectuosidad, ni existe ninguna inversión de la carga de la prueba; hay un estricto funcionamiento del régimen probatorio de la responsabilidad contractual», *ob. cit.*, pág. 898.

(38) En este sentido, RUBIO GARRIDO, *ob. cit.*, pág. 899; FENOY PICÓN, *Falta de conformidad e incumplimiento en la compraventa (Evolución del ordenamiento español)*, 1996, pág. 353.

llevado a cabo el mantenimiento adecuado de su vehículo exigido en este tipo de garantías de automóviles. Así todo, con opinión fundada, algún sector de la doctrina no está de acuerdo con este razonamiento de la sentencia, pues piensa que el comprador sí debería probar en este caso el concreto vicio o defecto de fabricación que impide el uso a que estuviese destinada la cosa, pues, a su juicio, no se establece en nuestro ordenamiento presunción legal alguna a favor de los consumidores. De esta manera, y dentro de este supuesto, el TS estaría confundiendo en esta sentencia el tema de la culpa con el tema del nexo causal, no siendo aceptable que, en ausencia de esa presunción legal en nuestro ordenamiento, sea el fabricante del automóvil quien deba probar —como se exigió realmente por la Sala— que el incendio del coche se produjo por una causa ajena a él (39).

Cabe apuntar, en fin, que ya con antelación a la aprobación de la *Directiva 1999/44/CE, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo*, algún autor había creído ver dentro del propio articulado de la Ley 26/1984, la posibilidad de deducir todo lo anteriormente expuesto, y ello tanto del contenido de su propio artículo 11.1 de la LGDCU, cuando se especifica que el régimen de garantía deberá permitir la posibilidad de «*hacer efectivas las garantías de calidad o nivel de prestación*», como, más específicamente, dentro del artículo 8.1 de la LGDCU, cuando se refiere a la exigibilidad de las «*prestaciones propias de cada producto o servicio (...), aun cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado o en el documento o comprobante recibido*». Este concepto de *prestación propia*, que, por lo que vemos, vendría a ser capital dentro de esta interpretación, se fundamentaría, a su entender, en la legítima expectativa del consumidor sobre un determinado bien o servicio, es decir, en la legítima confianza generada en éste, atendiendo tanto a la *lex artis*, como a los reglamentos y a la normalidad social. La admisión de la existencia de esta *prestación propia* en cada contrato se convertiría así en un hábil comodín dentro del libre mecanismo hermenéutico, que no sustituiría la aplicación de los usos y la buena fe, y que se podría desplegar en la práctica hasta en cuatro vertientes distintas, a saber: en la interpretación de los contratos; en la determinación de lo que puede considerarse prestación disconforme o defectuosa; en la superación de la deficiencia de rango normativo que presentan las normas reglamentarias destinadas a la protección del consumidor; y, en último lugar, como instrumento de control de la autonomía de la voluntad (40).

(39) Cfr. R. BERCOVITZ, «Comentario a la STS de 23 de mayo de 1991», en *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil (CCJC)*, núm. 26, 1991, págs. 603 y sigs.; *ibídem*, «Comentario a la STS de 23 de junio de 1993», en *CCJC*, núm. 33, 1993, págs. 863 y sigs.

(40) Cfr. CAVANILLAS MÚGICA, «Las prestaciones propias de cada producto o servicio (art. 8.1 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios)», en *Aranzadi Civil*, 1993-I, págs. 1839 y sigs.

2.º *La reparación gratuita y la indemnización de los daños y perjuicios causados por el vicio o defecto*

La reparación es *totalmente* gratuita, lo que supone que el garante debe correr con los gastos de material, mano de obra y eventual transporte del objeto al taller de reparaciones. Esta es una de las cuestiones que contrasta más con algunos aspectos de la práctica actual en España en esta materia, pues resulta habitual que la casa vendedora tenga contratado un servicio de reparaciones al que da traslado de los avisos recibidos de sus clientes, y luego se desentienda de la factura que aquél servicio pasa a éstos. En el mejor de los casos se acepta con facilidad que las piezas de repuesto sean gratuitas, pero es frecuente que el sujeto reparador cargue con los gastos de traslado e incluso de mano de obra. En todo caso, la gratuidad deberá ser interpretada a la luz de la buena fe objetiva, y sería contrario a ella, por ejemplo, el hecho de que el comprador se negase a llevar personalmente al establecimiento cualquier objeto mueble defectuoso fácilmente transportable.

Con el término *reparación* aplicado a los daños y perjuicios parece claro el propósito legislativo de que el vendedor o suministrador indemnice al consumidor o usuario de los daños y perjuicios que el vicio o defecto le ha podido ocasionar. Se trata, en realidad, de una aplicación del artículo 1.101 del Código Civil más que de un supuesto de culpa extracontractual, y se regirá por las reglas generales en estas cuestiones, con necesidad de probar el *damnum emergens* y el *lucrum cesans*.

En el artículo 1.1.3.a) de la LGDCU, la indemnización sólo aparece mencionada junto a la acción de reparación del objeto, lo que puede hacer dudar sobre si el titular de la garantía tendrá también derecho a la misma en el supuesto que ejerce la acción de sustitución del objeto o la de devolución del precio del artículo 1.1.3.b) de la LGDCU. La mayoría de la doctrina viene inclinándose por una respuesta positiva, aunque sólo fuera por el hecho de entender que se trata de una aplicación más de los artículos 1.101 ó 1.124 del Código Civil (41).

No se dice nada en la LGDCU acerca del plazo de duración de la reparación. Se entenderá que deberá realizarse en un *plazo razonable atendidas las circunstancias*, y, en última instancia, lo fijará el juez de acuerdo con el artículo 1.128 del Código Civil. Por otra parte, la apreciación de que la reparación se ha hecho de modo satisfactorio no puede quedar a la discreción del garante. Así, es práctica habitual que se pida la aprobación del adquirente del bien, y, en caso de discrepancia, que se solicite una aprobación pericial.

(41) Así, DUQUE, *ob. cit.*, pág. 77; R. BERCOVITZ, *Estudios jurídicos...*, *ob. cit.*, pág. 221; PARRA LUCÁN, *Los derechos mínimos del titular de la garantía...*, *ob. cit.*, pág. 545; GARCÍA CANTERO, *ob. cit.*, págs. 387-388.

Debe entenderse, asimismo, que la reparación hecha queda sujeta de nuevo a la garantía inicial, de modo que el plazo comenzará a correr otra vez una vez realizada aquélla. Si fracasara la primera reparación, cabría solicitar una segunda, pero ésta no podría imponérsele al garante con arreglo a los principios de buena fe: en este caso ya no se satisfaría el razonable interés del comprador de disponer de un objeto nuevo, y habría que hablar de *incumplimiento* en cuanto que la reparación no habría sido satisfactoria. También habrá incumplimiento de la obligación de reparar si se dilatará notablemente la reparación del bien, o si el que hubiere hecho la reparación se negara a entregar el objeto reparado sin que el comprador le abonara su importe.

A propósito de esta acción indemnizatoria se ha planteado su relación con los artículos 25 y siguientes de la LGDCU (42). Son diversas las posibles interpretaciones doctrinales sobre el régimen de responsabilidad de los artículos 25 y siguientes de la LGDCU, esto es, acerca de si éstos contemplan una responsabilidad subjetiva u objetiva, contractual o extracontractual. Pues bien, mayoritariamente, se ha entendido que se trata de una responsabilidad extracontractual (43), aunque también hay quien ha sostenido que dentro de estos artículos de la LGDCU se incluye tanto la responsabilidad contractual como la extracontractual (44), o bien que ese articulado hay que entenderlo y aplicarlo al margen de esta distinción. La postura del TS puede verse, por ejemplo, en la STS de 23 de mayo de 1991, que califica como responsabilidad objetiva la del artículo 28 y como subjetiva la de los artículos 25, 26 y 27; o en la STS de 29 de mayo de 1993, que entiende el artículo 26 como una responsabilidad subjetiva; o la STS de 23 de junio de 1993, que aplica el artículo 28 como una responsabilidad objetiva.

Más concretamente, y por lo que se refiere a la extensión que pudieran tener los daños indemnizables, se ha planteado también su relación con los artículos 25 y siguientes de la LGDCU. Normalmente el problema se enfoca de distinta manera según se diferencien o no los diferentes tipos de daños

(42) Por ejemplo, GARCÍA AMIGO, «La defensa de los consumidores desde el Derecho Privado», en *Revista de Derecho Privado*, 1985; *ibidem*, «Ley para defensa de los consumidores y usuarios: responsabilidad civil extracontractual», en *Actualidad Civil*, 1986; CAVANILLAS MÚGICA, *Responsabilidad civil y protección del consumidor*, 1985; SEQUEIRA MARTÍN, «El derecho a la indemnización de daños y perjuicios en la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (RCDI)*, 1986; PARRA LUCÁN, *Daños por productos y protección del consumidor*, 1990; R. BERCOVITZ, «Comentarios a los artículos 25, 26, 27 y 28», en *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, 1992.

(43) Cfr. GARCÍA AMIGO, «La Ley para la Defensa de los consumidores y usuarios: responsabilidad civil extracontractual», en *Actualidad Civil*, 1986-1, págs. 1209-1222.

(44) Cfr. R. BERCOVITZ, «Comentarios a los artículos 25, 26, 27 y 28», en *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, 1992, págs. 681-729.

ocasionados. Así, algunos sostienen que los daños que se circunscriben exclusivamente a la *calidad del objeto o producto*, se deben solventar dentro del capítulo III de la LGDCU, que regula la «*protección de los intereses económicos y sociales*», en el que se sitúa el artículo 11.3 de la LGDCU, mientras que cualesquiera otros posibles daños que puedan derivarse del carácter defectuoso de la cosa, por tratarse de *daños económicos* derivados de un incumplimiento o cumplimiento defectuoso de una prestación (daños patrimoniales, a la salud, vida o integridad física, por ejemplo), deberán ir, a su juicio, al capítulo VIII de la LGDCU, esto es, a los artículos 25 y siguientes, que son los que se refieren a las «*garantías y responsabilidades*» (45). Otros autores, sin embargo, se separan de esta interpretación restrictiva, y entienden que los artículos 25 y siguientes de la LGDCU incluyen todo tipo de daños, sin hacer distinciones entre ellos, sosteniendo, además, que puede darse en la práctica un concurso de la acción indemnizatoria del 11.3 de la LGDCU y las correspondientes acciones que deriven de los artículos 25 y siguientes de la misma ley (46).

Por su parte, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, por ejemplo en la sentencia de 20 de octubre de 1990, ha tenido presente la eventual conexión del artículo 11.3 de la LGDCU con los artículos 25 y siguientes de la misma. En esta sentencia se resuelve sobre la adquisición de un vehículo automóvil, cuyo motor no funcionó correctamente. Si bien la garantía fue ofertada por el fabricante, el comprador demandó al vendedor, que era un concesionario oficial de la marca. La primera y la segunda instancia desestimaron la pretensión del comprador, al admitir la excepción de falta de legitimación pasiva, alegada por el demandado. Sin embargo, el Tribunal Supremo sí estimo la existencia de legitimación pasiva del vendedor, en virtud del artículo 27.1.a) de la LGDCU. Asimismo, la sentencia entendió que el comprador no había renunciado al beneficio de la solidaridad del 27.2 del mismo, tantas veces invocado por ella, procediendo, a continuación, a aplicar el artículo 1.1.3.a) de la LGDCU. Se condenó, en consecuencia, al vendedor, por ministerio de la ley, a la reparación gratuita del vehículo automóvil, sin perjuicio del derecho de repetición que pudiera corresponderle.

Se ha criticado, sin embargo, esa STS de 20 de octubre de 1990, por entenderse que la responsabilidad solidaria no parece que pueda extenderse a la responsabilidad del artículo 1.1 de la LGDCU. Así, la responsabilidad del 27.2 de la LGDCU para fabricante, intermediario y vendedor, se refiere a la

(45) Así, por ejemplo, SEQUEIRA MARTÍN, *El derecho a la indemnización...*, ob. cit., págs. 1453 y sigs.; CAVANILLAS MÚGICA, *Responsabilidad civil...*, ob. cit., págs. 131 y sigs.

(46) En este sentido, PARRA LUCÁN, *Los derechos mínimos del titular de la garantía...*, ob. cit., págs. 548 y sigs.; *ibidem*, «Daños por productos...», ob. cit., págs. 435 y sigs.; RUBIO GARRIDO, ob. cit., págs. 905 y sigs.

responsabilidad prevista por la ley para el vendedor, es decir, la correspondiente a los artículos 1.101, 1.124 y 1.484 y siguientes del Código Civil. La novedad que aportaría el artículo 27.2 de la LGDCU está en extender las obligaciones y responsabilidades del vendedor a sujetos ajenos al contrato de compraventa, pero bien entendido que, de este mismo artículo 27.2, no cabe deducir que cualquier responsabilidad o garantía que pacte cualquiera de ellos con el comprador afecte, directamente, en los mismos términos frente a éste (solidaridad) a todos los demás sujetos. Es decir, que, según los que critican aquella sentencia, no se puede deducir que la garantía ofrecida por el fabricante obligue también solidariamente al vendedor en este caso, tal y como concluye erróneamente la misma. En suma, que la garantía del artículo 11.2 de la LGDCU debe operar con independencia de la responsabilidad legal del vendedor, fabricante e intermediarios (arts. 1.101, 1.124 y 1.484 y siguientes del Código Civil), sobre todo cuando el garante no sea el vendedor, sino el fabricante (47).

Con la *Ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos (LRCP)*, esas cuestiones pueden verse desde otra perspectiva, sobre todo lo que respecta, al menos, a la relación que tiene la garantía del artículo 11 de la LGDCU con la acción indemnizatoria por los daños causados por el bien. Si bien los artículos 25 y siguientes de la LGDCU seguirán aplicándose a los productos puestos en circulación antes de la entrada en vigor de la Ley 22/1994, será cada vez más difícil que la garantía que haya podido darse al consumidor llegue hasta el momento presente. Y, en cuanto a los bienes a los que ya se les aplica esta Ley 22/1994, la cuestión de la relación entre la garantía del artículo 11 de la LGDCU y la acción indemnizatoria quizá se traslade, en parte, al artículo 10.1 de la LRCP. Este artículo indica que la Ley 22/1994 se aplicará a «*los supuestos de muerte y lesiones corporales, así como los daños causados en cosas distintas del propio producto defectuoso, siempre que la cosa dañada se halle objetivamente destinada al uso o consumo privados y en tal concepto haya sido utilizada principalmente por el perjudicado. En este último caso se deducirá una franquicia de 65.000 pesetas*». En consecuencia, parecen distinguirse dos campos de actuación separados: por un lado, estaría todo aquello que tiene que ver estrictamente con el objeto del contrato, que se acoge a la garantía del artículo 11 de la LGDCU, y, por otro, estarían todos los demás daños que el objeto haya podido causar y que pueden acogerse a la *LRCP de 6 de julio de 1994*, cuando se exigen al fabricante, importador o suministrador conforme a los artículos 1, 4 y Disposición Adicional única de la misma Ley. Esta dis-

(47) Por todos, R. BERCOVITZ, «Comentario a la STS de 20 de octubre de 1990», en *CCJC*, núm. 24, 1990, págs. 1080-1081; *ibidem*, «Estudios jurídicos...», *ob. cit.*, pág. 218.

tinción podría basarse en la idea de diferenciar el problema de la utilidad o calidad del bien y el de su seguridad, con base en el artículo 3 de la Ley 22/1994, que liga el concepto de producto defectuoso al concepto de «seguridad que cabría legítimamente esperar» del mismo (48).

3.º El derecho de optar del adquirente

Este derecho surge cuando «la reparación efectuada no fuera satisfactoria y el objeto no revistiese las condiciones óptimas para cumplir el uso a que estuviese destinado» [art. 11.3.b) LGDCU]. No obstante, se ha venido sosteniendo con acierto que, en algunos supuestos, puede ampliarse esta facultad de elegir la sustitución del objeto en lugar de su reparación. Así ocurrirá, por ejemplo, cuando es el vendedor quien ofrece directamente la sustitución y al adquirente le interesa disponer de inmediato de un objeto nuevo y no reparado, sin tener que esperar, en consecuencia, a su reparación. Serán aquellos casos también en que al garante le resulta más rentable sustituir que reparar, como acontece en el supuesto en que éste carezca de personal especializado para ello o que la reparación resulte excesivamente costosa en el lugar en que se celebró el contrato.

Este derecho de opción es *subsidiario* de la reparación y es una facultad otorgada exclusivamente al comprador, quien deberá elegir entre la sustitución o la resolución del contrato con devolución del precio. El garante no puede imponerle ninguna de ellas en ningún caso. Deben considerarse nulas aquellas cláusulas de las garantías convencionales que desconozcan o eludan esta facultad de elección. Para el garante se trata de una obligación alternativa, de modo que sólo está obligado a cumplir *una* de esas prestaciones. En el caso de que, después de haber optado por la sustitución del objeto, se compruebe que ya no hay objetos de ese modelo en el mercado, cabrá la posibilidad de elegir la devolución del precio.

(48) Cfr. FENOY PICÓN, *Falta de conformidad e incumplimiento en la compraventa...*, ob. cit., pág. 362. Ya que la Disposición Final de la Ley 22/1994 excluye los artículos 25 a 28 de la LGDCU de su eventual aplicación «a la responsabilidad por daños causados por productos defectuosos incluidos en el artículo 2 de la presente Ley». FENOY PICÓN excluye también las garantías dadas a las viviendas, si se entiende que los artículos 25 y siguientes les son aplicables, así como también la que pueda otorgarse a prestaciones o servicios. Para esta autora, en ambos casos, los artículos 25 y siguientes LGDCU continúan vigentes. En cambio no interesa, a su juicio, en el caso de las «materias primas agrarias y ganaderas y los productos de la caza y de la pesca que no hayan sufrido transformación inicial» (art. 2.1, Ley 22/1994), pues no deben considerarse «bienes de naturaleza duradera». Puede verse también DE LA VEGA GARCÍA, *Responsabilidad civil derivada del producto defectuoso*, 1998, págs. 145-154; JIMÉNEZ LIÉBANA, *Responsabilidad civil: daños causados por productos defectuosos*, 1998, págs. 471-486.

4.º *La sustitución del objeto por otro de idénticas características y la resolución del contrato con devolución del precio pagado*

Se trata con esta garantía de satisfacer en su *integridad* el interés del consumidor: la entrega de un objeto idéntico al que se adquirió. Aquí debe cumplirse el *principio de identidad* de las prestaciones, y para ello es necesario entregar otro objeto perteneciente al mismo modelo y serie, puesto que se está pensando en un mercado en el que prima la producción en masa. Puede haber problemas cuando hay variedades no esenciales dentro de cada serie o modelo (por ejemplo, de color, tapizado o forrado, etc.), que habrán de resolverse, caso por caso, conforme a los criterios de la buena fe objetiva. Es obvio que el adquirente para recibir el objeto nuevo deberá entregar el defectuoso con todos sus accesorios. Se entiende que la garantía se extenderá al objeto entregado en sustitución y comenzará a regir a partir de la entrega. Aunque la ley guarde silencio, la doctrina es unánime al entender que a la sustitución puede acompañar la indemnización de daños y perjuicios.

El artículo 11.3.b) de la LGDCU, al decir «*devolución del precio pagado*» se refiere a la resolución del contrato, si bien se está hablando tan sólo de sus efectos: restitución de las prestaciones realizadas. El artículo 11.1 de la LGDCU, por su parte, habla de «*obtener la devolución equitativa del precio de mercado del producto o servicio, total o parcialmente, en caso de incumplimiento*». La doctrina entiende que, normalmente, la resolución de un contrato debe dar lugar a la restitución de las prestaciones realizadas, pero el artículo 11.1 de la LGDCU no habla de la devolución del dinero recibido del consumidor, sino del *precio de mercado*. Quizá con ello se ha pretendido asegurar al consumidor, frustrado en sus expectativas, que va a recibir el dinero del producto que deseaba y al que tenía derecho. Pero ese fin se podría haber alcanzado por la vía de la indemnización de daños y perjuicios que deriva de cualquier caso de incumplimiento (arts. 1.101 y 1.124 del Código Civil). A ello hay que añadir que, aunque esto no es lo normal, esa previsión del artículo 11.1 de la LGDCU puede producir situaciones injustas tanto en favor del consumidor como en favor del empresario (49).

Ahora bien, el 11.1 de la LGDCU se refiere a «*la devolución equitativa del precio de mercado*», mientras que en el apartado 3.b) del mismo precepto, como digo, tan sólo se habla de «*la devolución del precio pagado*». Como se viene poniendo de relieve por la doctrina, esta contradicción es insalvable, salvo si se opta por equiparar el precio de mercado con el precio del contrato en cuestión, con lo que el artículo 11.1 de la LGDCU no presentará básicamente novedad alguna en relación con la resolución del contrato por incumplimiento del productor o suministrador.

(49) Cfr. R. BERCOVITZ, *Estudios jurídicos...*, ob. cit., pág. 216.

La referencia a la equidad —art. 3.2 del Código Civil— puede hacer intervenir todo tipo de factores en favor de cualquiera de las partes, moderando las consecuencias indeseables de un automatismo excesivo, mientras que la referencia a la devolución del precio, *total o parcialmente*, se relaciona con el hecho de que el consumidor haya podido pagar o no todo el precio pactado, como sería el caso, por ejemplo, de que éste estuviese parcialmente aplazado. Con todo, es unánime la postura que sostiene que la resolución contractual puede ir acompañada de la solicitud de indemnización de daños y perjuicios, conforme al régimen general de la resolución (50).

5.º *Efectos que se derivan de la no prestación de garantía*

No se dice nada en la LGDCU y la doctrina ofrece distintas soluciones (51). Existe, además, la posibilidad de aplicar sanciones administrativas al amparo del artículo 34.9 de la LGDCU. En cuanto al ámbito contractual, la respuesta dependerá del carácter que se atribuya a la exigencia de forma escrita para la garantía del artículo 11.2 de la LGDCU (52). Cuando los derechos reconocidos al titular no alcancen el mínimo, se aplicará automáticamente el contenido del artículo 11.3 de la LGDCU. Si lo que falla es el plazo, habrá que fijar judicialmente otro más adecuado para la función que debe cumplir. Si no se entrega el documento con la garantía, se aplicará subsidiariamente lo previsto en dicho precepto durante el plazo que parezca adecuado. En cuanto a la determinación de quién sea el obligado a prestar la garantía, habrá que recurrir a la responsabilidad solidaria del productor y suministrador, sin perjuicio de las relaciones internas que ulteriormente puedan darse entre ellos (53).

(50) En este sentido, R. BERCOVITZ, *Estudios jurídicos...*, *ob. cit.*, págs. 216 y 217. GARCÍA CANTERO mantiene que esta resolución del artículo 11.3.b) de la LGDCU tiene la singularidad, respecto a la del artículo 1.124 del Código Civil, de que en este caso el juez no podrá fijar o señalar el plazo al vendedor (productor, suministrador) para que cumpla su obligación, y ello en aras de la mejor protección del consumidor (cfr. GARCÍA CANTERO, *ob. cit.*, pág. 387).

(51) Esta omisión de la LGDCU, sin embargo, no existía en el texto alternativo del originario Proyecto de Ley de 1981, en su artículo 39.

(52) Cfr. En este sentido LÓPEZ SÁNCHEZ, «La tutela del consumatore in Spagna», en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile (RTDPC)*, pág. 978.

(53) Cfr. R. BERCOVITZ, *Estudios jurídicos...*, *ob. cit.*, pág. 221.

VII. NORMAS RELATIVAS AL SERVICIO TECNICO DE REPUESTOS Y REPARACIONES: CONTRATOS DE REPARACION Y ASISTENCIA TECNICA

Con carácter previo conviene tener en cuenta que según la Disposición Final única, apartado 3.º de la LOCM, el artículo 12.1 de la misma se ampara «*en la competencia exclusiva del Estado para regular el derecho mercantil de la competencia, resultante del número 6 del artículo 149.1 de la Constitución*». Ello significa que la responsabilidad del vendedor por la calidad de los productos vendidos, tal como establece el artículo 12.1, ha de ser idéntica y uniforme en todo el territorio estatal, sin que las Comunidades Autónomas estén legitimadas para inmiscuirse en este régimen de responsabilidad. Pero esta atribución competencial que asigna la LOCM es errónea de este modo dentro del artículo 149.1, apartado 6.º de la CE, por cuanto que, como tiene declarado el TC, resulta incontrovertible que ésta es una materia «*incluirse dentro de los derechos y obligaciones contractuales*», es decir, que el título competencial invocado debería haber sido el del artículo 149.1.8.º de la CE, donde se habla de la competencia exclusiva del Estado en materia que afecta tanto a «*la aplicación y eficacia de las normas jurídicas*» como a «*las bases de las obligaciones contractuales*» (54).

En el mismo sentido parece congruente, además, que el carácter de norma de titularidad estatal asignado tan sólo al apartado 1 del 12 debería extenderse a todo el artículo 12 de la LOCM, de manera que los restantes apartados de éste no quedasen supeditados necesariamente a la legislación autonómica específica sobre la materia, según dispone la Disposición Adicional única, apartado 6.º de la LOCM («*los restantes preceptos —entre ellos el art. 12.2.3.4 de la LOCM— serán de aplicación en defecto de la legislación específica dictada por las Comunidades Autónomas*»). En lo que se refiere a la norma del artículo 12.2 de la LOCM, relativa al plazo mínimo de garantía, es clara que la intención inequívoca del legislador era incluirla dentro de la reserva competencial del Estado, ya que lo que ocurrió es que en el trámite de reforma de la Ley en el Senado, el texto original del artículo 12.1 de la LOCM fue dividido en dos apartados, quedando desplazada así la regulación del plazo mínimo de garantía al apartado 2.º del artículo, olvidándose, al final, de corregir al mismo tiempo, en concordancia con esa división, la Disposición Adicional única de la LOCM en este punto (aplicación supletoria de la LOCM). Por lo que se refiere al artículo 12.3 de la LOCM (servicio técnico, piezas de repuesto) y al artículo 12.4 de la LOCM (recuperación de productos entregados al comerciante para su reparación) pudiera pensarse como veíamos más arriba, por la redacción de la Disposición Adicional única de la LOCM, que las

(54) Cfr. STC 62/1991, de 22 de marzo, FJ 4, apartado d).

Comunidades Autónomas tienen competencia para regular y aplicar estas relaciones jurídicas. Pero esto no es así, ya que la jurisprudencia del TC ha establecido, en reiteradas ocasiones, que las Comunidades Autónomas no tienen competencia para regular el contenido de los contratos entre consumidores y empresarios, por cuanto que lo que se está regulando aquí son derechos y obligaciones que se insertan *ex lege* en el contenido de una relación contractual, legislándose así en contra de lo que previene el artículo 149.1.8.º de la CE. Y todo esto con independencia de que se estén regulando también ahora derechos y obligaciones que, por afectar a la legislación civil y mercantil, serán de la competencia exclusiva del Estado (55).

Algunas sentencias del TC se han declarado acerca de la constitucionalidad de algunas normas autonómicas relativas al servicio postventa que se habían puesto en duda, dándonos nuevas luces sobre este problema. Se entiende por esa jurisprudencia que tales competencias en esta materia no entrañarán un exceso competencial, siempre que aquellas normas se adopten dentro de la normativa estatal, en defensa de los intereses colectivos y de la confianza del mercado, y con el fin de alcanzar el «*logro de los objetivos que indica*» esa normativa estatal (56). De esta manera es admisible y frecuente ver que la normativa de las Comunidades Autónomas sobre este particular señale que los poderes públicos autonómicos tienen la *obligación de hacer efectiva* la prestación de esta garantía por los comerciantes, adoptando las medidas adecuadas para ello, pero sin entrar en la determinación de los derechos y deberes contractuales, que son de titularidad estatal. Asimismo, entra dentro de la esfera de las competencias autonómicas, la previsión que éstas hagan de cualesquiera medidas administrativas tendentes a asegurar el cumplimiento por el vendedor para con el comprador de su deber de información con respecto al servicio postventa cubierto por la garantía. Con ello entiende nuestro TC que no se consagra una nueva obligación civil o mercantil, sino que tan sólo se faculta a la Comunidad Autónoma para que arbitre la actividad de fiscalización que estime pertinente a fin de obtener el cumplimiento de aquel deber de información (57). En este sentido, pues, deberán interpretarse la profusión de normas autonómicas existentes sobre esta materia, y no del que pueda resultar de la literalidad de la Disposición Adicional única de la LOCM, a saber: artículo 12 de la *Ley 5/1985, de 8 de julio, de los Consumidores y Usuarios de Andalucía*; artículo 11 de la *Ley 2/1987, de 9 de abril, del Estatuto del Consumidor y Usuario de la Comunidad Valenciana*; artículos 3, 4 y 5 de la *Ley 1/1990, de 8 de enero, sobre Disciplina del*

(55) Cfr. STC 37/1981, STC 71/1982, STC 88/1986, STC 62/1991, STC 264/1993, STC 284/1993.

(56) Cfr. STC 71/1982, 3 de noviembre, FJ 17.

(57) Cfr. STC 62/1991, 22 de marzo, FJ 4, apartado b).

mercado y Defensa de los Consumidores y Usuarios de Cataluña; artículo 7 de la *Ley 3/1993, de 5 de marzo, del Estatuto del Consumidor de Cataluña*; artículo 14 del *Decreto 44/1995, de 18 de abril, por el que se aprueba el Estatuto de los Consumidores y Usuarios de Extremadura*; artículo 8 de la *Ley 4/1996, de 14 de junio, del Estatuto del Consumidor y Usuario de la Comunidad Autónoma de Aragón*; artículo 28 de la *Ley 1/1998, de 10 de marzo, del Estatuto de los Consumidores y Usuarios de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares*; artículo 9 de la *Ley 6/1998, de 15 de mayo, del Estatuto del Consumidor y Usuario de Cantabria*; artículos 12 y 50 de la *Ley 11/1998, de 9 de julio, de Protección de los Consumidores de la Comunidad de Madrid*; artículos 7, 8 y 9 de la *Ley 11/1998, de 5 de diciembre, para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de Castilla y León*. Idéntico sentido interpretativo habrá que emplear en el articulado que se ocupa de estas materias en otras leyes autonómicas, como, por ejemplo: *Ley 1/1996, de 10 de enero, de Comercio Interior de Andalucía*; *Ley 7/1998, de 15 de octubre, de Comercio Minorista de Castilla-La Mancha*; *Ley 10/1998, de 21 de diciembre, sobre Régimen del Comercio Minorista en la Región de Murcia*; *Ley 16/1999, de 29 de abril, de Comercio Interior de la Comunidad de Madrid*.

Otra cosa distinta a la anterior es preguntarnos sobre una eventual interpretación, propiciada por la propia doctrina del TC, en favor de un mayor grado de competencia de las Comunidades Autónomas en lo tocante exclusivamente al *servicio postventa*, si entenderíamos que este servicio postventa y la garantía *estricto sensu* son materias *distintas y disociables* completamente entre sí. De admitirse esta interpretación, llegaríamos a la conclusión de que el artículo 12 de la LOCM es aplicable en todas las Comunidades Autónomas en lo que se refiere a su regulación de la garantía *estricto sensu*, pero no en lo que afecta al servicio postventa. Esta interpretación sería aceptable, ya que si bien es cierto que la garantía comprende, entre otros extremos, la existencia de un servicio técnico especializado, no lo es menos el hecho de que el consumidor tiene derecho a disfrutar de tal servicio incluso una vez expirado el plazo de garantía determinado legalmente, situación ésta en la que, como puede observarse, el servicio postventa opera con *independencia* de la garantía en sentido estricto. En otras palabras, puede ponerse en entredicho que el régimen del servicio postventa sea una materia ligada en todo caso a una competencia de titularidad estatal del 149.1.8.º de la CE, por cuanto que puede configurarse tal régimen postventa, teóricamente al menos, como un mero conjunto de deberes sujetos a eventuales sanciones administrativas (58).

Con todo hay que tener en cuenta que, si bien las normas relativas al servicio técnico postventa pueden separarse claramente de las que regulan la

(58) Cfr. MARÍN LÓPEZ, «Comentario al artículo 12 LOCM», en *Ordenación del Comercio Minorista*, 1996, pág. 110.

garantía en sentido estricto, no son consideradas, la mayoría de las veces, más que una prolongación del régimen de garantía de calidad de los bienes o productos, bien entendido que estos servicios se puedan ocupar eventualmente del mantenimiento y reparación de los productos más allá de ese período de garantía, aunque esto ya no sea de una forma gratuita. Es práctica común que muchos documentos en los que se explicitan las condiciones de operatividad de la garantía, tal vez en su mayoría, incluyan, como una de las exigencias de la reparación a la que se tiene derecho por garantía, la circunstancia de que ésta se realice en los talleres de asistencia técnica señalados por el propio garante.

El artículo 11.5 de la LGDCU establece que «*en los bienes de naturaleza duradera, el consumidor o usuario tendrá derecho a un adecuado servicio técnico, y a la existencia de repuestos durante un plazo determinado*». Esta exigencia no parece que pueda afectar a todos los bienes de naturaleza duradera que vienen enumerados en el Real Decreto 287/1991, sino tan sólo a aquellos objetos que presenten una cierta complejidad técnica, de manera que haga necesaria la intervención de un especialista que asegure su mantenimiento. En este sentido, habría que excluir la obligatoriedad de este servicio técnico respecto de todos aquellos bienes que, aun siendo considerados de naturaleza duradera, no precisan realmente del mismo, como, por ejemplo, cuando se trate de determinado tipo de mobiliario, enseres domésticos, o juguetes y artículos de recreo y deportes (59).

La crítica principal al artículo 11 de la LGDCU se hizo particularmente en su día a la falta de determinación del plazo que abarcaba esta garantía postventa, tanto en lo que se refiere a la prestación de un adecuado servicio técnico como al suministro de piezas de repuesto. La solución se estimaba que debía ponerse en relación con el tiempo normal en que un bien determinado puede ser utilizado, así como con las legítimas expectativas que tuviese el propio consumidor sobre el mismo. Se cuestiona, hoy en día, si esta «*garantía de un adecuado servicio técnico*» exige que existan unos servicios oficiales de la marca del producto vendido, esto es, que estén dirigidos exclusivamente a la reparación de bienes de la marca a la que se representa. La contestación a esta pregunta debe ser negativa, es decir, que el consumidor no podrá exigir que exista un servicio de asistencia oficial de una determinada marca, sino que tan sólo lo que podrá hacer en la práctica es exigir que el fabricante o productor le suministre información precisa de cuáles son los establecimientos que están en condiciones de reparar, instalar y mantener el producto. El fabricante o productor no se compromete en ningún caso a reparar los artículos que fabrica, pero sí se hace siempre responsable de facilitar, para los

(59) Esta es la opinión, entre otros, de PARRA LUCÁN, *Comentarios...*, *ob. cit.*, pág. 219.

bienes de naturaleza duradera, la información acerca de los servicios técnicos adecuados para realizarla. A este fin de información se dirige, precisamente, el llamado «*documento de garantía*» que debe entregar el vendedor en el momento de la entrega del bien (art. 12.3 LOCM).

El plazo de esta garantía postventa aparece ahora determinado con claridad en la LOCM de 15 de enero de 1996, en la que se habla de «*un plazo mínimo de cinco años a contar desde la fecha en que el producto deje de fabricarse*» (art. 12.3 LOCM).

Esta obligación corresponde, según la LOCM, al *productor*, o, en su defecto, al *importador*. Parece congruente que sea el *productor* o fabricante quien se responsabilice, en primer lugar, ya que es el que está en mejores condiciones de conocer las características y necesidades de conservación y mantenimiento de los bienes o productos. Además es la persona más indicada para indicar cuáles son los servicios técnicos más adecuados, así como para garantizar las piezas de repuesto durante un plazo determinado. El *importador*, en su caso, se hará responsable cuando sea él quien introduzca el producto dentro de España, ya que se presume que conoce las normas vigentes sobre la materia en el momento que las introduce en el territorio. El *vendedor*, pues, quedará libre, si bien puede hacerse eventualmente responsable, con carácter subsidiario, en el caso en que junto con el fabricante o importador, o en defecto de ellos, asuma «*en nombre propio*» la responsabilidad derivada del mismo (art. 12.3, párrafo 2.º, LOCM). No hay razón para excluir una garantía del vendedor que sea adicional a la que presten el productor o el importador. Con todo, sin embargo, nuestra jurisprudencia, con apoyo en el artículo 27.2 de la LGDCU, ha relativizado un tanto esta cuestión y ha hecho que no sea tan importante determinar quién sea el obligado por la garantía, pues frecuentemente condena con carácter solidario a todos los profesionales integrantes de la cadena de producción y venta (STS de 11 de marzo de 1987 y STS de 20 de octubre de 1990). En cualquier caso, parece que carece de sentido la condena del vendedor que no sea responsable de los fallos del producto (60).

(60) Para la profesora DÍAZ ALABART debe entenderse por *productor* tanto aquél que realiza un producto terminado como el mero productor aparente, esto es, el que sin haberlo fabricado, pone o presta simplemente su marca o signo en el producto que comercializa. Esta responsabilidad del productor, o, en su caso, del importador, y de manera subsidiaria del vendedor o suministrador, es similar, a su juicio, a la establecida en la *Ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos* (art. 1 y Disp. Adic. única, con la importante salvedad que establece el art. 4.2 que entiende por importador a «*quien, en el ejercicio de su actividad empresarial, introduce un producto en la Unión Europea para su venta, arrendamiento, arrendamiento financiero o cualquier otra forma de distribución*») [cfr. DÍAZ ALABART, *Comentarios a la Ley de Ordenación del Comercio Minorista (y a la Ley Orgánica Complementaria)*, 1997, pág. 118].

Por otra parte nada impedirá que cuando se trate de un bien importado, el servicio de asistencia técnica sea prestado tanto por el importador como por el fabricante extranjero. En estos casos la invocación exclusiva del importador de la LOCM lo que pretende es que haya necesariamente alguien dentro del territorio español que se responsabilice de la prestación del servicio postventa. Esto comporta que no pueda admitirse la circulación en España de productos extranjeros que no cuenten con un adecuado servicio de asistencia técnica por parte del importador, independientemente de que esto sea asumido o no por el fabricante extranjero. Esta eventual denegación, que supondría una restricción de la libre circulación de bienes dentro de los Estados miembros de la Unión Europea, estaría justificada, en todo caso, en la protección de los intereses de los consumidores (arts. 30 y 153 *TCE*, versión consolidada, antiguos arts. 36 y 129 A).

El servicio postventa ha de atender a todos los adquirentes de los productos de que se trate, y, para ello, éstos no han de justificar nada, bastando la *simple tenencia* del artículo en cuestión, lo que, tratándose de bienes muebles, funciona como presunción de su titularidad (art. 464 del Código Civil). En efecto, el artículo 12.3 de la LOCM especifica, como acabamos de apuntar, que para «*facilitar el ejercicio de este derecho, el vendedor, en el momento de la entrega del bien extenderá por cuenta del fabricante o importador, o, en su defecto, en nombre propio, el documento de garantía*». Este documento no es indispensable para obtener la atención gratuita del servicio técnico durante el período de vigencia, es decir, que no se trata de un documento constitutivo del derecho a la asistencia postventa; bastará con probar la adquisición del objeto, que se presume con tan sólo su tenencia en virtud del artículo 464 del Código Civil, y la fecha de la misma. Es decir, con la acreditación de la compra del bien el comprador podrá disfrutar de la asistencia técnica. El documento solamente *facilita* la garantía, preconstituyéndose así una prueba de la adquisición y del momento en que ésta se realizó. En fin, que el documento allana el camino al consumidor que determine valerse del servicio de asistencia técnica, y la falta de expedición del mismo por parte del vendedor será objeto de sanción administrativa como una *infracción leve* dentro del artículo 64.h) de la LOCM.

En el 12.3 de la LOCM se indica, asimismo, la entrega que debe hacerse al adquirente, por cuenta del fabricante o importador, de «*las instrucciones suficientes para el correcto uso e instalación del artículo, así como para la formulación de las reclamaciones pertinentes*». En principio podría pensarse que con esto no se está más que completando la omisión del artículo 13.1.f) de la LGDCU, en la que no se dice nada acerca de quiénes son los sujetos obligados de informar al consumidor, al expresar éste tan sólo que tales bienes o productos deberán incorporar una «*información veraz, eficaz y suficiente sobre sus características esenciales*», entre las que se incluyen estas ins-

trucciones o advertencias (61). Sin embargo puede añadirse a lo ya indicado, tal y como se viene apuntando, que esta cuestión tan sólo podrá resolverse satisfactoriamente si se pone en conexión con las acciones ejercitables en caso de falta o defecto de información, pues es ahí donde deben ventilarse estos asuntos que afectan al estado de conocimiento del objeto en un momento dado (62). Si una incorrecta información es la causante de la adquisición del objeto deberá hablarse de error, dolo, o, incluso, según las circunstancias concretas, de incumplimiento contractual o cumplimiento defectuoso por parte del vendedor. En la práctica no es el vendedor quien informa al comprador sobre el funcionamiento del producto, sino que las explicaciones más detalladas sobre este particular son dadas por el fabricante en prospectos o manuales de instrucciones. Tampoco el vendedor suele instruir al comprador sobre el sistema de reclamaciones, acaso porque es cuestión de dominio público.

Por otro lado, si la falta de información hace al producto inseguro para el uso razonablemente previsible al que se destina y se causan daños como consecuencia del mismo, habrá que estar al régimen especial de responsabilidad por productos defectuosos, en el que cabe también la posibilidad de exigir responsabilidad civil, junto a la del fabricante e importador, al propio suministrador o vendedor de mala fe, esto es, cuando hubiese entregado el objeto teniendo conocimiento de la existencia del defecto (arts. 1, 3 y Disposición Adicional única, *Ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos*). En cualquier caso, la LOCM exige tener en cuenta la información que estará obligado a proporcionar el vendedor a quien vaya a comprar un objeto que haya dejado de fabricarse o que vaya a serlo en un plazo cierto previsible, pues esta información es determinante a la hora de adquirirla, ya que presumiblemente se verá limitado o privado de la posibilidad de encontrar las piezas de repuesto necesarias durante la vida útil del mismo (63).

En cuanto a la recuperación de lo entregado por el consumidor para su reparación, debe tenerse en cuenta que estamos ante un contrato de obra celebrado junto con el servicio de asistencia. No es correcto hablar, como hace el artículo 12.4 de la LOCM, de la entrega del objeto al *comerciante*, porque normalmente la entrega no se le hará a éste. El plazo de prescripción queda ahora reducido de quince años, previsto en el artículo 1.964 del Cód-

(61) Esta es la opinión de la profesora DÍAZ ALABART, quien pone de relieve cómo en este artículo 12 de la LCU, paradójicamente, se detalla más el contenido de la información al hablarse de «*advertencias y riesgos previsibles*» junto al «*correcto uso o consumo*» (cfr. DÍAZ ALABART, *Comentarios...*, *ob. cit.*, pág. 120).

(62) Cfr. ORTÍ VALLEJO, *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, 1992, pág. 419.

(63) Cfr. GÓMEZ CALLE, *Los deberes precontractuales de información*, 1994, pág. 111.

go Civil, a tres años, contados desde el *momento de la entrega* del objeto para su reparación. En cualquier caso, es frecuente ver en la práctica una serie de cláusulas generales que tratan de limitar a un breve plazo la obligación de recuperar las cosas de estos servicios de asistencia. Aquí habrá que tener en cuenta el eventual carácter abusivo que puedan tener estas cláusulas conforme al nuevo artículo 10.bis) de la LGDCU y a la Disposición Adicional primera de la LCGC, II, 14.^a, de 13 de abril de 1998, al entenderse como abusivas todas aquellas cláusulas que supongan «*la imposición de renunciaciones o limitación de los derechos del consumidor*» (64).

El contenido de este documento de garantía debe entenderse como un complemento de la garantía «*formalizada por escrito*» que regulan el artículo 11.2 y 11.3 de la LGDCU o el 12.2 de la LOCM, pues lo más extendido en la práctica es que en el momento de la venta aparezca, en un único documento escrito, la garantía que salvaguarda la calidad y buen funcionamiento del objeto junto a la información de la existencia de un adecuado servicio técnico y la garantía del suministro de piezas de repuesto. Por su parte, y con carácter necesario, deberá indicarse siempre en el documento la identidad del productor o, en su caso, del importador o del propio vendedor.

El plazo mínimo que se exige, tanto para garantizar la existencia del servicio técnico como para el suministro de piezas de repuesto, es de cinco años, que se computan «*desde la fecha en que el producto deje de fabricarse*» (art. 12.3 LOCM). Al ser un plazo mínimo nos encontramos con que éste podrá ser ampliado con carácter unilateral por el transmitente, al tratarse de una condición ventajosa de la oferta, o bien con carácter bilateral o pactado, normalmente mediante el pago de un precio añadido por el comprador. Por lo demás, y a diferencia de lo que hace el artículo 12.2 de la LOCM, al dejar a salvo las disposiciones legales o reglamentarias específicas sobre duración de la garantía para bienes o servicios concretos, el artículo 12.3 de la LOCM, al no prever nada a este respecto, habrá que entender que el plazo de cinco años será aplicable con carácter general desde la fecha de entrada en vigor de la LOCM, esto es, desde 1996, y para toda clase de bienes.

Al otorgarse un mismo plazo de cinco años para todo tipo de bienes se opta por la seguridad jurídica, pero es inevitable que se produzcan desajustes en la práctica al no distinguirse entre los diversos tipos de bienes, o sus precios, o el tipo de piezas (estéticas, funcionales...), etc. Así pues, habrá que estar a lo que maticen los propios Tribunales, en cada caso, a la hora de

(64) Cfr. PARRA LUCÁN, *Comentarios...*, *ob. cit.*, pág. 227. Mención aparte merece el carácter reglamentista de esta Ley, al remitirse a una reglamentación posterior en la que se establecerán «*los datos que deberá hacer constar el comerciante en el momento en el que se le entrega un objeto para su reparación y las formas en que podrá acreditarse la mencionada entrega*» (art. 12.4 LOCM).

delimitar el alcance del incumplimiento de esta obligación, pues no será lo mismo, por ejemplo, que la pieza de repuesto sea necesaria para el funcionamiento del producto o sea meramente ornamental. De *lege ferenda* deberá tenerse en cuenta que, cuando se trate de bienes duraderos sujetos a continuos avances tecnológicos y, precisamente por ello, de corto período de fabricación y que rápidamente se retiran del mercado, será presumible que el plazo de cinco años previstos en la ley sea, en algunos supuestos, insuficiente (piénsese, por ejemplo, en el caso de los ordenadores, equipos informáticos y de telecomunicaciones).

A) CONSECUENCIAS QUE SE DERIVAN DEL INCUMPLIMIENTO DEL ARTÍCULO 11.5 DE LA LGDCU Y DEL ARTÍCULO 12.3 DE LA LOCM, EN LO QUE AFECTA A UN ADECUADO SERVICIO TÉCNICO Y AL SUMINISTRO DE PIEZAS DE REPUESTO

Con carácter general es el *fabricante* o, en su caso, el *importador* el que asume estas obligaciones frente a los compradores, prestación de un adecuado servicio técnico y suministro de piezas de repuesto, conforme al artículo 12.3, párrafo 1.º de la LOCM. A este fin contribuye, precisamente, la entrega del *documento de garantía* del bien, tal y como previene el artículo 12.3, apartado 2.º, de la misma LOCM, con la tarea de facilitar la realización y prueba de la garantía. A nuestro juicio, desde la promulgación de la LOCM, el vendedor quedará liberado de toda responsabilidad si hace entrega al comprador del documento que, a tal efecto, hubieren predispuesto el fabricante o importador en el momento de la venta, y que es de obligado cumplimiento. Tan sólo se hará responsable el vendedor de tales obligaciones postventa en el supuesto en que el documento lo hubiere extendido éste *en nombre propio* al comprador, bien entendido que el vendedor no tiene ninguna obligación de extender esta documentación al comprador, a no ser que la misma sea consecuencia de una particular relación contractual del vendedor con el fabricante o importador. De no existir este *documento de garantía*, y negándose el vendedor a proporcionarlo al comprador, si se realizase la venta, la responsabilidad será del fabricante o importador en todo caso.

A efectos de las reclamaciones que puedan efectuarse es útil separar radicalmente el contrato de compraventa de la que llamamos garantía postventa, independientemente de que se pueda exigir responsabilidad solidaria del fabricante y del vendedor para asegurarse procesalmente la pretensión por vía de los artículos 27.1.a) y 27.2 de la LGDCU. A nuestro juicio, la responsabilidad del vendedor por el servicio técnico y los repuestos sólo podrá sustanciarse cuando se hubiere pactado expresamente entre ellos. No obstante hay quien considera también que, en caso de incumplimiento de tales obligaciones postventa por parte del fabricante, podría dar lugar a una reclamación ante el

vendedor por incumplimiento de contrato amparándose en dos razones: la primera, por la quiebra que se produce de *las expectativas del consumidor* sobre el uso y disfrute de un bien de naturaleza duradera por el tiempo que razonablemente cabría esperar, y la segunda, por la responsabilidad que le concierne al vendedor profesional por haber sido él quien ha tenido que *escoger entre distintos proveedores* a la hora de adquirir los bienes para su venta, lo que le obligará a tener que soportar el incumplimiento del fabricante, al estar en mejores condiciones que el comprador para conocer tanto la fiabilidad como las probabilidades de un incumplimiento. Es decir, para algunos el incumplimiento del fabricante no debe considerarse, en consecuencia, como un «suceso ajeno a la esfera de control del vendedor», aunque esto es más que discutible. Para éstos lo trascendental sería el hecho de que el vendedor profesional «está en mejores condiciones que el cliente final para conocer tanto su fiabilidad como las probabilidades de un incumplimiento» por parte del fabricante o importador (65).

A mi juicio, sin embargo, no creo que sea posible admitir la posibilidad de hacer responsable al vendedor por una garantía que la ley indeclinablemente asigna al importador en el artículo 12.3 de la LOCM durante un plazo de cinco años, y esto no podrá refutarse ni desde el punto de vista teórico ni desde el práctico. Pensamos que las razones dadas por los que justifican esta posibilidad, aunque sean formalmente *atendibles*, no justifican el paso dado en la línea de reconocer la posibilidad de accionar del comprador contra el vendedor, amparándose en que hay un incumplimiento de contrato. Teóricamente, porque los argumentos invocados por sus apologistas, con base en el Derecho comparado (inglés y francés), y que van desde *la razonable expectativa del comprador* acerca de la duración de un producto de naturaleza perdurable vendido por un profesional (*condition of durability*), hasta los usos que pudieran imponer la obligación de responder de un servicio postventa a determinados vendedores profesionales, no permiten, a mi juicio, explicar convincentemente esa posibilidad de accionar contra el vendedor. Ni tan siquiera, entiendo, podría hacerse una eventual justificación con la sugestiva invocación de la socorrida «*prestación propia*» del artículo 8.1 de la LGDCU. Y desde el punto de vista práctico tampoco parece viable porque, como ellos mismos tienen que reconocer, habitualmente «el comprador sólo podrá ejercitar su acción frente al fabricante porque, según el tiempo transcurrido desde la celebración del contrato, le será difícil la prueba de que el bien fue adquirido a determinado vendedor».

(65) Es la opinión de PARRA LUCÁN, para quien es trascendental el hecho de que el vendedor profesional «está en mejores condiciones que el cliente final para conocer tanto su fiabilidad como las probabilidades de un incumplimiento» por parte del fabricante o importador (cfr. PARRA LUCÁN, *Comentarios...*, *ob. cit.*, págs. 225-226).

Como principio general también puede afirmarse que, para dilucidar estas responsabilidades que atañen al servicio técnico adecuado y el suministro de piezas de repuesto, habrá que estar a las particulares circunstancias de cada contrato celebrado. De esta manera, si aconteciera que dentro del mismo contrato de compraventa el vendedor se hiciera cargo del servicio de asistencia técnica en aras de la autonomía de la voluntad, pudiera ocurrir que, o bien, por las peculiares obligaciones de resultado que de este contrato se deriven, habría que entender que no estamos ante una compraventa en estado puro sino ante un contrato de naturaleza mixta (de compra y de obra o de servicios), o bien, que tal servicio postventa se considera como una prestación accesoria aneja e inseparable del propio contrato de compraventa, y esto aun en el caso de que se esté fuera del período de garantía y sea necesario formalizar un nuevo contrato para reparar el objeto (66). Aquí debe insistirse que nos estamos refiriendo ahora tan sólo al supuesto en que el vendedor se hace cargo voluntariamente, en nombre propio, del servicio técnico postventa, pues de no ser así la responsabilidad será en todo caso del fabricante o importador. La responsabilidad del vendedor por el servicio técnico, en defecto del fabricante o productor, sólo es deducible con carácter voluntario.

Y si hablamos más arriba de contratos de naturaleza mixta merece la pena referirse también, aunque sólo sea incidentalmente, al caso típico y complejo de los *contratos informáticos*, que, en ciertas ocasiones, son calificados como auténticos contratos de obra por algunas sentencias. Así ocurre, por ejemplo, con la STS de 23 de febrero de 1995, o las SSAP de Zaragoza de 17 de mayo de 1991, y de Badajoz de 7 de julio de 1993. En otros casos se habla de un contrato complejo de arrendamiento de equipos informáticos y de servicios de mantenimiento y conservación, pues es muy frecuente que tales contratos lleven anejas prestaciones de asistencia y manutención que las hacen indisolubles (STS de 15 de julio de 1993) o, en fin, puede hablarse también de un mero contrato de compraventa (STS de 21 de noviembre de 1985; SAP Zaragoza de 30 de marzo de 1994) (67).

Pues bien, volviendo al estudio particular de las circunstancias que pueden darse en cada contrato, en primer lugar, en el supuesto de considerarse éste

(66) Y esto, según PARRA LUCÁN, «aun cuando, fuera del período de garantía, el servicio postventa y la reparación de la cosa, requieran la celebración de un nuevo contrato, distinto de la venta» inicial, *Comentarios...*, *ob. cit.*, pág. 223. A nuestro juicio, la garantía postventa, de no existir pacto expreso entre comprador y vendedor, queda al margen del contrato de compraventa inicial. Con mayor razón aún si el comprador, fuera del período de duración de esa garantía, acude al servicio técnico: habrá un nuevo contrato desligado totalmente del anterior, a efectos de la determinación del incumplimiento o cumplimiento defectuoso.

(67) Sobre este particular puede consultarse el trabajo de DELGADO ECHEVARRÍA, «Miscelánea de jurisprudencia sobre programas de ordenador y contratos de informática», en *Aranzadi Civil*, 1996, págs. 181-200.

como un *contrato complejo o mixto* (de compra y de obra o de servicios), habrá que estar a las obligaciones propias que derivan de estos contratos con sus acciones respectivas, y en la que tendrá gran relevancia, sin duda, si se trata de edificaciones o viviendas, el momento en que tenga lugar la entrega y recepción de la obra, o, en el caso del contrato de servicios, el momento en que se satisfaga la prestación del servicio pactado. Por otro lado, de calificarse la relación jurídica, en segundo lugar, como un *contrato de compraventa* al que va unida causalmente la prestación accesoria del servicio postventa, ésta incidirá inequívocamente en la suerte que corra ese contrato. Así, de no cumplirse con el adecuado servicio técnico o el suministro de repuestos, estaremos ante un cumplimiento parcial de la obligación principal, que se encuadra doctrinalmente en el llamado cumplimiento defectuoso. Aquí la pretensión del comprador podrá materializarse en una acción de cumplimiento en forma específica, que exija la reparación o sustitución del bien, a la que podrá añadirse inequívocamente la acción indemnizatoria de daños y perjuicios cuando éstos fuesen imputables al vendedor (art. 1.101 del Código Civil). También podrá solicitarse, para estos casos, una reducción adecuada del precio dado por la cosa (*actio quanti minoris*), y, en última instancia, la resolución del contrato, siempre que se hubiere producido una frustración parcial o total del contrato como consecuencia de ese cumplimiento defectuoso (art. 1.124 del Código Civil). Sería el supuesto, por ejemplo, en que no se encontrara una pieza de repuesto que fuese imprescindible para el funcionamiento del aparato comprado. Pero no podría darse tal resolución contractual, sin embargo, cuando exista una demora injustificada en la reparación, o que la reparación hubiere sido realizada en un taller no concertado, o de inexistencia de recambio no original pero igualmente funcional para la cosa averiada, etc., pues en todos estos supuestos no se da lo que se llama una *frustración* del contrato.

La resolución contractual posee un alcance excepcional y requerirá, de acuerdo con las directrices jurisprudenciales, una frustración total o parcial del contrato. En particular requiere que la prestación defectuosa no sea útil por no servir al fin al que se le había destinado o que el interés del comprador en la resolución sea atendible, por no aparecer la resolución como abusiva o contraria a la buena fe.

En un sentido semejante al anterior, la STS de 9 de octubre de 1981, manifestó expresamente que si la ejecución de una prestación había sido tan defectuosa que «*resulta frustrada la finalidad perseguida por el negocio y el consiguiente interés del acreedor*», en las obligaciones sinalagmáticas será posible actuar exigiendo que se imponga al deudor el cumplimiento o bien optar por la resolución del vínculo (art. 1.124 del Código Civil). Y la STS de 5 de mayo de 1985 también apuntó que el denominado cumplimiento irregular o defectuoso no produce la ineficacia del sinalagma contractual y sí sólo

la posibilidad de instar una ejecución complementaria correcta o una reducción del montante de la contraprestación debida (68).

Nótese, en cualquier caso, cómo estos remedios aquí apuntados se corresponden con los aplicables según la nueva *Directiva 1999/44/CE, de 25 de mayo, sobre determinados aspectos de la venta y garantías de los bienes de consumo*, en lo que afecta precisamente a los *productos o bienes de consumo*, teniendo en cuenta que ésta prevé indistintamente la reducción adecuada del precio o la resolución del contrato, de manera subsidiaria, en los siguientes supuestos y circunstancias: cuando el consumidor no pueda exigir ni la reparación ni la sustitución; cuando el vendedor no hubiera llevado a cabo el saneamiento en un plazo razonable; y, en último lugar, cuando el vendedor no hubiera llevado a cabo el saneamiento sin mayores inconvenientes para el consumidor (art. 3.5 Directiva).

No olvidemos tampoco, volviendo a lo que comentaba más arriba, que las viviendas están incluidas dentro del elenco de bienes de naturaleza duradera del Real Decreto 287/1991, de 8 de marzo. Dentro del amplio concepto de *obra edificatoria* (nueva construcción, ampliación, modificación, reforma, rehabilitación) que se recoge en el artículo 3 de la nueva *Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación (LOE)*, conviene tener en cuenta, además, el carácter formal que se da en la misma a la *recepción de la obra*, la cual deberá consignarse en un acta firmada, al menos, por el promotor y el constructor de la vivienda, si bien se admite también la posibilidad de una recepción *tácita* de la misma, que se producirá transcurridos treinta días desde la fecha de terminación de la obra si el promotor no hubiere manifestado reservas o rechazo motivado por escrito en el acta. Esta fecha de recepción tendrá trascendencia, pues es la que se va a utilizar para la determinación del cómputo inicial —*dies a quo*— de todos los distintos plazos de responsabilidad civil y *garantía* que instaura esta Ley en su artículo 17 (art. 6 LOE).

Dentro de los contratos de servicios a los que también aludía, es sabido que, en la práctica, resulta en ocasiones dudoso saber si un determinado contrato debe ser calificado como arrendamiento de obras o de servicios. La razón deriva de que toda prestación tiende, por esencia, a la satisfacción de un interés, a un resultado que el acreedor juzga útil. Mediante el contrato de servicios se trata de desenvolver una actividad, mientras que por el contrato de obra se persigue el resultado útil de aquella actividad. Los casos dudosos deben resolverse con la presunción favorable al arrendamiento de servicios si el resultado no está en la mano de quien realiza el trabajo (STS de 7 de febrero de 1995). Con todo, particularmente problemático es el caso de los

(68) Cfr. DIEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, II, 1996, págs. 670-671.

contratos de mantenimiento de los equipos informáticos, en donde se entrecruzan los tipos y formas negociales, con profusión de aspectos y matices, y donde adquiere un papel importante el concepto que se dé a la recepción de material informático por las consecuencias jurídicas que puedan derivar de los vicios ocultos (69).

El artículo 11.4 de la LGDCU, por su parte, dispone que se prohíbe «*incrementar los precios de los repuestos al aplicarlos en las reparaciones y cargar por mano de obra, traslado o visita, cantidades superiores a los costes medios estimados en cada sector, debiendo diferenciarse en la factura los distintos conceptos; la lista de precios de los repuestos deberá estar a disposición del público*». Pero podríamos preguntarnos, ¿por qué el artículo 11.5 de la LGDCU, antes citado, sólo se refiere a los bienes de naturaleza duradera? ¿Qué decir de esos *costes medios* de que ahí habla? ¿Quién determina la cualidad de *adecuado* de un servicio técnico? ¿Cómo, por quién y cuándo se fija el plazo para la existencia de repuestos? Como puede verse hay un notable margen de indeterminación e imprecisión en manos de los Tribunales, lo que hizo pensar en su día en la conveniencia de un desarrollo reglamentario de la norma legal pero que nunca llegó a realizarse (70).

No obstante todo lo escrito hasta ahora, conviene tener en cuenta que existen otras normas complementarias que han desarrollado esta cuestión de manera sectorial. Así, por ejemplo, dentro del servicio postventa, tenemos el artículo 16 del *Real Decreto 1457/1986, de 18 de enero, por el que se regula la actividad industrial y la prestación de servicios en los talleres de reparación de vehículos automóviles, de sus equipos y componentes*, y el artículo 6 del *Real Decreto 58/1988, de 29 de enero, sobre protección de los derechos del consumidor en el servicio de reparación de aparatos de uso doméstico*. Pero conviene tener en cuenta que ambas normativas se refieren a garantías en la prestación de servicios y no de productos adquiridos, es decir, lo que se garantiza no es la calidad del *producto*, sino la de la *reparación* efectuada en el mismo (71). Ambas normas administrativas contienen, también, preceptos de carácter civil que completan, desarrollan e integran el artículo 11.4.5 de la LGDCU, que convendrá tener en cuenta. Así, por ejemplo, ahí aparecen recogidos el derecho al presupuesto escrito, a una factura escrita completa y desglosada, a la garantía de las propias reparaciones, etc.

(69) Cfr. *La contratación informática: el nuevo horizonte contractual. Los contratos electrónicos e informáticos*, CARRASCOSA LÓPEZ, POZO ARRANZ, RODRÍGUEZ DE CASTRO, 1997, págs. 166 y sigs.

(70) En efecto, se reservó para una posterior regulación reglamentaria la determinación «*de los datos que deberá hacer constar el comerciante en el momento en que se le entrega un objeto para su reparación y las formas en que podrá acreditarse la mencionada entrega*» (art. 12.4 LOCM).

(71) Cfr. DÍAZ ALABART, *Comentarios...*, ob. cit., pág. 118, nota 22.

En último lugar, el artículo 12.4 de la LOCM se refiere a *«la acción o derecho de recuperación de los géneros entregados por el consumidor o usuario al comerciante para su reparación»*, para la que fija un plazo de prescripción de tres años a partir del momento de la entrega. A esta acción de recuperación cabrá oponer el derecho del comerciante a retener en prenda el objeto reparado hasta cobrar el precio de la reparación (art. 1.600 del Código Civil). Asimismo, el artículo 12.4 de la LOCM, con respecto a la recuperación de los bienes entregados para su reparación, remite a lo que reglamentariamente pueda preverse mediante la consignación de *«los datos que deberá hacer constar el comerciante en el momento en que se le entrega un objeto para su reparación y las formas en que podrá acreditarse la mencionada entrega»*. En el caso específico de los vehículos automóviles y los aparatos electrodomésticos, su régimen particular exige la elaboración de un presupuesto previo de la reparación y la entrega al consumidor de un documento acreditativo de la tenencia del bien por parte del comerciante.

No prevé la LOCM, en sus artículos 64 a 67, ninguna infracción administrativa en la que expresamente se tipifiquen comportamientos del empresario, relacionados con la garantía por productos, que supongan un incumplimiento de lo prevenido en el artículo 12 y concordantes de la misma LOCM. De esta manera, las conductas que constituyan una inobservancia de las obligaciones impuestas en este precepto (vendedor que no entregue el documento de garantía exigido, negativa a reparar el bien que se encuentra en el plazo de garantía, inexistencia de piezas de repuesto en el plazo señalado, etc.) únicamente podrán ser sancionadas como meras infracciones *leves* al amparo de la *genérica* tipificación que aparece en la LOCM, es decir, por tratarse del *«incumplimiento de las obligaciones establecidas en la presente Ley o en normas dictadas para su desarrollo, que no sean objeto de sanción específica»* [art. 64.f) LOCM].

Por otra parte, aquí se plantea un problema de colisión entre las infracciones recogidas con carácter genérico en el artículo 64.f) de la LOCM y las que se contemplan en el *Real Decreto 1945/1983, de 22 de junio, por el que se regulan las infracciones y sanciones en materia de defensa del consumidor y de la producción agroalimentaria*. En efecto, puede verse cómo el artículo 3.1.5 de éste tipifica, por ejemplo, de infracción en materia de protección al consumidor, *«el fraude en la garantía y en el arreglo o reparación de bienes de consumo duradero por incumplimiento de las normas técnicas que regulen las materias o por insuficiencia de la asistencia técnica en relación con la ofrecida al consumidor en el momento de la adquisición de tales bienes»*. El artículo 3.1.3 y 3.1.4 del mismo *Real Decreto 1945/1983* habla paralelamente, como otras clases de infracciones, del *«fraude en cuanto al origen, calidad, composición, cantidad, peso o medida de cualquier clase de bienes o servicios, destinados al público o su presentación mediante determi-*

nados envases, etiquetas, rótulos, cierres, precintos o cualquier otra información o publicidad que induzca a engaño o confusión o enmascare la verdadera naturaleza del bien o servicio» o del «fraude en la prestación de toda clase de servicios, de forma que se incumplan las condiciones de calidad, cantidad, intensidad o naturaleza de los mismos, con arreglo a la categoría con que éstos se ofrezcan». En estos casos existirá un concurso de infracciones administrativas y podrá hablarse de *concurso aparente de leyes*, por cuanto que sólo puede admitirse la exclusiva vulneración de una de ellas. La jurisprudencia, en ocasiones, sostiene que habrá que estar por la aplicación de aquella ley que contemple el hecho más específicamente (STS de 28 febrero de 1986), pero, en otros supuestos, los Tribunales no han hecho aplicación de esta técnica o principio (STS de 9 de marzo de 1987).

VIII. NORMATIVA EUROPEA: LA DIRECTIVA 1999/44/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, DE 25 DE MAYO DE 1999, SOBRE DETERMINADOS ASPECTOS DE LA VENTA Y LAS GARANTÍAS DE LOS BIENES DE CONSUMO (72)

A mi juicio, se hace necesario que el estudioso del Derecho Privado tenga bien presente la Directiva 1999/44/CE, de 25 de mayo de 1999, ya que, aunque ésta no sea de *aplicación directa*, es de sobra conocido que el *Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE)* viene admitiendo la aplicación de ciertos *efectos especiales* de la normativa comunitaria dentro de los Estados miembros, y ello aun cuando, como ocurre en este caso particular que afecta a determinados aspectos de la venta de bienes, la Directiva no aparezca todavía debidamente traspuesta al Derecho interno español por no haber sobrepasado el plazo fijado para ello, que ha quedado establecido, como fecha límite, en el día 1 de enero del año 2002 (art. 11.1) (73).

(72) Cfr. DOCE de 7 de julio de 1999. Dentro del *iter* legislativo de esta Directiva son relevantes y dignos de tener en cuenta estos documentos: COM (95) 520 final - 96/0161/(COD) *Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la venta y las garantías de los bienes de consumo*, presentada por la Comisión el 23 de agosto de 1996 (DOCE 16-10-1996); COM (1998) 217 final - 96/0161/(COD) *Propuesta modificada de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la venta y las garantías de los bienes de consumo* (Bruselas 31-3-1998); *Posición Común (CE) número 51/98 aprobada por el Consejo el 24 de septiembre de 1998 con vistas a la aprobación de la Directiva 98/.../CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo* (DOCE 30-10-1998); COM (1999) 16 final - 96/0161/(COD) *Dictamen de la Comisión* (Bruselas 19-1-1999).

(73) Puede verse sobre la *aplicación directa* de las Directivas comunitarias la obra colectiva de los profesores SÁENZ DE SANTA MARÍA, P.; GONZÁLEZ VEGA, J., y FERNÁNDEZ

El artículo 249, antiguo artículo 189, del *Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea* (TCE), en su versión consolidada, tan sólo otorga *efecto directo*, de forma expresa, al reglamento comunitario (74), pero, sin embargo, el TJCE viene insistiendo en reiteradas ocasiones que, algunas disposiciones de las Directivas, según sea su objetivo y el contexto en el que se hubieren originado, esto es, bajo determinadas condiciones, pueden llegar a producir el llamado *efecto directo*, lo cual permitirá, en la práctica, que tales disposiciones puedan ser *invocadas* legítimamente ante los Tribunales internos de los propios particulares o nacionales afectados por esas Directivas. En este sentido pueden verse, por ejemplo, las SSTJCE de 21 de octubre de 1970, de 17 de diciembre de 1970, de 4 de diciembre de 1974, de 19 de enero de 1982 o de 26 de febrero de 1986 (75). Pero, si bien es admitida la aplicación de

PÉREZ, B., *Introducción al Derecho de la Unión Europea*, 2.ª ed., 1999, o bien el manual de los profesores MANGAS MARTÍN y LIÑÁN NOGUERAS, *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, 2.ª ed., 1999. Esta aplicabilidad directa o inmediata es entendida como una característica formal de la norma comunitaria, esto es, como una propiedad que la hace «penetrar en el orden jurídico interno sin el auxilio de medida nacional alguna» (STJCE de 3 de abril de 1968, *Molkerei-Zentrale Westfalen/Lippe GmbH c. Hauptzollamt Paderborn*, asunto 28/67). El *efecto directo*, expresión que se utiliza en un texto legal originario, por primera vez, en el artículo 34 del *Tratado de la Unión Europea* (TUE) tras el Tratado de Amsterdam, adoptado el 2 de octubre de 1997, consiste en un derecho de los particulares, personas físicas o jurídicas, que les permite *invocar* la aplicación del derecho comunitario ante las jurisdicciones nacionales en la regulación de sus eventuales relaciones jurídicas con las Administraciones Públicas u otros particulares. Conviene reseñar que, hoy en día, los autores distinguen una tipología muy diversa dentro de esta *invocación legal* que puede hacerse del derecho comunitario: «*invocación de interpretación conforme*», «*invocación de exclusión*», «*invocación de reparación*»; «*invocación de sustitución*», lo que da pie para juzgar acerca de la riqueza de matices que está alcanzando y puede alcanzar esta *aplicación directa o inmediata* de la normativa comunitaria [Nota bene: Todas las citas de las sentencias del TJCE de este trabajo están hechas conforme a la propuesta de citas del TJCE, tal y como aparecen en su *Recopilación de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia de Luxemburgo* (Rec.), lugar donde pueden consultarse].

(74) En efecto, el actual artículo 249 del TCE afirma que: «(...) El reglamento tendrá un alcance general. Será obligatorio en todos sus elementos y *directamente aplicable en cada Estado miembro*. La Directiva obligará al Estado miembro destinatario en cuanto al *resultado* que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios (...)». Este efecto directo *pleno* de los reglamentos ha sido reconocido en reiteradas ocasiones por el TJCE, como ha ocurrido, por ejemplo, en la STJCE de 14 de diciembre de 1971, «*Politi/Ministero delle Finanze*», asunto 43/71, o en la STJCE de 17 de mayo de 1972, «*Leonesio/Ministero dell'Agricoltura e Foreste*», asunto 93/71.

(75) Cfr. STJCE de 21 de octubre de 1970, «*Haselhorst*», asunto 23/70; STJCE de 21 de octubre de 1970, «*Lesage & Cie (Transports) SA*», asunto 20/70; STJCE de 17 de diciembre de 1970, «*Spa SACE/Ministero delle Finanze*», asunto 33/70; STJCE de 4 de diciembre de 1974, «*Yvonne Van Duyn/Home Office*», asunto 41/74; STJCE de 19 de enero de 1982, «*Ursula Becker*», asunto 8/81; STJCE de 26 de febrero de 1986, «*M.H. Marshall/Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority*» («*Marshall*»), asunto 152/84.

éste llamado efecto directo de *carácter vertical*, que es aquél que afecta a las obligaciones del Estado o Instituciones Comunitarias con los particulares, no se reconoce por el mismo TJCE, sin embargo, la aplicación del efecto directo de *carácter horizontal*, que es aquél que afecta a las obligaciones que puedan hacerse valer frente a los particulares. Además, conviene advertir que es, a su vez, exigido como *presupuesto de aplicación* de los *efectos directos* de las Directivas, según doctrina asentada por el TJCE (76), el hecho de que tales normas estén dotadas de la suficiente *precisión, claridad, concisión y que tengan naturaleza incondicional*, tal y como también ha sido recogido y reiterado por nuestro Tribunal Supremo, entre otras sentencias, por ejemplo, en la STS de 18 de marzo de 1995 (77).

En particular, puede afirmarse que el *efecto directo de carácter vertical* de esta Directiva 1999/44/CE será inexistente o muy restringido, puesto que el ámbito de aplicación de la misma afecta, exclusivamente, a relaciones *inter privados*. Este efecto vertical permitiría, como apuntábamos más arriba, invocar la aplicación directa de la Directiva, por cuanto que vincularía a los Estados miembros que firmaron el Tratado. En consecuencia, el efecto vertical de la norma operaría realmente en el caso hipotético de que la Directiva se hiciera valer en un proceso judicial a propósito de las relaciones que puedan existir entre el Estado destinatario o las Instituciones comunitarias y los particulares afectados por esta Directiva, cosa harto extraña por referirse ésta en concreto a la *compraventa de bienes de consumo*, a no ser que se tratara de un supuesto en que el Estado actuase como un simple particular más o como sujeto de Derecho privado dentro de una relación contractual con consumidores.

Otra cosa distinta acontece, sin embargo, cuando nos referimos al supuesto del *efecto directo de carácter horizontal* de la norma, que es aquél que se produce cuando se invoca procesalmente la aplicación de normas de una Directiva dentro de las *relaciones entre particulares*, ámbito propio de la contratación de bienes de consumo. En este caso, además de no admitirse por los Tribunales nacionales la aplicación directa de la Directiva, nos encontraremos, con carácter añadido, con el problema de que tendremos que hacer frente a un máximo grado de conflictividad, en el caso hipotético de que la Directiva 1999/44/CE no hubiere sido transpuesta dentro de plazo preceptivo previsto en la misma o bien en el caso de que la norma interna que regule eventualmente esa materia no fuere conforme con los postulados jurídicos que recoge la Directiva.

(76) Pueden verse, entre otras, la STJCE de 26 de febrero de 1986, «M. H. Marshall/Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority», asunto 152/84, o la STJCE de 23 de febrero de 1994, «Comitato di Coordinamento per la difesa della Cava y otros», asunto C-236/92.

(77) Cfr. RJ 1995/1964.

Pues bien, con todo ello, y esto es importante subrayarlo, las consecuencias que derivan de la razonable negativa del TJCE a reconocer a las Directivas ese efecto directo de carácter horizontal, se atenúan considerablemente en la práctica al admitirse por la misma doctrina del TJCE dos vías de solución muy importantes, al menos en lo que pueda afectar al problema de la aplicación de la Directiva 99/44/CE que estudiamos. Estas vías son, por un lado, la llamada *interpretación conforme* o del *efecto indirecto* de la Directiva, y, por otro, la *reparación del daño* derivado del incumplimiento estatal de la obligación que tiene ese mismo Estado de transponer una determinada normativa dentro del plazo previsto, lo que podrá provocar el llamado *efecto de reparación* (78). En el primer caso, la *interpretación conforme* supondrá que el juez nacional deberá hacer todo lo posible por interpretar *a la luz de la letra y de la finalidad de la Directiva* todo el derecho interno aplicable al caso concreto, ya sea éste anterior o posterior a la Directiva de que se trate, ateniéndose de esta manera al párrafo tercero del actual artículo 249 del TCE (*efecto indirecto*) (79). Esta obligación de *interpretación conforme* se convierte así en una vía muy importante para garantizar la eficacia de la norma comunitaria, y que se deduce en opinión de un amplio sector doctrinal de la primacía y preferencia de aplicación de que debe gozar el ordenamiento comunitario, en especial cuando se trata de su aplicación judicial (80). En el segundo caso, el de la reparación del daño, nos situaríamos en el supuesto en que la Directiva no hubiese sido transpuesta o lo fuese de modo incorrecto, lo que podría desencadenar la obligación por parte de las autoridades nacionales de tener que responsabilizarse de la reparación del daño causado como consecuencia de los actos y omisiones contrarios al derecho comunitario (81).

(78) Esta doctrina se desprende, entre otras, fundamentalmente de la STJCE de 7 de marzo de 1996, «*El Corte Inglés/Blázquez Rivero*», asunto C-192/94, y de la STJCE de 14 de julio de 1994, «*Faccini Dori/Recreb*», asunto C-91/92.

(79) Este deber de *interpretación conforme* al derecho comunitario es reiterado por el TJCE en su conocida sentencia de 13 de noviembre de 1990, «*Marleasing/La Comercial Internacional de Alimentación, S.A.*», asunto C-106/89, en términos que hoy pueden considerarse mayoritariamente aceptados cuando la norma que toma en consideración el órgano estatal se trata de una Directiva.

(80) Cfr. Por todos, SÁENZ DE SANTA MARÍA, P.; GONZÁLEZ VEGA, J., y FERNÁNDEZ PÉREZ, B., *Introducción al Derecho de la Unión Europea*, 2.^a ed., 1999, pág. 469.

(81) Esta eventual *responsabilidad del Estado*, que se produciría *con independencia de que la norma comunitaria transgredida tenga o no efecto directo*, no es, en cualquier caso, incondicional, y se sustanciará bajo una serie de condicionantes o requisitos que viene fijando el propio TJCE, a saber: 1.º que el contenido de la Directiva violada atribuya derechos a los particulares afectados; 2.º que el contenido de estos derechos pueda determinarse basándose en las disposiciones de la Directiva, 3.º que exista una relación de causalidad directa entre el incumplimiento de la obligación que incumbe al Estado y el daño sufrido por las personas afectadas, y 4.º que la violación esté suficientemente caracterizada, lo cual sólo se dará cuando concurra una inobservancia manifiesta y grave del margen de apreciación con que cuenta el Estado miembro a la hora de cumplir

Pues bien, toda esta doctrina del TJCE viene calando progresivamente en las decisiones de nuestro Tribunal Supremo, y pensamos que, en el futuro más o menos inmediato, su grado de autoridad e influencia en todas estas cuestiones será cada vez más relevante en España. De esta manera, y, si acaso como preludio de todo esto, el TS viene entendiendo que deberá aplicarse el *Derecho interno vigente* a la solución de los conflictos planteados por la invocación del derecho comunitario ante los jueces nacionales, tratando de soslayarse de esta manera todas aquellas resoluciones judiciales que no encajen en el *resultado* pretendido por la Directiva en litigio, para lo que, a su vez, viene propugnándose, reiteradamente, que la aplicación de esa ley interna aplicada se module de acuerdo con *la interpretación más conforme* con el texto de la Directiva no transpuesta o deficientemente transpuesta, en aras todo ello de «*alcanzar el fin que contiene y en el marco de sus definidas competencias*» (82). No olvidemos, en ningún caso, como hemos visto más arriba, que el actual artículo 249 del TCE sostiene que toda Directiva obliga al Estado miembro destinatario en cuanto al *resultado* que deba conseguirse. Con esta solución judicial de compromiso, que viene aceptándose por nuestro TS, entendemos que lo que se pretende es cumplir con la *finalidad* de la Directiva, pero sin postergar con ello el Derecho interno vigente. En consecuencia, con todo ello podemos deducir que convendrá conocer bien el texto de esta Directiva 1999/44/CE, pues además de lo ya apuntado, gran parte de su articulado, como también veremos más adelante, arroja luz nueva sobre aspectos de interés de la compraventa, lo cual deberá ser tenido en cuenta inexcusablemente por nuestro legislador a la hora de su transposición. Ni que decir tiene que nuestro juzgador también, desde su publicación, debiera tener ya muy presente esta Directiva 1999/44/CE, al objeto de poder así aplicar e interpretar correctamente, en su caso, la legislación nacional en vigor, esto es, el artículo 11 de la LGDCU y el artículo 12 de la LOCM, de los que venimos hablando con profusión.

En efecto, tal y como hemos explicado en la primera parte de este estudio, el artículo 11 de la *Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (LGDCU)* estableció por vez primera, dentro de nuestra legislación, el régimen jurídico general de la garantía de los bienes dentro de la protección de los intereses económicos de los consumidores y usuarios. Este artículo debe completarse ahora, en el modo que ya apuntamos, con el artículo 12 de

el Derecho comunitario (cfr. entre otras, STJCE de 19 de noviembre de 1991, «*Franco-vich et Bonifaci/Italia*» («*Franco-vich*»), asuntos acumulados C-6/90 y C-9/90; STJCE de 5 de marzo de 1996, «*Brasserie du Pêcheur/Factortame III*», asuntos acumulados C-46/93 y C-48/93.

(82) Cfr. STS de 18 de marzo de 1995, RJ 1995/1994.

la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del comercio minorista (LOCM), que se ocupa de la garantía y del servicio postventa (83).

Por otra parte, se puede constatar que una de las fuentes de inspiración más determinantes de la propia Directiva 1999/44/CE, como es la *Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías (Convención de Viena-CV)*, hecha en Viena el 11 de abril de 1980, ratificada por España el 17 de julio de 1990 y publicada en el BOE número 26, de 30 de enero de 1991, ha sido puesta como referencia obligada por un importante sector de nuestra doctrina para la eventual reforma de las normas que regulan actualmente la compraventa dentro de nuestro ordenamiento decimonónico. Así, hay quien entiende, con base en determinados artículos de la CV, entre los que destaca particularmente el artículo 35 de la misma, que la primera premisa de un nuevo o pretendido *Derecho del incumplimiento contractual* sería la previsión de una disciplina sustancialmente *unitaria* para todo aquello que supusiera una desviación del programa contractual, esto es, de un conjunto de remedios o medios de tutela del acreedor que fuera sustancialmente común para todos los casos de imposibilidad de la prestación, sobrevenida u originaria, mora y cumplimiento defectuoso, incluyéndose en aquél tanto la evicción y las cargas o los vicios ocultos de la cosa vendida, como los defectos de calidad o de cabida del inmueble vendido, o los llamados *vicios ruinógenos* del contrato de obra. Primera premisa, pues, para la que debe tenerse en cuenta precisamente esa CV, que ha sido, sin lugar a dudas, basamento sustancial, a su vez, no lo olvidemos, de la Directiva 1999/44/CE, si bien conviene recordar que las ventas a consumidores están expresamente excluidas de la misma

(83) Sobre el alcance del artículo 11 de la LGDCU y el artículo 12 de la LOCM hemos consultado en la primera parte de este estudio los trabajos, entre otros, por ejemplo, de RUBIO GARRIDO, T., «La "garantía" del artículo 11 LCU», en *ADC*, fascículo 3, 1990, págs. 867-919; GARCÍA CANTERO, G., «Comentario al artículo 11 de la LGDCU», en BERCOVITZ, R., y SALAS, J. (coordinadores), *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, 1992, págs. 355-393; TORRES LANA, J. A., «La garantía en las ventas al consumidor», en *Estudios de Derecho Civil en homenaje al profesor doctor J. L. Lacruz Berdejo*, vol. 1, 1992, págs. 791-808; MARÍN LÓPEZ, J., «Comentario al artículo 12 de la LOCM», en ARIMANY, MANUBENS & ASOCIADOS (coordinadores), *Ordenación del Comercio Minorista*, 1996, págs. 108-120; PARRA LUCÁN, M.^a A., «Los derechos mínimos del titular de la garantía del artículo 11 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios», en *ADC*, fascículo II, 1988, págs. 523-552; *ibidem*, «Comentario al artículo 12 de la LOCM», en BERCOVITZ, R., y LEGUINA VILLA, J. (coordinadores), *Comentarios a las Leyes de Ordenación del Comercio Minorista*, 1997, pág. 198-228; DÍAZ ALABART, S., «Comentario al artículo 12 de la LOCM», en PIÑAR MAÑAS, J., y BELTRÁN SÁNCHEZ, E. (directores), *Comentarios a la Ley de Ordenación del Comercio Minorista*, 1997, págs. 112-125; GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., «Comentario al artículo 12 de la LOCM», en AA.VV., *Régimen Jurídico General del Comercio Minorista*, 1999, págs. 190-224.

[art. 2.a) CV] (84). Todo esto supone ahora, con la aprobación de la Directiva 1999/44/CE, en definitiva, una cuña que se introduce dentro del ordenamiento nacional, en cuyos orígenes puede incluirse, asimismo, la llamada *cláusula de garantía*, que nació a iniciativa de los grandes fabricantes de productos de marca, y que se configuró libremente como un instrumento de competencia para atraerse clientela, independientemente de que se institucionalizase en su día dentro de la legislación comunitaria a través de los principios de la defensa de los consumidores y de la defensa de la competencia (arts. 81 y 82 TCE, antiguos arts. 85 y 86) (85).

A) PRESUPUESTOS Y ÁMBITO DE APLICACIÓN

Subjetivamente, la Directiva 1999/44/CE limita su pretensión armonizadora a aquellas ventas que se celebren entre consumidores y vendedores profesionales, excluyendo tanto las ventas celebradas exclusivamente entre comerciantes, como aquellas otras que se celebren exclusivamente entre no comerciantes.

El concepto restringido de consumidor se refiere a «*toda persona física que, en los contratos a que se refiere la presente Directiva, actúa con fines que no entran en el marco de su actividad profesional*» [art. 1.2.a)], el cual coincide sustancialmente con la definición que hasta ahora viene siendo utilizada por las distintas Directivas europeas en materia de protección de los consumidores. Con todo, no se desprende con claridad si deberán considerarse *ventas de consumo* aquéllas que se realicen entre comerciantes cuando el

(84) En efecto, en su artículo 2.a), la CV establece que la «(...) *Convención no se aplicará a las compraventas: a) De mercaderías compradas para uso personal, familiar o doméstico, salvo que el vendedor, en cualquier momento antes de la celebración del contrato o en el momento de su celebración, no hubiera tenido ni debiera haber tenido conocimiento de que las mercaderías se compraban para ese uso (...)*». Esta referencia obligada que debe hacerse a la CV para una eventual reforma legal de la compraventa ha sido propugnada, singularmente, por PANTALEÓN PRIETO, F., «Las nuevas bases de la responsabilidad contractual», en *ADC*, 1993, fascículo 4, págs. 1720-1721.

(85) Cfr. MEDINA DE LEMUS, M., *La venta internacional de mercaderías*, 1992, págs. 103 y sigs. En este sentido, señala este autor, con tino, que también merecen una especial atención dentro de este proceso la *Directiva del Consejo 85/374/CEE, de 25 de julio de 1985, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos*, ya traspuesta, al igual que el *Convenio sobre Ley aplicable a la responsabilidad de los productos*, hecho en La Haya el 2 de octubre de 1973, y ratificado por España (*BOE*, de 25 de enero de 1989). Esta *cláusula de garantía* ha sido considerada, o bien como una garantía añadida a la garantía legal de saneamiento, a modo de ampliación de su régimen jurídico, o bien, más recientemente, como una promesa autónoma que crea en el garante una obligación de resultado del que responde aunque demuestre que no ha incurrido en culpa.

bien adquirido no se integre *directamente* en un proceso productivo, como sería el supuesto en que el bien adquirido fuera empleado con una doble finalidad, es decir, tanto para usos personales como para usos empresariales. A la espera de un ulterior desarrollo de la Directiva, en el momento de su transposición, parece clara la interpretación estricta del concepto de consumidor que viene haciendo el TJCE, aunque es diáfana también la pretensión de algunos países de la Comunidad de ampliar la noción de consumidor a los denominados *profesionales no especialistas*.

Por vendedor se entiende en la Directiva a «*cualquier persona física o jurídica que, mediante un contrato, vende bienes de consumo en el marco de su actividad profesional*» [art. 1.2.c)], y por productor al «*fabricante de un bien de consumo, el importador de un bien de consumo en el territorio de la Comunidad o cualquier persona que se presente como productor indicando en el bien de consumo su nombre, su marca u otro signo distintivo*» [art. 1.2.d)]. El responsable por la posible falta de conformidad que pudiera darse «*en el momento de la entrega del bien*» es aquí exclusivamente el vendedor (art. 3.1), aunque, como luego veremos, tanto el legislador comunitario como la doctrina más autorizada se muestran partidarios de dar carta de naturaleza a una responsabilidad directa y concurrente del vendedor y productor dentro del mismo contrato frente al comprador, todo ello al margen de la responsabilidad civil derivada de los daños causados por productos defectuosos y regulada en la *Ley de Responsabilidad Civil por los daños causados por productos defectuosos (LRCP)*, de 6 de julio de 1994.

Desde el punto de vista objetivo debe apuntarse, en primer lugar, que el ámbito de aplicación de la nueva Directiva 1999/44/CE, en vigor desde el pasado 7 de julio de 1999, se ciñe a lo que ella denomina *bienes de consumo*, esto es, a cualesquiera *bienes muebles corpóreos*, excepto cuando se trate de alguno de estos tres supuestos que aparecen en ella contemplados: bienes vendidos por la autoridad judicial tras un embargo u otro procedimiento; el agua y el gas, cuando no estén envasados para la venta en el volumen delimitado o en cantidades determinadas; y, en último lugar, la electricidad. Asimismo, por su naturaleza específica, se permite que los Estados miembros establezcan, en el momento de su regulación interna, que no se incluyan dentro de estos bienes de consumo aquellos «*bienes de segunda mano vendidos en una subasta en la que los consumidores puedan asistir personalmente a la venta*», por tratarse de bienes de una naturaleza específica [considerando 16; arts. 1.2.b) y 1.3 Directiva 1999/44/CE].

Esta enumeración de *bienes de consumo* es compatible con aquella otra que se refiere a los *bienes de naturaleza duradera* y que afecta a la garantía del artículo 11 de la LGDCU y del artículo 12 de la LOCM, y que aparece regulada en el *Real Decreto 287/1991, de 8 de marzo*, como un *Catálogo de productos, bienes y servicios a determinados efectos de la LGDCU*. Sin

embargo, en la Directiva 1999/44/CE se hacen dos restricciones importantes. Una primera restricción es la que afecta a las viviendas, por cuanto que dentro de aquel elenco de *bienes de naturaleza duradera* dado en este Real Decreto 287/1991, de 28 de marzo, el cual recogió bienes de naturaleza mueble en su mayoría, se incluyeron también, al mismo tiempo, otros bienes de naturaleza inmueble, en concreto, las *viviendas*. La segunda restricción viene dada por la corporeidad de tales bienes muebles señalada en el artículo 1.2.b) de la Directiva, lo que hace necesario excluir del ámbito de aplicación de la misma a todos aquellos bienes muebles que afecten a derechos o cosas incorpóreas. En consecuencia, quedan excluidas del ámbito objetivo de la Directiva tanto las compraventas que tengan por objeto bienes inmuebles como aquellas otras que afecten a bienes incorpóreos, aun cuando se celebren entre profesionales y consumidores.

El término de *bien mueble corpóreo* coincide sustancialmente con el de *mercadería*, el cual aparece con profusión en la CV. En todo caso, las normas de la Directiva 1999/44/CE podrán aplicarse tanto a los bienes de naturaleza no duradera como a los de naturaleza duradera, excepto en el caso singular de las viviendas como hemos señalado más arriba. Es muy importante reseñar la inclusión dentro de esta Directiva de los bienes de naturaleza no duradera, que algunos denominan «*consumibles*», concepto éste que no coincide con el concepto clásico de *bien consumible*, por cuanto que, como es conocido, pueden darse cosas que se consuman jurídicamente pero que permanezcan inalteradas físicamente (por ejemplo, el dinero). De esta manera, dada esta amplitud en la aplicación de sus normas, puede decirse que cabrá incluir dentro de la Directiva 1999/44/CE, todos los bienes de naturaleza informática («*consumibles informáticos*» los denominan algunos), por cuanto que, en todos ellos, será posible detectar la presencia de vicios y, más aún, la falta de conformidad con el contrato, con independencia de que muchos de los mismos puedan tener una gran complejidad técnica o de que, en muy raras ocasiones, se incluyan dentro de la garantía ofrecida por el fabricante (86).

En último lugar, la Directiva 1999/44/CE excluye del ámbito de la misma los regímenes internos de los Estados miembros en lo tocante a las normas relativas a la responsabilidad contractual y extracontractual, que puedan verse afectadas por los derechos conferidos por la misma al ser eventualmente invocados por los consumidores (art. 8.1; considerando 6). Por otro lado, los Estados miembros podrán establecer que los bienes de consumo no incluyan los bienes de segunda mano vendidos en una subasta en la que los consumidores puedan asistir personalmente a la venta (art. 1.3), y, en último lugar, a

(86) Cfr. SANZ VALENTÍN, L. A., «La Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo», en *Actualidad Civil*, núm. 35, 1999, págs. 1077 y sigs.

los efectos de la Directiva 1999/44/CE, los contratos de suministro de bienes de consumo que hayan de fabricarse o producirse también se consideran por la misma contratos de compraventa (art. 1.4).

B) «PRINCIPIO DE CONFORMIDAD» DEL CONTRATO Y AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

La Directiva 1999/44/CE, sobre determinados aspectos de la venta y garantías de los bienes de consumo, habla sin ambages, reiteradamente, del principio de conformidad del bien con el contrato, al que se considera como una base común dentro de las diferentes tradiciones jurídicas nacionales. Pero, al mismo tiempo, también se reconoce que en algunos países, en este punto, puede no ser posible basarse tan sólo en ese principio de conformidad para garantizar el nivel mínimo de protección que busca la propia Directiva, constatándose de esta manera la necesidad perentoria de tener que establecer, a la hora de su transposición, disposiciones nacionales adicionales con el fin de garantizar la protección del consumidor (considerando 7).

En la aplicación de este principio de conformidad el legislador comunitario utiliza un mecanismo ya conocido, que no es otro que el establecimiento de una presunción *iuris tantum* de conformidad con el contrato (art. 2 Directiva), y que se ciñe a una serie de supuestos o criterios legales de interpretación muy similares a los ya contemplados en su día en el artículo 35 de la CV (87).

Uno de los efectos reflejos del conocimiento y estudio de esta Directiva es la importancia que viene a tomar de nuevo el texto de la Convención de Viena, pues es muy significativo que tanto su terminología como la regula-

(87) Es interesante tener en cuenta la similitud que existe entre el artículo 2 de la Directiva 99/44/CE y este artículo 35 de la *Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías (Convención de Viena)*, de donde se ha extraído, y que se recoge dentro de la sección II del capítulo II de la parte III de la CV que se ocupa, precisamente, de la conformidad de las mercaderías dentro de la compraventa: «Artículo 35. 1. El vendedor deberá entregar mercaderías cuya cantidad, calidad y tipo correspondan a los estipulados en el contrato y que estén envasadas o embaladas en la forma fijada en el contrato. 2. Salvo que las partes hayan pactado otra cosa, las mercaderías no serán conformes al contrato a menos: a) Que sean aptas para los usos a que ordinariamente se destinen mercaderías del mismo tipo. b) Que sean aptas para cualquier uso especial que expresa o tácitamente se haya hecho saber al vendedor en el momento de la celebración del contrato, salvo que de las circunstancias resulte que el comprador no confió, o no sea razonable que confiara, en la competencia y el juicio del vendedor. c) Que posean las cualidades de la muestra o modelo que el vendedor haya presentado al comprador. d) Que estén envasadas o embaladas en la forma habitual para tales mercaderías o, si no existe tal forma, de una forma adecuada para conservarlas y protegerlas. 3. El vendedor no será responsable, en virtud de los apartados a) y d) del párrafo precedente de ninguna falta de conformidad de las mercaderías que el comprador conociera o no hubiera podido ignorar en el momento de la celebración del contrato».

ción específica de gran parte de su articulado han influido sobremanera en el texto final de la Directiva 1999/44/CE, particularmente importante por la trascendencia que pueda tomar la tipificación o delimitación de la falta de conformidad, al igual que por el reconocimiento explícito que se hace de la responsabilidad del vendedor ante el consumidor «*de cualquier falta de conformidad que exista en el momento de la entrega del bien*» (art. 3.1 Directiva), o como también por la articulación y consiguiente armonización que ahora se pretende, dentro de los Estados miembros de la Unión Europea, de un sistema simplificado de remedios a esas eventuales faltas de conformidad de los bienes. Este concepto de conformidad tiene la virtud, además, de aglutinar en un único concepto todos los casos relativos a las anomalías cualitativas de las cosas. De este modo, por ejemplo, las diferentes categorías de vicio, defecto de calidad y *aliud pro alio*, conocidas por separado en ciertos ordenamientos de ámbito continental, como ocurre en el nuestro, son unificadas, como ya lo fueron de hecho, con antelación, en la propia CV o en el Derecho angloamericano (88).

En cuanto a las fuentes que inciden poderosamente en la reciente Directiva 1999/44/CE, entre las que destaca con singularidad la propia CV, no sólo hay que subrayar la muy importante regulación *ex novo* que se hizo en la misma CV de la compraventa internacional en cuanto tal, sino también todas aquellas normas que dentro de la propia CV han aportado un enfoque novedoso y, tal vez, decisivo, sobre muchas cuestiones del Derecho de los contratos en general, como son, por ejemplo, las que afectan a la formación de los contratos, o las que se refieren a la caracterización de los incumplimientos contractuales, o la que concierne al mismo sistema general de la responsabilidad contractual, materias todas éstas que, ciertamente, van a influir de manera decisiva en nuestro Derecho interno, como puede ocurrir también, sin ir más lejos, con la adaptación que pueda suponer para nuestro Derecho interno el concepto de la falta de conformidad dentro de determinados contratos de compraventa (89).

Si bien puede resultar llamativo o sorprendente, a primera vista, que esta Directiva 1999/44/CE sobre protección de los consumidores se inspire en un modelo de responsabilidad contractual pensado para los comerciantes dentro

(88) Cfr. En este sentido, MORALES MORENO, A.-M., «Declaraciones públicas y vinculación contractual (reflexiones sobre una Propuesta de Directiva)», en *ADC*, fascículo 1, 1999, págs. 278-279. También, aunque referido tan sólo a la Convención de Viena, puede confrontarse FENOY PICÓN, N., *Falta de conformidad e incumplimiento en la compraventa (Evolución del ordenamiento español)*, 1996, pág. 365.

(89) Cfr. Díez-PICAZO, L., *La compraventa internacional de mercaderías (Comentario de la Convención de Viena)*, 1998, pág. 12. Un interesante y completo estudio de la evolución de este concepto, dentro del ordenamiento jurídico y la jurisprudencia españoles, puede verse en la monografía de FENOY PICÓN, N., *La falta de conformidad e incumplimiento en la compraventa*, 1996, págs. 79-345.

de la compraventa internacional de mercaderías, no lo es tanto si sopesamos las presumibles ventajas técnicas que va a ofrecer una estructura articulada de la responsabilidad contractual y el tratamiento inicialmente unitario que se hace ahora del incumplimiento contractual dentro de la misma. Conviene hacer notar cómo, desde un punto de vista de estricta técnica legislativa, el modelo de responsabilidad contractual de la CV sólo se utiliza en la Directiva 1999/44/CE en una única dirección, esto es, para delimitar únicamente la responsabilidad del vendedor, pero no la del comprador (90).

Hay que partir de la base de que la exigencia de *conformidad* con el contrato es un deber impuesto por la Directiva 1999/44/CE al vendedor de bienes muebles corpóreos, deber cuyo incumplimiento genera, por otra parte, una responsabilidad diáfana: «*el vendedor estará obligado a entregar al consumidor un bien que sea conforme al contrato de compraventa*» (art. 2.1). Para esos bienes muebles corpóreos el verdadero alcance de esta obligación del vendedor debe fijarse, exclusivamente, dentro del sistema que ahora nos ofrece la Directiva. Pues bien, todo aquello que comporta la exigencia de conformidad viene regulado dentro de su propio artículo 2, mientras que los remedios a esa falta de conformidad vienen regulados en su artículo 3, a saber, reparación o sustitución del bien, reducción adecuada del precio o resolución del contrato. Pero hay que tener presente que, de una manera análoga, todo esto venía ya recogido sustancialmente en la misma CV, ratificada por España en 1991, y también, parcialmente, en el artículo 11 de la LGDCU de 1984.

Esta *conformidad* de la que habla con reiteración la Directiva 1999/44/CE no viene a ser otra cosa que la adecuación material de lo entregado por el vendedor a las exigencias y criterios de interpretación dados por la Directiva, pero también a las propias exigencias marcadas por la voluntad de las partes en el contrato, pues, no en vano, la misma ha dejado claramente establecido, si bien al margen de su parte dispositiva, que *la presunción legal de conformidad no podrá limitar el principio de libertad contractual de las partes* (considerando 8). Este respeto al principio de autonomía de la voluntad aparece, sin embargo, mencionado de una manera expresa dentro del articulado de la CV («*salvo que las partes hayan pactado otra cosa*», afirma el artícu-

(90) Así lo ha expuesto, por ejemplo, MORALES MORENO, quien hace notar cómo, desde el punto de vista de técnica legislativa, el modelo de responsabilidad contractual de la CV sólo se esgrime en la Directiva 1999/44/CE en una única dirección, esto es, para delimitar la responsabilidad del vendedor (cfr. MORALES MORENO, A.-M., *Declaraciones públicas...*, ob. cit., pág. 279). Desde el punto de vista práctico, no resulta desdeñable tampoco la mención del nuevo Código Civil holandés (CCH), que tuvo muy en cuenta las Convenciones de la Haya (1964) y de Viena (1980) en la redacción de su contrato de compraventa, incorporando también parte de su técnica legislativa (cfr. HARTKAMP, *La révision du Code civil aux Pays-Bas*, 1947-1992, pág. 40).

lo 35.2 CV), y, tal vez, debería haberse recogido así dentro del texto articulado de la nueva Directiva. Con todo parece claro, de este modo, que las partes podrán modificar, si lo desean, los criterios legales de interpretación que aparecen en los cuatro apartados del artículo 2.2 de la Directiva, y, en consecuencia, puede deducirse que éstos tan sólo serán aplicables en aquellos supuestos en que las partes no hubiesen establecido otros criterios distintos de los que se mencionan expresamente en el texto legal.

Otra cosa sería la consideración acerca de si las partes contratantes, a la hora de fijar tales criterios, lo que pretenden realmente es excluir o limitar la responsabilidad del vendedor para el supuesto en que los bienes no sean conformes al contrato. Para estos casos, la Directiva 1999/44/CE entiende que «no vincularán al consumidor» —serán nulas, en consecuencia— todas aquellas «cláusulas contractuales o los acuerdos celebrados con el vendedor (...) que excluyan o limiten directa o indirectamente los derechos conferidos» al consumidor por la misma, esto es, que afecten al derecho a la reparación o la sustitución del bien o a una reducción adecuada del precio o la resolución del contrato (art. 7.1 en relación con el art. 3).

C) HACIA UN NUEVO MODELO LEGISLATIVO: LA PECULIARIDAD DEL SISTEMA ANGLOSAJÓN Y LA EVENTUAL INVOCACIÓN DEL «PRINCIPIO DE CONFORMIDAD» EN ESPAÑA

Si bien la propia Directiva 1999/44/CE afirma que el principio de conformidad con el contrato «puede considerarse una base común a las diferentes tradiciones jurídicas nacionales» de los Estados miembros (considerando 7), no parece, de ninguna manera, que nuestro sistema de responsabilidad contractual tenga alguna similitud con el que aparece ahora regulado en la propia Directiva, ya que éste sigue, como hemos podido comprobar más arriba, las pautas generales de la CV de 11 de abril de 1980, que es un sistema de corte propiamente angloamericano.

Es un hecho empírico que la savia de la CV dista bastante de los denominados sistemas continentales (latinos o germánicos), ya que la concepción de aquélla hunde sus raíces en el modelo del Derecho angloamericano. La perspectiva desde la que se aborda la responsabilidad en uno y otro caso es bien distinta. Así puede verse, dentro de nuestro modelo continental, cómo el contrato es concebido de manera prioritaria como un vínculo que genera deberes u obligaciones, y así ocurre en el Derecho español dentro de nuestro Código Civil. El contrato en nuestro ordenamiento es, prioritariamente, como puede comprobarse con facilidad, una fuente de obligaciones (arts. 1.089, 1.254, 1.258 del Código Civil), que impone una determinada conducta a los contratantes (arts. 1.088, 1.091, 1.157 del Código Civil).

Este punto de partida de nuestro sistema jurídico determina una importante consecuencia: la responsabilidad contractual tiende a ser construida con cierta dosis de subjetivismo, fundada en el incumplimiento de deberes contractuales, es decir, en reglas de conducta impuestas a los contratantes y bajo el presupuesto de la culpabilidad, es decir, como un incumplimiento reprochable al deudor. Conviene tener en cuenta que la insatisfacción del interés de un contratante puede producirse, en algunos casos, sin que el otro contratante haya incumplido propiamente sus deberes contractuales, y esto por cuanto que el contrato, además de ser una regla, también se asienta sobre una realidad concreta (presuposiciones contractuales: erróneo conocimiento de la realidad presente, inadecuada previsión de la realidad futura). Esta circunstancia ha determinado que en la mayoría de los ordenamientos continentales, junto a los remedios conectados al concepto de incumplimiento, existan otros remedios que prestan atención a cuestiones relativas a la realización del contrato y que no tienen cabida en una noción rigurosa de incumplimiento (por ejemplo, el saneamiento, en sus distintas modalidades; o los vicios del consentimiento, particularmente el dolo y el error; o la figura de la *base del negocio*; o la garantía pactada; o la culpa *in contrahendo*) (91).

Desde la propia perspectiva de la CV tenemos constancia de que un rasgo propio de nuestros ordenamientos continentales lo constituye, precisamente, tanto la construcción desmembrada del sistema de remedios orientados a dar satisfacción al interés del comprador, como también el reiterado problema de la concurrencia de acciones que se presenta en estos casos, al tratarse de compraventas de carácter internacional en la que entran en colisión distintos ordenamientos nacionales. Pero aquella desmembración es más compleja todavía si tenemos en cuenta, como ocurre dentro de nuestro sistema jurídico, la falta de univocidad en la interpretación jurisprudencial española. Así ocurre, por ejemplo, con una reiterada jurisprudencia que, para permitir la huida del estrecho régimen del saneamiento, considera los vicios de calidad como *aliud pro alio* y le aplica la responsabilidad por incumplimiento del artículo 1.124 del Código Civil, sin que resulte sencilla, ni plenamente convincente, la determinación de los criterios por los que nuestro Tribunal Supremo distingue entre vicios ocultos (saneamiento) y *aliud pro alio* (acciones de incumplimiento, arts. 1.101 y 1.124 del Código Civil), y cuya razón de ser obedece, a nuestro juicio, entre otras causas, a esa desmembración que padecemos en nuestro sistema, y que hace que estemos sujetos a estos continuos vaivenes conceptuales (92).

(91) Cfr. MORALES MORENO, A.-M., *La compraventa internacional de mercaderías (Comentario de la Convención de Viena)*, 1988, págs. 290 y sigs.

(92) Cfr. PARRA LUCÁN, M.² A., *Comentarios...*, *ob. cit.*, pág. 208. La complejidad de esta materia, dentro de nuestra jurisprudencia, es tratada también por FENOY PICÓN, N., *Falta de conformidad e incumplimiento en la compraventa...*, *ob. cit.*, págs. 178-241.

Frente a este sistema continental vemos también cómo dentro del sistema angloamericano, por el contrario, la idea de *garantía sobre un resultado* a cargo del deudor de la relación obligatoria prevalece sobre aquella otra idea de *obligación o deber* mencionada más arriba. Esta peculiaridad es netamente ventajosa por cuanto que permite percibir algo muy importante, cual es la construcción de la responsabilidad contractual en torno al concepto anglosajón de la *ruptura del contrato*, idea que puede aglutinar, con eminente carácter práctico, casi todos los problemas jurídicos que tienen su origen en la falta de cumplimiento dentro de los términos previstos en un contrato (ausencia de cumplimiento, cumplimiento defectuoso, retraso, etc.). Esta *ruptura contractual* permitirá afirmar, además, en pocas palabras, que estamos en presencia de un sistema de remedios más articulado y operativo que el que presentan los sistemas continentales (93).

Asimismo puede verse como la responsabilidad contractual dentro de este sistema angloamericano, frente al sistema continental, se construye al margen de la culpa. El contratante, aquí, ya no se vincula a la promesa de su conducta futura, sino a la consecución del *resultado* que aparece recogido en el contrato. Es la misma idea a la que responden, en los sistemas continentales, los saneamientos o garantías legales. Pero esto no significa que la vinculación y consiguiente responsabilidad del contratante no tenga límites; sí que los tiene, pero lo que ocurre ahora es que no se basan en la idea de que el deudor ha incumplido sin culpa, sino en la consideración de que existen hechos o circunstancias que obstaculizan el cumplimiento del contrato y que no deben quedar cubiertos por la garantía del deudor. A fin de cuentas, pensamos que este *principio de conformidad*, así articulado y uniformado, se acabará incorporando en algunos aspectos, en mayor o menor grado, se quiera o no, a la mecánica de nuestro sistema jurídico. En cualquier caso será preciso tenerlo muy en cuenta desde ahora, pues no conviene olvidar que España ya ratificó en su día la CV, la cual forma parte de nuestro Derecho interno, en consecuencia, desde el año 1991.

Aunque el problema se haya suscitado, originariamente, dentro del ámbito de la compraventa internacional de mercaderías, con el único objeto de des-

(93) Como ha explicado con sagacidad el profesor MORALES MORENO, esta «*ruptura del contrato*» permite la aplicación de un sistema de remedios más articulado que el de los sistemas continentales, dejando a un lado el aspecto referido a la acción de cumplimiento, cuyo reconocimiento está restringido; asimismo el contratante insatisfecho podrá pedir la indemnización de los daños (*warranty*), y, en ocasiones, también la desvinculación contractual, si es que los términos del contrato a los que afecta la ruptura revisten esencialidad (*condition*). No existen aquí las acciones de saneamiento porque la ampliación del supuesto de responsabilidad, así como su contracción unitaria y objetiva, hacen que carezca de sentido conservar estas acciones como acciones independientes (cfr. MORALES MORENO, A.-M., *La compraventa internacional...*, ob. cit., pág. 292).

tacar la trascendencia dada a este *principio de conformidad* dentro de la CV, se hace necesario recordar ahora que la doctrina más autorizada reconoce la importancia práctica que puede alcanzar este principio de origen anglosajón, pues se viene entendiendo que tal principio de conformidad absorbe y unifica, dentro de la propia CV, problemas tan dispares como los que afectan al error vicio de la voluntad (94), o los supuestos de saneamiento por vicios ocultos (95), o los casos de entrega de un *aliud pro alio* (96), o, parcialmente también, los supuestos de dolo (97). Se podrá eludir de esta manera el problema de la reiteración de la concurrencia de acciones, propia de nuestros

(94) Esta es la solución que cuenta con el apoyo de la mayoría de los comentaristas de la Convención. De no ser así, la unificación pretendida por la Convención sería fácilmente burlada, al aplicarse, junto a ella, los remedios previstos para el error en el Derecho interno, fundamentalmente la anulabilidad. También, como advierte MORALES, un adecuado tratamiento sobre las cualidades del objeto exige abandonar la idea de vicio de la voluntad y situar el problema en el cumplimiento o realización del contrato. El error afecta a la satisfacción del interés del contratante que lo padece, y, plantea, fundamentalmente, un problema de reparto del riesgo de defectuosa información (cfr. MORALES MORENO, A.-M., *La compraventa internacional...*, ob. cit., pág. 293).

(95) Para MORALES el principio de conformidad hace superfluo el saneamiento como categoría especial distinta de la del incumplimiento. Para éste, la ausencia de vicios no viene a ser otra cosa que una exigencia de conformidad de las mercancías entregadas, y para comprobar esta exigencia debe atenderse, prioritariamente, a los criterios concretos ofrecidos por cada contrato (art. 35.1 y 2 CV) (cfr. MORALES MORENO, A.-M., *La compraventa internacional...*, ob. cit., pág. 294).

(96) Si bien el concepto de *falta de conformidad* es lo suficientemente amplio como para comprender los casos de entrega de un *aliud pro alio*, por cuanto que es lógico que la entrega de una mercancía diferente de la pactada no se corresponderá con la calidad y tipo estipulados en el contrato (cfr. art. 35.1 CV), sin embargo, la CV también permite afirmar que el vendedor que entrega un objeto distinto del pactado no cumple con la obligación de entregar. Ante esta disyuntiva, MORALES entiende que lo más razonable, para el supuesto en que el vendedor desconozca justificadamente que el objeto entregado es diferente del previsto en el contrato, es tratar ese *aliud pro alio* como un supuesto más de falta de conformidad. Cosa distinta sería el caso en que el vendedor conozca, o no pueda ignorar, los hechos de disconformidad con lo pactado, situación en la que no podrá invocarse que el comprador no ha denunciado oportunamente el hecho de la entrega de un objeto diferente (cfr. art. 40 en relación con el 38 y 39 CV) (cfr. MORALES MORENO, A.-M., *La compraventa internacional...*, ob. cit., pág. 296, que sigue sustancialmente las ideas de VON CAEMMERER/SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht*, 2.^a ed., Comentario del art. 35 CV).

(97) Para MORALES MORENO, dentro del ámbito de la compraventa internacional de mercaderías, la regulación de la CV es compatible con los remedios que regulan los efectos del dolo en el Derecho interno. A su juicio, siguiendo en este punto a VON CAEMMERER/SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, (*Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht*, 2.^a ed., Comentario del art. 40 CV), la regulación del dolo en el Derecho interno será aplicable cuando incida sobre aspectos diferentes de los ordenados en la Convención. Así sucederá, por ejemplo, cuando tenga una función netamente sancionadora, diferente de la del artículo 40 de la CV, como acontece, sin ir más lejos, en el apartado segundo del artículo 1.107 del Código Civil español, y, en general, en la estafa penal (cfr. MORALES MORENO, A.-M., *La compraventa internacional...*, ob. cit., pág. 355).

ordenamientos continentales, y que va aparejada indefectiblemente a la construcción desmembrada del sistema de remedios orientados a dar satisfacción al interés del comprador, lo cual no es cosa de poca monta.

D) LOS DISTINTOS «CRITERIOS DE CONFORMIDAD» CON EL CONTRATO

Pero lo que nos interesa destacar más ahora, independientemente de cómo quede configurado tal principio de la falta de conformidad en nuestra legislación interna, merced a la futura transposición legislativa de la Directiva 1999/44/CE en España, es explicar cuáles son los criterios de interpretación por los que se presume la existencia de *conformidad* del bien adquirido, y que se incorporan y aparecen en esta Directiva dentro de su artículo 2, en lo que ella misma denomina «*conformidad con el contrato*». Estos criterios que se corresponden, en buena medida, como decimos, con los recogidos en el artículo 35 de la CV son los siguientes: 1.º supuesto en que los bienes «*se ajustan a la descripción realizada por el vendedor y poseen las cualidades del bien que el vendedor haya presentado al consumidor en forma de muestra o modelo*»; 2.º supuesto en que los bienes sean «*aptos para el uso especial requerido por el consumidor, que éste haya puesto en conocimiento del vendedor en el momento de la celebración del contrato y éste haya admitido que el bien es apto para dicho uso*»; 3.º supuesto en que los bienes «*son aptos para los usos a que ordinariamente se destinan bienes del mismo tipo*»; 4.º supuesto en que los bienes «*presentan la calidad y las prestaciones habituales de un bien del mismo tipo que el consumidor puede fundadamente esperar, habida cuenta de la naturaleza del bien y, en su caso, de las declaraciones públicas sobre las características concretas de los bienes hechas por el vendedor, el productor o su representante, en particular en la publicidad o el etiquetado*».

De los cuatro apartados, que permiten deducir de distintas maneras la *conformidad del contrato*, al menos son tres los que ya venían recogidos en el artículo 35 de la CV (98). Y al igual que en la propia CV, estas normas se deben entender como criterios legales de interpretación que fijan las reglas y los resultados a que conduciría, normalmente, la aplicación de las normas interpretativas. Para entender esto mejor estudiemos estos criterios separadamente:

1.º «*Se presumirá que los bienes de consumo son conformes al contrato si (...) se ajustan a la descripción realizada por el vendedor y poseen las cualidades del bien que el vendedor haya presentado al consumidor en forma*

(98) Cfr. Artículo 35 de la CV dentro de la nota 87.

de muestra o modelo». En primer lugar, cuando se habla de «*las cualidades del bien*» no se está refiriendo el texto legal a todas las cualidades que pueda descubrir el consumidor en la muestra, sino tan sólo aquéllas con las que éste pueda contar. Así, no se podrá imponer al vendedor que la mercancía tenga cualidades inferidas de la muestra dada por el consumidor, y que no hayan podido ser tenidas en cuenta por el vendedor. En cambio, sí comprenderá la muestra aquellas cualidades que sean directamente perceptibles en ella, así como las cualidades que el tráfico considera propias del tipo de objetos al que corresponde la muestra e, igualmente, aquellas otras que puedan ser conocidas por el vendedor. Pero, en ningún caso, las que unilateralmente pueda encontrar en la muestra el propio comprador.

Por otra parte, la muestra puede tener una doble función en su relación con la conformidad de los bienes entregados, a saber, atributiva o excluyente. En su función *atributiva*, la muestra obliga al vendedor a entregar los bienes de consumo, de acuerdo con el tipo y calidad que ella representa. En su función *excluyente*, por su parte, servirá para que el comprador o consumidor conozca la mercancía sobre la que contrata, como si estuviera «*a la vista*» en el momento de comprar. De ahí que no pueda invocarse la falta de conformidad si se sabe que el consumidor conoce o puede conocer, a través del examen de la muestra, que los objetos vendidos no reúnen determinadas cualidades o bien que los mismos adolecen de ciertos vicios.

La función atributiva se asienta en la autonomía de la voluntad, es decir, en el valor que las partes hayan querido atribuir en cada caso a la muestra utilizada. La muestra puede vincular respecto de todas las cualidades perceptibles en la cosa, o sólo de alguna de ellas, como el color, la medida, etc. Esta puede ser meramente indicativa, o también utilizarse para verificar los bienes servidos (muestra suministrada, después del contrato, por el vendedor). La venta bajo muestra existirá por el mero hecho de que «*el vendedor haya presentado (un bien) al consumidor en forma de muestra o modelo*», sin necesidad de probar la existencia de un pacto expreso o tácito sobre el alcance vinculante de la muestra. En cuanto a si la muestra presentada es vinculante o meramente indicativa deberá respetarse la autonomía de la voluntad, que también podrá limitar su aplicación a determinadas cualidades de la cosa entregada.

2.º «*Se presumirá que los bienes de consumo son conformes al contrato si (...) son aptos para el uso especial requerido por el consumidor que éste haya puesto en conocimiento del vendedor en el momento de la celebración del contrato y éste haya admitido que el bien es apto para dicho uso*». La función de este segundo criterio es la protección de los consumidores, y esta es la razón por la cual no aparece aquí, en contraposición a lo que acontece en el artículo 35.2.b) de la CV, el requisito de la confianza del comprador en «*la competencia y el juicio del vendedor*», ya que la CV se aplica lógicamente

a las relaciones entre comerciantes en el ámbito internacional, esto es, a operadores que actúan en iguales condiciones y sometidos a las reglas del mercado internacional.

Por contrapartida, este criterio de interpretación del 2.2.b) de la Directiva 1999/44/CE, se aplicará en el ámbito interno de las ventas de bienes muebles corpóreos en el que, por ejemplo, el consumidor haga saber al vendedor el destino o lugar donde se revenderán esas mercaderías o bienes, o también en el caso en que el comprador indique las reglas y criterios exigibles del lugar donde se piensan revender esos bienes por el consumidor. El primer supuesto afecta al conocimiento de las reglas del mercado y, el segundo, al conocimiento de las características del objeto vendido. Al no exigirse en la Directiva 1999/44/CE aquella relación de confianza del comprador *«en la competencia y el juicio del vendedor»*, tal y como hace el artículo 35.2.b) de la CV, el ámbito de aplicación de ésta será muy amplio, siempre que se parta del presupuesto de que el vendedor *«haya admitido que el bien es apto para dicho uso»*.

3.º *«Se presumirá que los bienes de consumo son conformes al contrato si (...) son aptos para los usos a que ordinariamente se destinan bienes del mismo tipo»*. Este tercer criterio, copiado literalmente de la CV, refleja lo que puede esperar un comprador razonable en las mismas circunstancias, y se podrá aplicar tanto a las ventas genéricas como a las específicas. Dentro del ámbito del artículo 35 de la CV, trasladable por su similitud a la Directiva 1999/44/CE, su aplicación exigirá que, de acuerdo con el contrato, sea posible establecer una correspondencia entre las mercaderías vendidas y un tipo de tráfico, pero nada impedirá, sin embargo, que el contrato opere con un tipo singular de mercaderías, de cualidades sólo identificables a través de su descripción, por medio de las *«prácticas»* previamente establecidas entre las partes contratantes (art. 9.1 CV).

4.º *«Se presumirá que los bienes de consumo son conformes al contrato si (...) presentan la calidad y las prestaciones habituales de un bien del mismo tipo que el consumidor puede fundadamente esperar, habida cuenta de la naturaleza del bien y, en su caso, de las declaraciones públicas sobre las características concretas de los bienes hechas por el vendedor, el productor o su representante, en particular en la publicidad o el etiquetado»*. Este cuarto criterio es el más novedoso y singular de los recogidos en la nueva Directiva 1999/44/CE, ya que no tiene su origen directo en la CV. Con éste se pretenden cubrir las razonables y legítimas esperanzas que el consumidor puede esperar fundadamente con la adquisición del bien, ofreciendo un aspecto marcadamente subjetivo frente al primer criterio, en el que se presentaba al consumidor una muestra o modelo para la compra. Sin embargo, se señala aquí, que, en la evaluación de *«la calidad y prestaciones habituales de un bien del mismo tipo»* que el adquirido, habrán de tenerse en cuenta dos elementos que la hagan posible: en primer lugar, la propia naturaleza del bien, y, en segundo lugar, las

eventuales *declaraciones públicas* sobre las características concretas de los bienes que hubiere hecho el vendedor, el productor o su representante (publicidad y etiquetado, singularmente). alguna conexión cabría establecer aquí con «*las prestaciones propias de cada producto o servicio*» del artículo 8.1 de la LGDCU. Esta norma establece, como se sabe, que «*la oferta, promoción y publicidad de los productos, actividades o servicios, se ajustarán a su naturaleza, características, condiciones, utilidad o finalidad, sin perjuicio de lo establecido en las disposiciones sobre publicidad. Su contenido, las prestaciones propias de cada producto o servicio, y las condiciones y garantías ofrecidas, serán exigibles por los consumidores o usuarios, aun cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado o en el documento o comprobante recibido*». Esto presupone, en consecuencia, la incorporación al contrato de la información publicitaria, bien provenga ésta del vendedor o de un tercero (productor, representante), como paso previo para su exigibilidad y para que tenga valor vinculante. La incorporación de la publicidad al contrato se produce siempre aun cuando provenga de un tercero (99).

En todo caso, como puede comprobarse por la terminología empleada en el artículo 2.2.d) de la Directiva 1999/44/CE, el concepto de publicidad comercial dentro del marco jurídico del contrato debe tomarse en un sentido muy amplio, pues ello permitirá incluir dentro de la amplia expresión «*declaraciones públicas*» toda forma de comunicación que hubiese sido realizada por una persona física o jurídica, pública o privada, con el fin de promover la contratación de bienes o servicios. Como conclusión puede decirse que es aceptada por la doctrina esta formulación amplia del concepto de publicidad dentro de la nueva Directiva 1999/44/CE, vinculándolo así acertadamente, a nuestro juicio, con el artículo 2.1 de la *Directiva del Consejo 84/450/CEE, de 10 de septiembre de 1984, sobre publicidad engañosa*, y, más particularmente, con el artículo 2 de la *Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad (LGP)*, donde se recoge textualmente esta idea de la publicidad referida a toda forma de publicidad (100).

E) EL PROBLEMA PARTICULAR DE LA INCIDENCIA DE LA PUBLICIDAD EN EL CONTRATO

En este punto, que es el del cuarto supuesto descrito más arriba, se plantea abiertamente en la Directiva 1999/44/CE el interesante problema de la inci-

(99) Cfr. GÓMEZ CALLE, E., *Los deberes precontractuales de información*, 1994, págs. 73-79.

(100) Cfr. MORALES MORENO, A.-M., «Información publicitaria y protección del consumidor (Reflexiones sobre el art. 8.º de la LGCU)», en *Homenaje a J. B. Vallet de Goytisolo*, vol. VIII, 1992, págs. 668 y sigs.; *ibídem*, «Declaraciones públicas y vinculación contractual...», *ob. cit.*, págs. 268-269.

dencia de la publicidad en el contrato. *Prima facie*, puede afirmarse que la vinculación contractual sólo nacerá en el supuesto en que las mismas «*declaraciones públicas sobre las características concretas de los bienes*» [en particular, en la publicidad o el etiquetado mencionados en el art. 2.2.d) de la Directiva] susciten expectativas concretas en el consumidor. En segundo lugar, conviene apuntar que, para que esto acontezca, será preciso también que esa publicidad, en su sentido amplio, tenga un contenido informativo y no meramente persuasivo o de incitación al consumo. Esta diferencia de matiz, que recoge un sector de la doctrina, se nos antoja, sin embargo, de muy difícil delimitación y trascendencia, pues toda publicidad, por el solo hecho de serla, propende *per se* a incitar al consumo de lo que publicita, si bien cabría, en términos meramente teóricos, la posibilidad de separar todos aquellos datos o elementos informativos de la publicidad que sean susceptibles de una comprobación técnica u objetiva de cualesquiera otros datos de la misma ajenos a este tipo de comprobación. En realidad, tal separación y diferenciación es, a mi juicio, prácticamente imposible.

En cualquier caso, estas reglas del artículo 2.2.d) sobre la publicidad de la Directiva 1999/44/CE suponen un paso más, si acaso de refuerzo, si se quiere decir así, en la línea argumentativa de que la publicidad forma parte esencial de la oferta contractual, permitiendo soslayar de esta manera, con un nuevo apoyo doctrinal, las dificultades dogmáticas que venía presentando la incorporación de la publicidad al contrato dentro de nuestro ordenamiento jurídico. En todo caso, estos obstáculos han venido resolviéndose en la práctica por nuestra doctrina, primero, merced al principio que propugna la integración del contrato conforme a las exigencias de la buena fe (art. 1.258 del Código Civil) (101), y, más tarde, a través de la idea de las previsiones legales concretas, y donde ha desempeñado, sin duda, un importante cometido el artículo 8 de la LGDCU, al incluirse la publicidad dentro de la propia oferta contractual, esto es, dentro del artículo 8 de la LGDCU. Las denominadas tan gráficamente versiones «*voluntarista*» y «*documentalista*» o «*declaracionista*» del contrato, por ciertos autores, pueden superarse o conciliarse de esas dos maneras aquí apuntadas, en pro de una concepción más acorde con nuestros presupuestos constitucionales, negando así la absoluta autonomía de lo económico (oferta-demanda, contrato) respecto de lo jurídico-político. Bastaría de este modo, por ejemplo, reconocer la existencia de la buena fe para considerar contractualmente exigible lo que no hubiera sido querido por una de las partes. Pero es que ahora, además, desde el año 1984, con el apoyo del artículo 8 de la LGDCU, la cuestión se simplifica extraordinaria-

(101) Unas consideraciones muy interesantes sobre la buena fe, a este respecto, pueden verse en MORALES MORENO, A.-M., «Información publicitaria y protección del consumidor...», *ob. cit.*, págs. 676-680.

mente desde el punto de vista dogmático, línea que, por otra parte, aparece corroborada posteriormente además con el artículo 3.1 del *Real Decreto 515/1989, de 21 de abril, sobre protección de los consumidores en cuanto a la información a suministrar en la compraventa y arrendamiento de viviendas*, cuando afirma que «la oferta, promoción y publicidad dirigida a la venta o arrendamiento de las viviendas se hará de manera que no induzca, ni pueda inducir a error a sus destinatarios, de modo tal que afecte a su comportamiento económico y no silenciará datos fundamentales de los objetos de la misma» (102).

Conviene advertir, en la misma dirección más arriba apuntada, que nuestro TS ya otorgó, hace bastantes años, a las mismas declaraciones publicitarias el carácter de obligación contractual exigible. Así, por ejemplo, en la STS de 14 de junio de 1976, en relación con una máquina que no daba el rendimiento que se anunciaba en su propaganda, o más claramente, en la STS de 27 de enero de 1977, al imponer al vendedor de unos pisos la obligación de supeditarse a lo ofertado en unos folletos publicitarios de los mismos, o también, por ejemplo, en la STS de 20 de marzo de 1982, en lo tocante al valor y eficacia jurídica de los anuncios publicitarios en relación con una venta de viviendas de protección oficial (103).

Hoy en día, además, en la Directiva 1999/44/CE se sostiene, explícitamente, que para juzgar de la falta de conformidad del bien se debe tener en cuenta la publicidad hecha no sólo por el vendedor, sino también por el productor o su representante. En efecto, esto no viene sino a apoyar lo que la doctrina ya venía sosteniendo con antelación, puesto que como se hacía observar, aunque fuera de modo implícito, el propio artículo 8 de la LGDCU reconocía que el contenido de la publicidad se incorporaba al contrato, aunque ésta no figurara expresamente en el contrato celebrado o en el documento o comprobante recibido al concluir el mismo. Se argüía con razón por la doctrina, además, que esta incorporación de la publicidad al contrato se produciría tanto si la misma proviniera de la otra parte contratante, como si lo hace de otra persona distinta a ella (productor, fabricante, importador, franquiciante, concedente de una exclusiva, etc.), lo cual se contempla ahora de una forma explícita, como puede comprobarse, en la Directiva 1999/44/CE. En cualquier caso, la incorporación de esta publicidad al contrato no exige que ésta sea considerada como *oferta contractual*, pues tanto el principio de la buena fe como el artículo 8 de la LGDCU permiten lograr esa incorpora-

(102) En este sentido, PASQUAU LIAÑO, M., *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, 1992, pág. 161, y MORALES MORENO, A.-M., *Información publicitaria y protección del consumidor...*, *ob. cit.*, págs. 672-680; *ibidem*, «Declaraciones públicas y vinculación contractual...», *ob. cit.*, pág. 270.

(103) Cfr. RJ 1982/1386.

ción al margen de la voluntad de las partes. Sería algo así como llegar a la conclusión un tanto paradójica de que la publicidad, con independencia de cualquier otra consideración, hay que situarla dentro de la oferta, pero sin llegar a ser parte de la oferta contractual propiamente dicha: tanto la buena fe del 1.258 del Código Civil como el artículo 8 de la LGDCU permitirán la plena incorporación de la publicidad al contrato al margen de la voluntad de las partes. Presupuesta de esta manera la regla de la incorporación de la publicidad al contrato, no se hará necesario justificar el carácter vinculante de la publicidad considerándola como parte constitutiva de la oferta del contrato.

Por otra parte, también puede argumentarse que esta vinculación que genera la publicidad no es sino una manifestación más de lo que suele denominarse *responsabilidad objetiva*, por cuanto que la misma supone una atribución clara de riesgo, y que se justificaría porque toda actuación publicitaria genera una confianza en sus destinatarios, sin que puedan establecerse diferencias *a priori*, según la publicidad proviniera del contratante o de un tercero. Cabe, pues, que el anunciante sea el contratante o que no lo sea. En el supuesto en que el anunciante no sea parte del contrato celebrado con el consumidor cabe la posibilidad de construir la responsabilidad de éste como contractual o extracontractual, con la importante diferencia que existe entre una y otra en lo que concierne al plazo de ejercicio de la acción correspondiente (quince años o un año de los arts. 1.964 y 1.968.2.º del Código Civil, respectivamente). Con todo, compartimos con la doctrina más autorizada la idea de que es más conveniente construir doctrinalmente, hoy en día, este supuesto como un caso de responsabilidad contractual, pues el plazo de quince años resulta un tanto excesivo e implica una atribución de riesgo desorbitada, con independencia de que, además, el plazo de un año del artículo 1.968.2.º del Código Civil está pensado, en principio, para supuestos de responsabilidad basados en la culpa (104).

Otro problema distinto, si bien relacionado con el anterior, es que en la propia Directiva 1999/44/CE no se determina cómo se articulan entre sí los diferentes criterios de conformidad que en ella se describen y que hemos mencionado y explicado más arriba, lo que nos hace suponer que corresponderá al legislador nacional la tarea de regular esa articulación en el momento de transponer la Directiva. No puede sostenerse, sin embargo, como pudiera parecer a primera vista, que exista tal conformidad si la cosa se adecua a cualquiera de los criterios mencionados en su importante artículo 2. En algunos casos podrá sostenerse que los criterios que ahí figuran son complementarios, pero en otros no, y deberá prevalecer uno de ellos sobre los otros (por

(104) Por todos MORALES MORENO, M.-A., *Información publicitaria y protección del consumidor...*, ob. cit., págs. 683-685 y 692.

ejemplo, en el caso de un uso especial de un bien de consumo requerido por el comprador).

Conviene advertir que, según el artículo 2.2.d) de la Directiva 1999/44/CE, para que se produzca la vinculación del vendedor por *«las declaraciones públicas»* (publicidad) sobre las cualidades del objeto se debe exigir: 1.º que tales declaraciones sean realizadas por *el vendedor, el productor o su representante*; 2.º que las mismas se refieran a *la calidad y las prestaciones habituales* del bien, y que incidan en la conformidad del mismo (105); 3.º que tales declaraciones puedan provocar o provoquen en el comprador una confianza justificada o que éste pueda *fundadamente esperar*, y 4.º que las mismas versen sobre *características concretas de los bienes* hechas en su día por el vendedor, el productor o su representante.

El concepto de *«vendedor»* y *«productor»* al que se refiere la propia Directiva 1999/44/CE, debe buscarse en su artículo 1. De este modo, será vendedor *«cualquier persona física o jurídica que, mediante un contrato, vende bienes de consumo en el marco de su actividad profesional»*, y será productor *«el fabricante de un bien de consumo, el importador de un bien de consumo en el territorio de la Comunidad o cualquier persona que se presente como productor indicando en el bien de consumo su nombre, su marca u otro signo distintivo»*.

Lo que determina, a fin de cuentas, la vinculación del vendedor no es tanto la existencia de declaraciones públicas, cuanto la confianza justificada que las mismas puedan provocar en el comprador. De esta manera, la Directiva 1999/44/CE, de acuerdo con el principio de la buena fe, conecta a la confianza del consumidor la exigencia de su protección, y con ello, al mismo tiempo, está ofreciendo el criterio para delimitar esa protección (106).

Por otro lado, si bien la Directiva 1999/44/CE impide al comprador renunciar anticipadamente a los derechos que ella le atribuye en caso de falta de conformidad (art. 7.1), ello no implica que no se admita la existencia de *límites* en la vinculación por declaraciones públicas. Estos límites de la incorporación al contrato de las declaraciones públicas dentro de nuestro ordenamiento jurídico no son otros que los derivados de la autonomía de la voluntad en la medida en que la misma pueda actuar, y, asimismo, aquellos otros que provengan de la exigencia de protección de la confianza del consumidor, o dicho con otras palabras, lo que éste puede fundadamente esperar del producto como consecuencia de las declaraciones públicas realizadas.

(105) No en vano, en el *Preámbulo de la Directiva 1999/44/CE*, se constata que *«las principales dificultades de los consumidores y la principal fuente de conflictos con los vendedores se refieren a la falta de conformidad del bien con el contrato»* (Considerando 6.º).

(106) Cfr. MORALES MORENO, A.-M., *Declaraciones públicas y vinculación contractual...*, *ob. cit.*, pág. 274.

Estos límites se pueden dar tanto por parte del comprador como por parte del vendedor. Por parte del comprador o consumidor, en primer lugar, porque puede ocurrir que *«en el momento de la celebración del contrato el consumidor tenía conocimiento de este defecto (de conformidad) o no podía fundadamente ignorarlo, o si la falta de conformidad tiene su origen en materiales suministrados por el consumidor»* (art. 2.3 Directiva). Como se ha hecho notar, si el comprador *conoce* la falta de conformidad del objeto con las declaraciones públicas efectuadas, no se dará el presupuesto exigido por la misma Directiva 1999/49/CE en esta manifestación de la falta de conformidad, esto es, la confianza del consumidor. Este no podrá *«fundadamente esperar»* que el bien presente *«la calidad y las prestaciones habituales»* indicadas en la publicidad (art. 2.2.d). Con todo, sin embargo, el comprador o consumidor podrá merecer protección a través de los remedios legales establecidos en el artículo 3 de la Directiva, siempre que exista una garantía de que la falta de conformidad será corregida.

En otro orden de cosas, y aplicándolo ahora a cualquier falta de conformidad recogida en los demás supuestos del artículo 2.2 de la Directiva 1999/44/CE, ese conocimiento que tiene el comprador del defecto de conformidad no excluirá la vinculación del vendedor a las cualidades de la cosa que viniesen recogidas o contempladas en el contrato, pero sí excluirá, en cambio, la aplicación de los criterios de interpretación establecidos en su mismo artículo 2.2. Sin embargo, no hay que excluir la posibilidad de que, en algunos casos, pueda alcanzarse un resultado parecido a través del consabido criterio de la buena fe. Abundando en esta idea puede afirmarse que no sería contrario a la buena fe el hecho de ejercitar ciertos remedios orientados al efectivo cumplimiento del contrato (reparación o sustitución de la cosa, reducción del precio, resolución del contrato), cuando se conozca de antemano esa falta de conformidad. Será el caso, frecuente cuando se trata de determinados productos del mercado, en que un consumidor compra una determinada máquina defectuosa de la que conoce su mal estado, la cual aparece incluida, por otra parte, dentro de toda una serie de máquinas que presentan ciertas anomalías o defectos, si bien el comprador/consumidor toma la precaución de fijar en el contrato las características que debe tener la misma en el momento de adquirirla y, espera, razonablemente, que el vendedor le corrija en el momento de la entrega aquellos desperfectos detectados *a priori*. Adviértase aquí que no estoy hablando de los bienes de segunda mano, que, por su naturaleza específica, el legislador comunitario permite a los Estados miembros la posibilidad de no incluirlos dentro de los llamados «bienes de consumo» (art. 1.3). En último lugar, el hecho de que el mismo artículo 2.3 de la Directiva 1999/44/CE se aplique no sólo al que conoce la falta de conformidad, sino también, como se afirma textualmente, a quien *«no podía fundadamente ignorarlo»*, no trata

tanto de sancionar la culpa del comprador cuanto de facilitar el problema de la prueba (107).

Hasta aquí lo que se refiere al comprador o consumidor. Por lo que afecta al supuesto del vendedor, en segundo lugar, los límites de la incorporación de la publicidad al contrato pueden producirse porque éste *«demuestra que desconocía y no cabía razonablemente esperar que conociera la declaración en cuestión, o, que dicha declaración había sido corregida en el momento de la celebración del contrato, o, que dicha declaración no pudo influir en la decisión de comprar el bien de consumo»* (art. 2.4 Directiva). Conforme al tenor literal de este artículo cabe inferir que únicamente el vendedor, que no el fabricante o productor, podrá quedar desligado del efecto publicitario de las declaraciones públicas si demuestra los extremos ahí enunciados. Obviamente, el vendedor no podrá demostrar desconocimiento de esa publicidad si la misma hubiere sido realizada por él mismo o sus representantes, y tan sólo es razonable pensar que será válido o efectivo ese desconocimiento para el supuesto en que se trate de publicidad realizada por el productor o su representante. Asimismo, es lógico pensar que la corrección de la publicidad, a la que se alude en este artículo 2.4, debe entenderse también operativa para todo el momento anterior a la celebración del contrato y no sólo para *«el momento de la celebración del contrato»*, tal y como se recoge literal y confusamente en el texto legal citado.

En cuanto a si la publicidad pudo o no influir en la decisión de comprar, parece claro que toda publicidad e información complementaria pretende influir en el ánimo del comprador, lo que dejará casi siempre al arbitrio del juzgador, en última instancia, la enojosa y muy difícil demostración de la existencia o no de tal influencia publicitaria. En cualquier caso, si bien el vendedor podría liberarse si demostrase tales extremos, no ocurrirá lo mismo con el productor o fabricante y sus eventuales representantes, ya que la Directiva 1999/44/CE, como recoge claramente en su artículo 2.4, se refiere exclusivamente al vendedor.

En último lugar, antes de ver cuáles son los remedios legales uniformes a la falta de conformidad, la Directiva 1999/44/CE hace una referencia a la falta de conformidad que resulte de una incorrecta instalación del bien de consumo. Se presume que ésta es equiparable a la falta de conformidad del bien, pero con la condición expresa de que *«la instalación esté incluida en el contrato de compraventa del bien y haya sido realizada por el vendedor o*

(107) Esta es la opinión de VON CAEMMERER/SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, en su *Kommentar*, dentro del artículo 35 de la CV, y que sigue también MORALES MORENO. En el caso de que el vendedor ofreciere al comprador la posibilidad de verificar el estado de las mercaderías entregadas no será suficiente para exonerarse de la falta de conformidad. Tampoco podrá hacerlo en todos aquellos casos en que el vendedor haya actuado con dolo (cfr. MORALES MORENO, A.-M., *La compraventa internacional...*, *ob. cit.*, pág. 308).

bajo su responsabilidad». Asimismo, en estos supuestos, se estimará que existe falta de conformidad cuando se dé la circunstancia de que «*la instalación del bien esté previsto que sea realizada por el consumidor, sea éste quien lo instale y la instalación defectuosa se deba a un error en las instrucciones de instalación*». El legislador comunitario se refiere aquí a un error material de las instrucciones que acompañan al bien y, en ningún caso, a un error derivado de la mala o defectuosa ejecución de las mismas (art. 2.5 Directiva) (108).

F) LOS REMEDIOS LEGALES MÍNIMOS FRENTE AL VENDEDOR EN LA COMPRAVENTA DE BIENES DE CONSUMO

Los remedios que hay que aplicar al comprador en caso de falta de conformidad con las declaraciones públicas (publicidad), son los mismos remedios que ofrece la Directiva 1999/44/CE para cualquiera de las otras manifestaciones de falta de conformidad, y vienen desarrollados en el artículo 3 de la misma, que es donde, precisamente, se establece la responsabilidad del vendedor ante el consumidor «*de cualquier falta de conformidad que exista en el momento de la entrega del bien*» (art. 3.1 Directiva).

Con la aceptación exclusiva por el legislador comunitario de la responsabilidad del vendedor se acogió la solución, tal vez menos comprometida, ya que viene a coincidir con la solución tradicional consagrada en las propias disposiciones internas de los Estados miembros. Sin embargo, esta postura ya fue criticada por parte del *European Consumer Law Group (ECLG)*, por atisbar cierta incoherencia derivada del hecho de que sea el fabricante el verdadero responsable de los vicios o defectos de los bienes que produce o distribuye en el mercado. Admitir la responsabilidad del productor o fabricante frente al consumidor, que no ha contratado con él sino con el vendedor, contravendría el principio de la eficacia relativa de los contratos o relatividad contractual del artículo 1.257.1 del Código Civil, cuando se afirma que «*los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos*» (109).

Pero con independencia de que esta Directiva establezca como principio básico la responsabilidad *directa* del vendedor por los defectos o faltas de conformidad de los bienes vendidos, no se olvida tampoco decir, a su vez, que los auténticos responsables de tales vicios o defectos pueden ser también otros

(108) Esta segunda posibilidad se añadió posteriormente a la *Propuesta inicial de Directiva*, presentada por la Comisión el 23 de agosto de 1996 (DOCE 16-10-1996).

(109) En este mismo sentido se manifiesta LETE ACHIRICA, J., «La Directiva sobre la venta y las garantías de los bienes de consumo de 25 de mayo de 1999 y su transposición en le Derecho español», en *Actualidad Civil*, núm. 42, 1999, págs. 1368 y sigs.

participantes en la cadena de distribución y comercialización distintos al vendedor final (considerando 9). En efecto, puede ocurrir que en muchas ocasiones los problemas que afectan a los bienes de consumo se deban a defectos imputables al productor o a un vendedor anterior. Para estos casos en que «*el vendedor final deba responder ante el consumidor por falta de conformidad resultante de una acción u omisión del productor, de un vendedor anterior perteneciente a la misma cadena contractual o de cualquier otro intermediario, el vendedor final podrá emprender acciones contra la persona responsable en la cadena contractual*» (art. 4). Esto es, se habla de la responsabilidad *directa* del vendedor o vendedores e intermediarios dentro de la cadena de distribución y comercialización de los bienes y productos, y se deja abierta a la armonización comunitaria una más que previsible responsabilidad del productor, ya regulada, por otra parte, en algunos aspectos en España, como es el caso, por ejemplo, en lo que afecta a la prestación de un adecuado servicio técnico o el suministro de piezas de repuesto (art. 12.3 LOCM) (110).

Dentro de nuestro Derecho, sin embargo, no se reconoce, por el momento, la posibilidad de ejercitar una *acción directa* contra el productor o fabricante por los defectos o anomalías del bien vendido y que a él le sean imputables, con independencia de la responsabilidad que pueda derivarse de los daños causados por tales productos defectuosos, a la luz de la *Ley 22/1994, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos* (LRCP). Sin embargo, sí es posible acudir, para sortear esta dificultad en la práctica, a la figura del *contrato a cargo de tercero o dirigido a la prestación del tercero*, con base legal más que suficiente en los artículos 1.255, 1.257 y 1.259 del Código Civil. Por virtud de esta «*promesa de hecho ajeno*» es sabido que una de las partes se obliga frente a la otra a que un tercero se comprometa en el futuro a darle alguna cosa o prestarle algún servicio o, meramente, a un simple *non facere*. El vendedor (*promitente*) de este modo quedará liberado de su obligación cuando el productor o fabricante (*tercero*) dé su consentimiento o acepte cumplir respecto al comprador (*promisario*), o también, en el caso de que el productor o fabricante se tratara de una persona física, puede ocurrir que ésta hubiere muerto o devenido incapaz para realizar lo que el vendedor prometió antes de que hubiere aceptado. Estaremos, en consecuencia, ante una *prestación de garantía* que supondrá que si el fabricante o productor (tercero) no acepta o consiente en la promesa, entonces el vendedor (promitente) quedará obligado a indemnizar de los daños y perjuicios.

(110) En efecto, el artículo 12.3 de la LOCM establece, tal y como hemos explicado en la primera parte de este estudio, que «*el productor o, en su defecto, el importador, garantizará, en todo caso, frente a los compradores, la existencia de un adecuado servicio técnico para los bienes de carácter duradero que fabrica o importa, así como el suministro de piezas de repuesto durante un plazo mínimo de cinco años a contar desde la fecha en que el producto deje de fabricarse*».

cios causados por la insatisfacción del comprador (promisario) por el incumplimiento del contrato, o, lo que es lo mismo, por la *falta de conformidad* del bien vendido (111).

Mención especial merece ahora, como decíamos antes, la consideración de la eventual responsabilidad del *productor* por falta de conformidad del objeto, posibilidad que, incluso, es tenida en cuenta de *lege ferenda* por el propio legislador comunitario, tomando como base de esa reforma tanto la evolución legal y jurisprudencial de los Estados miembros en esta materia como la eventual experiencia que se obtenga en la aplicación de la Directiva 1999/44/CE. En efecto, así se previene en la precitada Directiva a todos los Estados miembros, que «*a la luz de esta evolución —legislación y jurisprudencia— y de la experiencia adquirida en la aplicación de la presente Directiva, podría ser necesario prever una mayor armonización, en particular estableciendo una responsabilidad directa del productor respecto de los defectos de que sea responsable*» (Preámbulo Directiva, considerando 23).

Pues bien, la doctrina más preocupada en España por esta evolución de la responsabilidad del productor, fundándose e invocando principalmente la doctrina alemana (112), cree factible superar de modo coherente el escollo dogmático que representa en este caso el principio de la relatividad contractual, articulando como solución la aceptación de una responsabilidad concurrente del vendedor y del productor dentro del mismo contrato. De este modo, por cuanto que no existe al día de hoy una previsión legal concreta en España a este problema, la responsabilidad del productor podría justificarse cumplidamente en la práctica o bien como una exigencia que deriva del principio de la buena fe, y que constituiría una manifestación de la responsabilidad por la confianza, o, si acaso, en segundo lugar, como un supuesto de responsabilidad objetiva o de atribución de riesgo. Más concretamente, y profundizando en el contenido de esta responsabilidad, la garantía del productor debería circunscribirse al interés en el cumplimiento o satisfacción del contrato, excluyéndose así de la misma tanto las indemnizaciones por los daños subsecuentes, personales o materiales, que tengan su origen en un producto adquirido defectuoso (habría que aplicar aquí la *LRCP de 6 de julio de 1994*), como también aquellas otras indemnizaciones que puedan derivarse de daños puramente patrimoniales, de difícil cálculo, y cuyo cumplimiento podría conducir a una responsabilidad económicamente insoportable. En suma, con independencia de la solución al problema de carácter práctico que hemos apuntado, la *prestación de la garantía* del productor podría, de *lege ferenda*, canalizarse

(111) Cfr. GULLÓN BALLESTEROS, A., «La promesa del hecho ajeno», en *ADC*, 1964, págs. 12 y sigs.

(112) Cfr. particularmente LEHMANN, *Vtragsanbahnung durch Werbung*, 1981; KÖNDGEN, *Selbstbindung ohne Vertrag*, 1981.

también a través de los mismos remedios que tiene el comprador frente al vendedor, incluido el supuesto más controvertido de la resolución del contrato. En apoyo de esta argumentación pueden aducirse ahora las palabras literales del artículo 1.2.e) de la Directiva 1999/44/CE cuando habla de «*ocuparse de cualquier modo del bien*» o del «*reembolso del precio pagado*», las cuales abonan precisamente esta solución (113).

Volviendo de nuevo a los remedios legales, hay que partir de la base de que éstos tienen un carácter mínimo, o, lo que es lo mismo, que se podrán ejercitar «*sin perjuicio de otros derechos que pueda invocar el consumidor en virtud de otras normas nacionales relativas a la responsabilidad contractual o extracontractual*». Cada Estado miembro podrá, en consecuencia, al transponer este texto legal, «*adoptar o mantener, en el ámbito regulado por la presente Directiva, disposiciones más exigentes, compatibles con el Tratado, para garantizar al consumidor un nivel de protección más elevado*» (art. 8 Directiva 1999/44/CE). En cualquier caso cabe advertir, asimismo, que la doctrina más autorizada en España se muestra reticente a admitir la posibilidad de que los consumidores puedan utilizar normas del ordenamiento nacional que no sean de responsabilidad contractual o extracontractual, por ejemplo, las fundadas en el error, vicio de la voluntad, etc., como remedio protector frente a la falta de conformidad del objeto. Casi huelga que de aceptarse actualmente ese planteamiento, cuando se piensa haber ya superado el problema de los plazos excesivamente cortos de las acciones de saneamiento por vicios ocultos, no se aportaría seguramente demasiado en favor de la protección de los consumidores, y, en cambio, se desarticularía con todo ello el sistema de remedios de la responsabilidad contractual, profundizándose al mismo tiempo en divergencias con otros ordenamientos nacionales (114).

Los remedios que articuladamente nos presenta la Directiva 1999/44/CE son los siguientes: «*en primer lugar*», la puesta «*en conformidad mediante la reparación o la sustitución del bien sin cargo alguno*», y, subsidiariamente, «*una reducción adecuada del precio o la resolución del contrato respecto de dicho bien*» (art. 3.2). No se prevé la indemnización de daños y perjuicios, materia que quedará en su día reservada a lo que dicten los derechos nacionales cuando se transponga la Directiva. Sin embargo, en algunos casos, podrá estimarse la reducción del precio como una indemnización de alcance limitado, reducida al menor valor que posea la cosa. Estos remedios concuerdan con lo ya regulado en España en la LCDCU, pues los mismos se corres-

(113) Cfr. MORALES MORENO, A.-M., *Información publicitaria y protección del consumidor...*, pág. 689; *ibidem*, «Declaraciones públicas y vinculación contractual...», *ob. cit.*, págs. 284-287.

(114) Cfr. MORALES MORENO, A.-M., «Declaraciones públicas y vinculación contractual...», *ob. cit.*, pág. 280.

ponden en general con los que aparecen dentro de su artículo 11.3 cuando se refiere a la garantía de los bienes de naturaleza duradera (115).

Dentro de estos remedios legales se considera, pues, prioritario, que el consumidor obtenga una satisfacción *in natura*, por medio de la reparación o sustitución del objeto, «*en ambos casos sin cargo alguno, salvo que ello resulte imposible o desproporcionado*» (art. 3.3, párrafo 1.º). Esta expresión «*sin cargo alguno*» utilizada en los apartados 2 y 3 del artículo 3 «*se refiere a los gastos necesarios realizados para subsanar la falta de conformidad de los bienes con el contrato, especialmente los gastos de envío, así como los costes relacionados con la mano de obra y los materiales*» (art. 3.4). Asimismo, «*se considerará desproporcionada toda forma de saneamiento que imponga al vendedor costes que, en comparación con la otra forma de saneamiento, no sean razonables, teniendo en cuenta: el valor que tendría el bien si no hubiera falta de conformidad, la relevancia de la falta de conformidad, y si la forma de saneamiento alternativa pudiese realizarse sin inconvenientes mayores para el consumidor*» (art. 3.3, párrafo 2.º).

Se entiende por «*reparación*», en caso de falta de conformidad, el hecho de «*poner el bien de consumo en un estado que sea conforme al contrato de venta*» (art. 1.2.f). En cualquier caso, «*toda reparación o sustitución deberá llevarse a cabo en un plazo razonable y sin mayores inconvenientes para el consumidor, habida cuenta de la naturaleza de los bienes y de la finalidad que tuvieran los bienes para el consumidor*» (art. 3.3, párrafo 3.º).

El comprador o «*consumidor tendrá derecho a una reducción adecuada del precio o a la resolución del contrato*» en los tres supuestos que se contemplan: «*si no puede exigir ni la reparación ni la sustitución, o si el vendedor no hubiera llevado a cabo el saneamiento en un plazo razonable, o si el vendedor no hubiera llevado a cabo el saneamiento sin mayores inconvenientes para el consumidor*» (art. 3.5). Estas medidas coinciden, en sus efectos, con el contenido de las denominadas acciones de saneamiento por vicios ocultos, si bien el plazo y las condiciones de ejercicio aquí son distintos. En efecto, en este caso el vendedor quedará obligado a responder «*cuando la falta de conformidad se manifieste dentro de un plazo de dos años a partir de la entrega del bien. Si, con arreglo a la legislación nacional, los derechos previstos en el apartado 2 del artículo 3 están sujetos a un plazo de pres-*

(115) En efecto, el artículo 11.3 de la LGDCU, con las acotaciones que hemos explicado en la primera parte de este trabajo, afirma que: «*Durante el período de vigencia de la garantía, el titular de la misma tendrá derecho como mínimo a: a) La reparación totalmente gratuita de los vicios o defectos originarios y de los daños y perjuicios por ellos ocasionados. b) En los supuestos en que la reparación efectuada no fuese satisfactoria y el objeto no revistiese las condiciones óptimas para cumplir el uso a que estuviere destinado, el titular de la garantía tendrá derecho a la sustitución del objeto adquirido por otro de idénticas características o a la devolución del precio pagado.*»

cripción, éste no podrá ser inferior a dos años desde la entrega del bien» (art. 5.1). Unicamente, cuando se trate de bienes de segunda mano, cuya naturaleza específica hace imposible su sustitución, los Estados miembros podrán disponer que el vendedor y el consumidor establezcan cláusulas contractuales que fijen un plazo de responsabilidad por parte del vendedor menor que éste más arriba consignado de dos años, pero sin que pueda ser inferior a un año (art. 7.1, párrafo 2.º).

Por otra parte, se prevé también que los Estados miembros, a la hora de transponer esta Directiva 1999/44/CE, *«podrán disponer que el consumidor, para poder hacer valer sus derechos, deberá informar al vendedor de la falta de conformidad en el plazo de dos meses desde la fecha en que se percató de dicha falta de conformidad»* (art. 5.2, párrafo 1.º). Con todo, *«salvo prueba en contrario, se presumirá que las faltas de conformidad que se manifiesten en un período de seis meses a partir de la entrega del bien ya existían en esa fecha, salvo cuando esa presunción sea incompatible con la naturaleza de los bienes o la índole de la falta de conformidad»* (art. 5.3).

G) LA DENOMINADA «GARANTÍA COMERCIAL»

Hasta el momento nos hemos ocupado de la *garantía legal*, esto es, de la protección jurídica del comprador con respecto a los eventuales defectos de los bienes o productos adquiridos, protección directamente resultante de una norma, y que aparece como un efecto secundario del contrato. *Conformidad del bien con el contrato según ley*, podría decirse con palabras acuñadas en el propio texto de la Directiva 1999/44/CE. Pero también debe tenerse en cuenta la denominada *garantía comercial*, que es aquélla que deviene como consecuencia de una manifestación de voluntad unilateral del garante, por la que éste se autorresponsabiliza por determinados defectos que se manifiesten en sus bienes dentro de un plazo determinado.

Toda garantía comercial tiene como característica esencial la circunstancia de que *«obligará a la persona que la ofrezca en las condiciones establecidas en el documento de garantía y en la correspondiente publicidad»* (art. 6.1). El garante o persona que la ofrece puede ser tanto el vendedor como el productor, sea éste su fabricante o importador. Y la obligación que deriva de la garantía comercial, según la definición que aporta el artículo 1.2.e) de la Directiva 1999/44/CE, puede derivar tanto de *«las condiciones enunciadas en la declaración de garantía»*, dadas por su garante como de la *«publicidad correspondiente»*, lo que da pie para presuponer que ésta se incorpora a la oferta contractual de una manera clara y terminante, en la línea del artículo 8.1 de la LGDCU cuando afirma que *«su contenido, las prestaciones de cada producto o servicio, y las condiciones y garantías ofrecidas serán exi-*

gibles por los consumidores o usuarios, aun cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado o en el documento o comprobante recibido», tal y como vimos anteriormente. Su aplicación valdrá tanto para la garantía legal como para la garantía comercial.

La Directiva 1999/44/CE establece también cuáles serán los requisitos para la correcta formulación y eficacia de la llamada *garantía comercial* por parte del garante oferente, y que se cifien, en primer lugar, al hecho de que se reconozca por éste la independencia y autonomía de que goza la garantía legal, al obligarse al garante a «*declarar que el consumidor goza de derechos con arreglo a la legislación nacional aplicable que regula la venta de bienes de consumo y especificar que la garantía no afecta a los derechos que asisten al consumidor con arreglo a la misma*», y, en segundo lugar, al hecho de que el mismo garante tendrá también obligación inexcusable de «*indicar con claridad el contenido de la garantía y los elementos básicos para presentar reclamaciones en virtud de la misma, en particular su duración y alcance territorial, así como el nombre y dirección del garante*» (art. 6.2). En pocas palabras, esta garantía comercial exige, primero, que se otorgue una protección más amplia que la otorgada por la propia ley nacional aplicable al supuesto de hecho y, segundo, una cierta claridad y concreción en el compromiso asumido unilateralmente por el garante. Protección más amplia que puede deberse tanto a la circunstancia de que se ofrezcan otras vías de protección que aparezcan cuestionadas o denegadas por el ordenamiento jurídico aplicable a ese caso particular (por ejemplo, indemnización por la privación del uso del bien adquirido), como porque, aunque coincida en sus contenidos esa protección con los remedios legales aplicables, se preste aquí, en la garantía comercial, por terceros no obligados contractualmente a ello. Convenirá, en consecuencia, para conocer de la validez o no de la garantía en estos casos, indagar tanto si ésta extralimita o supera el contenido tuitivo de las normas del ordenamiento jurídico aplicable, como si es suficiente el grado de claridad sobre su contenido esencial (identificación del garante, duración y alcance territorial de la garantía, etc.).

Siguiendo el mismo razonamiento debe advertirse también que, en la práctica comercial, en lo que se refiere a la extensión de la protección otorgada por determinada garantía, un mismo compromiso (por ejemplo, el de reparar o sustituir el bien adquirido) puede no constituir una verdadera garantía comercial si resulta que quien la ofrece es el vendedor, al estar obligado a ello por ley, y, sin embargo, sí constituir una auténtica garantía comercial si resulta que quien la ofrece es el fabricante o el importador, en el supuesto, claro está, de que el Derecho nacional aplicable a este caso no les impusiera a éstos la obligación de constituir esa garantía por cualquier causa.

En cuanto a la falta de claridad de la oferta, podrá eludirse ésta admitiéndose la existencia de verdadera garantía comercial, si se realiza una interpre-

tación de la misma acorde con la buena fe, utilizando en favor del consumidor los criterios aportados por los usos comerciales sobre garantías (duración, alcance territorial de la garantía, etc.), criterio este de integración que puede deducirse del artículo 6.5 de la Directiva 1999/44/CE, al admitir la validez de las garantías comerciales aunque infrinjan los requisitos exigidos por la propia ley. En efecto, la formulación de ésta es bien diáfana en la Directiva 1999/44/CE: «en el caso de que una garantía infringiera los requisitos de los apartados 2 [extensión y claridad de la garantía], 3 [que figure por escrito o en cualquier otro soporte duradero] o 4 [redacción en una o más lenguas oficiales de la Comunidad Europea], ello no afectaría en ningún caso a su validez, pudiendo el consumidor en todo caso exigir su cumplimiento» (art. 6.5). Estamos en presencia, una vez más, de la aplicación de ese versátil, proteico, ambiguo y ambivalente principio *pro consumatore*.

ANEXO I. BIBLIOGRAFIA BASICA

- AVILÉS GARCÍA, J., «Evolución de las garantías personales en el Derecho español», en *Anuario de Derecho Civil (ADC)*, fascículo 3, 1996, págs. 1073-1132.
- BERCOVITZ, A. y R., *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*, 1987.
- BERCOVITZ, R., «Comentario a la STS de 20 de octubre de 1990», en *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil (CCJC)*, núm. 24, 1990, págs. 1075-1082; *ibidem*, «Comentario a la STS de 23 de mayo de 1991», en *CCJC*, núm. 26, 1991, págs. 603-612; *ibidem*, «Comentarios a los artículos 25, 26, 27 y 28», en BERCOVITZ, R., y LEGUINA VILLA, J. (coordinadores), *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, 1992, págs. 681-729; *ibidem*, «Comentario a la STS de 23 de junio de 1993», en *CCJC*, núm. 33, 1993, págs. 863-871.
- BOTANA GARCÍA, G., «Régimen de garantía y conformidad de los productos y servicios», en BOTANA GARCÍA, G., y RUIZ MUÑOZ, M. (coordinadores), *Curso sobre protección jurídica de los consumidores*, 1999, págs. 490-507.
- CARRASCO PERERA, A., *La jurisprudencia del Tribunal Supremo relativa a la responsabilidad contractual*, Aranzadi Civil, 1993-I, págs. 1885-1901.
- CARRASCOSA, V.; POZO, M.^a A.; RODRÍGUEZ, E. P., *La contratación informática: el nuevo horizonte contractual. Los contratos electrónicos e informáticos*, 1997.
- CAVANILLAS MÚGICA, S., *Responsabilidad civil y protección del consumidor*, 1985; *ibidem*, «Las prestaciones propias de cada producto o servicio (art. 8.1 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios)», Aranzadi Civil, 1993-I, págs. 1839-1853.
- DE LA HAZA, P., «Garantías de los productos», en FONT GALÁN, J., y LÓPEZ MENUDO, F., *Curso sobre el Nuevo Derecho del Consumidor*, 1990, págs. 171-187.
- DE LEÓN ARCE, A., *Contratos de consumo intracomunitarios*, 1995.
- DELGADO ECHEVARRÍA, J., *Miscelánea de jurisprudencia sobre programas de ordenador y contratos de informática*, Aranzadi Civil, 1996, págs. 181-200.

- DÍAZ ALABART, S., «Comentario al artículo 12 LOCM», en PIÑAR MAÑAS, J., y BELTRÁN SÁNCHEZ, E. (directores), *Comentarios a la Ley de Ordenación del Comercio Minorista*, 1997, págs. 112-125.
- DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, II, 1996; *ibídem*, «Prólogo», en DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN (director y coordinador), *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, 1998, págs. 11-12.
- DUQUE DOMÍNGUEZ, J., «La protección de los derechos económicos y sociales en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios», en *Estudios sobre Consumo*, núm. 3, 1984, págs. 51-81.
- FENOY PICÓN, N., *Falta de conformidad e incumplimiento en la compraventa (Evolución del ordenamiento español)*, 1996.
- GARCÍA AMIGO, M., «La Ley para la Defensa de los consumidores y usuarios: responsabilidad civil extracontractual», en *Actualidad Civil*, 1986-1, págs. 1209-1222.
- GARCÍA CANTERO, G., «Comentario al artículo 11 LGDCU», en BERCOVITZ, R., y SALAS, J. (coordinadores), *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, 1992, págs. 355-393.
- GÓMEZ CALLE, E., *Los deberes precontractuales de información*, 1994.
- GÓMEZ LAPLAZA, C.-DÍAZ ALABART, S., «Responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos», en *Actualidad Civil*, 1995, págs. 519-544.
- GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., «Comentario al artículo 12 LOCM», en AA.VV., *Régimen Jurídico General del Comercio Minorista*, 1999, págs. 190-224.
- GULLÓN BALLESTEROS, A., «La promesa del hecho ajeno», en *ADC*, 1964, págs. 3-20.
- LETE ACHIRICA, J., «La Directiva sobre la venta y las garantías de los bienes de consumo de 25 de mayo de 1999 y su transposición en el Derecho español», en *Actualidad Civil*, núm. 42, 1999, págs. 1365-1385.
- MARÍN LÓPEZ, J., «Comentario al artículo 12 LOCM», en ARIMANY, MANUBENS & ASOCIADOS (coordinadores), *Ordenación del Comercio Minorista*, 1996, págs. 108-120.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., «Las condiciones de la protección eficaz de los consumidores en los contratos sobre prestaciones duraderas: conformidad y garantía», en *Estudios sobre Consumo*, núm. 16, 1989, págs. 97-121.
- MEDINA DE LEMUS, M., *La venta internacional de mercaderías*, 1992.
- MORALES MORENO, A.-M., «El alcance protector de las acciones edilicias», en *ADC*, 1980, págs. 585-686; *ibídem*, «Información publicitaria y protección del consumidor (reflexiones sobre el art. 8.º de la LGCU)», en *Homenaje a J. B. Vallet de Goytisolo*, vol. VIII, 1992, págs. 667-693; *ibídem*, «Comentarios a los artículos 35 a 40», en *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, 1998, págs. 286-355; *ibídem*, «Declaraciones públicas y vinculación contractual (reflexiones sobre una Propuesta de Directiva)», en *ADC*, fascículo 1, 1999, págs. 265-287.
- MURIEL GONZÁLEZ, M.ª P., «Contratos de reparación y asistencia técnica», en BOTANA GARCÍA, G., y RUIZ MUÑOZ, M. (coordinadores), *Curso sobre protección jurídica de los consumidores*, 1999, págs. 419-442.
- ORTI VALLEJO, A., «La compraventa de vehículos usados: caracteres y efectos», en *RDP*, 1987, págs. 120-144; *ibídem*, «Comentario al artículo 13.1», en BERCO-

- VITZ, R., y LEGUINA VILLA, J. (coordinadores), *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, 1992, págs. 397-423.
- PANTALEÓN PRIETO, F., «El sistema de responsabilidad contractual (Materiales para un debate)», en *ADC*, fascículo 3, 1991, págs. 1017-1091; *ibidem*, «Las nuevas bases de la responsabilidad contractual», en *ADC*, fascículo 4, 1993, págs. 1719-1745.
- PARRA LUCÁN, M.^a A., *Los derechos mínimos del titular de la garantía del artículo 11 de la Ley General para la Defensa de los consumidores y Usuarios*, 1988, págs. 523-552; *ibidem*, «Daños por productos y protección del consumidor», 1990; *ibidem*, «Comentario al artículo 12», en BERCOVITZ, R., y LEGUINA VILLA, J. (coordinadores), *Comentarios a las Leyes de Ordenación del Comercio Minorista*, 1997, págs. 198-228.
- PASQUAU LIAÑO, M., «Comentario al artículo 8.1 y 8.2 LGDCU», en BERCOVITZ, R., y LEGUINA VILLA, J. (coordinadores), *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, 1992, págs. 139-175.
- REYES LÓPEZ, M.^a J., «Régimen de garantía y responsabilidad de los productos y servicios», en REYES LÓPEZ, M.^a J. (coordinación), *Derecho de Consumo*, 1999, págs. 323-346.
- RUBIO GARRIDO, T., «La "garantía" del artículo 11 LCU», en *ADC*, fascículo 3, 1990, págs. 867-919.
- SÁNCHEZ MIGUEL, M.^a C., «Las garantías de los consumidores en las compraventas transfronterizas», en AA.VV., *Homenaje al profesor Justino F. Duque*, vol. 2, 1998, págs. 1125-1134.
- SANZ VALENTÍN, L. A., «La Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo», en *Actualidad Civil*, núm. 35, 1999, págs. 1073-1094.
- SEQUEIRA MARTÍN, A., «El derecho a la indemnización de daños y perjuicios en la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (RCDI)*, 1986, págs. 1443-1468.
- TORRES LANA, J. A., «La garantía en las ventas al consumidor», en *Estudios de Derecho Civil en homenaje al profesor doctor J. L. Lacruz Berdejo*, vol. 1, 1992, págs. 791-808.

ANEXO II. REFERENCIA DE SENTENCIAS CITADAS

- STS 9 octubre 181 RJ 1981/3731
- STS 20 marzo 1982 RJ 1982/1386
- STS 28 febrero 1983 RJ 1983/316
- STS 21 noviembre 1985 RJ 1985/5623
- STS 9 marzo 1987 RJ 1987/3516
- STS 11 marzo 1987 RJ 1987/1430
- STS 10 octubre 1989 RJ 1989/6904
- STS 20 octubre 1990 RJ 1990/8028
- STS 23 mayo 1991 RJ 1991/3784

STS 27 mayo 1993 RJ 1991/10204
STS 29 mayo 1993 RJ 1993/4052
STS 23 junio 1993 RJ 1993/5380
STS 15 julio 1993 RJ 1993/5809
STS 17 junio 1994 RJ 1994/4932
STS 22 julio 1994 RJ 1994/6581
STS 7 febrero 1995 RJ 1995/745
STS 23 febrero 1995 RJ 1995/1106
STS 18 marzo 1995 RJ 1995/1964
STS 30 noviembre 1998 RJ 1998/9478

JAVIER AVILÉS GARCÍA
Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad de Oviedo

La hipoteca en garantía de cuentas corrientes de crédito

(Examen actual de la figura desde la perspectiva de la Ley 1/2000)

SUMARIO: I. INTRODUCCION: 1. CONCEPTO. 2. PRECEDENTES.—II. LA REFORMA REALIZADA POR LA LEY 1/2000, DE 7 DE ENERO, DE ENJUICIAMIENTO CIVIL: 1. REGULACIÓN UNITARIA. 2. CONTENIDO PROCESAL DEL ARTÍCULO 153 DE LA LH. 3. ÁMBITO DEROGATORIO DE LA NUEVA LEY DE EC.—III. ÁMBITO DE APLICACION DEL ARTICULO 153. OBLIGACIONES QUE PUEDEN SER GARANTIZADAS CON ESTA HIPOTECA: 1. EL CONTRATO DE CUENTA CORRIENTE (BANCARIA). 2. EL CONTRATO DE APERTURA DE CRÉDITO (EN CUENTA CORRIENTE). 3. EL CONTRATO DE CUENTA CORRIENTE (COMERCIAL). 4. EL PRÉSTAMO (EN CUENTA CORRIENTE). 5. EL LLAMADO CRÉDITO ABIERTO. CONCESIÓN DE CRÉDITO INSTRUMENTADO EN CUENTA CORRIENTE.—IV. ÁMBITO DE APLICACION DESPUES DE LA ENTRADA EN VIGOR DE LA NUEVA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL: 1. EL NUEVO ÁMBITO FIJADO POR LA LEC. 2. ALCANCE DE LA EXPRESIÓN «OPERACIONES SIMILARES».—V. CONSTITUCION DE LA HIPOTECA: 1. DETERMINACIÓN DE LA OBLIGACIÓN GARANTIZADA: A) *Ha de garantizarse una única obligación.* B) *Ha de tratarse de una obligación existente.* C) *El objeto de la garantía es el saldo final.* D) *Determinación de las distintas operaciones que permitirán disponer del crédito o que podrán ser cargadas en la cuenta corriente.* E) *Otros posibles pactos admisibles.* 2. DETERMINACIÓN DE LA CANTIDAD MÁXIMA DE QUE RESPONDA LA FINCA. LOS INTERESES. 3. PLAZO DE DURACIÓN: A) *Naturaleza del plazo.* B) *La prórroga.* C) *Plazos de liquidación de la cuenta.* D) *Cierre de la cuenta y pago del saldo.* *Conversión en hipoteca ordinaria.* 4. PACTOS SOBRE LA JUSTIFICACIÓN DEL SALDO EXIGIBLE.—VI. LA FORMACION DEL TITULO EJECUTIVO. DOCUMENTOS QUE HAN DE ACOMPAÑARSE A LA DEMANDA: 1. PRECEDENTES. 2. REFORMA DE LA LEY DE 1942. 3. LA REFORMA DE LA LEY 1/2000. 4. EL SISTEMA DE LA DOBLE LIBRETA. 5. EL SISTEMA DE LA CERTIFICACIÓN BANCARIA.—VII. PROCEDIMIENTOS DE EJECUCION APLICABLES: 1. SITUACIÓN ANTES DE LA LEY 1/2000. 2. SITUACIÓN DESPUÉS DE LA LEY 1/2000. 3. CON ARREGLO A LA NUEVA NORMATIVA, ¿PUEDE UTILIZARSE EL PROCEDIMIENTO EXTRAJUDICIAL?—VIII. REQUERIMIENTO DE PAGO Y NOTIFICACION DEL SALDO: 1. LA NECESIDAD DE NOTIFICACIÓN DEL SALDO CON ARREGLO A LA LEGISLACIÓN HIPOTECARIA. 2. EL REQUE-

RIMIENTO DE PAGO Y LA NOTIFICACIÓN EN LA LEY 1/2000: A) *Sistema general introducido*. B) *¿Es aplicable este sistema a los supuestos que hemos defendido que caen dentro del artículo 153 de la LH?*—IX. OPOSICIÓN DEL DEUDOR AL SALDO: 1. SISTEMA DE LA LEGISLACIÓN HIPOTECARIA. 2. SISTEMA INTRODUCIDO POR LA LEY 1/2000: A) *Supuesto de la doble libreta*. B) *Otros supuestos*. C) *Otras causas de oposición*. D) *Plazo para la oposición y sustanciación de la misma*.—X. OTRAS CUESTIONES: 1. CESIÓN DEL CRÉDITO GARANTIZADO CON LA HIPOTECA. 2. SUBROGACIÓN. 3. CANCELACIÓN. 4. EL MERCADO HIPOTECARIO.—BIBLIOGRAFIA.

I. INTRODUCCION

El artículo 153 de la Ley Hipotecaria (1) regula la llamada hipoteca en garantía de cuentas corrientes de crédito. Se trata de una modalidad de las

(1) Artículo 153 LH: «Podrá constituirse hipoteca en garantía de cuentas corrientes de crédito, determinándose en la escritura la cantidad máxima de que responda la finca y el plazo de duración, haciendo constar si éste es o no prorrogable; y, caso de serlo, la prórroga posible y los plazos de liquidación de la cuenta.

Si al vencimiento del término fijado por los otorgantes o de la prórroga, en su caso, el acreedor no se hubiere reintegrado del saldo de la cuenta, podrá utilizar la acción hipotecaria para su cobro en la parte que no exceda de la cantidad asegurada con la hipoteca por el procedimiento establecido en los artículos 129 y sigs. A la escritura y demás documentos designados en la regla 3.ª del artículo 131 deberá acompañar el que acredite el importe líquido de la cantidad adeudada.

Para ello será necesaria la presentación del ejemplar que obre en poder del actor de la libreta que a continuación se dice.

Para que pueda determinarse al tiempo de la reclamación la cantidad líquida a que asciende, los interesados llevarán una libreta de ejemplares duplicados; uno en poder del que adquiere la hipoteca y otro en el del que la otorga, en los cuales, al tiempo de todo cobro y entrega se hará constar, con aprobación y firma de ambos interesados, cada uno de los asientos de la cuenta corriente.

No obstante, en las cuentas corrientes abiertas por los Bancos, Cajas de Ahorro y Sociedades de Crédito debidamente autorizadas, podrá convenirse que, a los efectos de proceder ejecutivamente, el saldo puede acreditarse mediante una certificación de la Entidad acreedora. En este caso, para proceder a la ejecución, se notificará judicial o notarialmente al deudor un extracto de la cuenta, pudiendo éste alegar, en la misma forma, dentro de los ocho días siguientes, error o falsedad.

Si el deudor opusiere error, el Juez competente, para entender del procedimiento de ejecución, a petición de una de las partes, citará a éstas, dentro del término de ocho días, a una comparecencia y, después de oír las, admitirá los documentos que se presenten y acordará, dentro de los tres días, lo que estime procedente. El auto que se dicte será apelable en un solo efecto, y el recurso se sustanciará por los trámites de apelación de los incidentes.

Cuando se alegare falsedad, y se incoe causa criminal, quedará interrumpido el procedimiento hasta que en dicha causa recaiga sentencia firme o auto de sobreseimiento libre o provisional.

Opuesta por el deudor alguna de estas excepciones, no podrá aducirlas nuevamente en los juicios ejecutivos que, para hacer efectivo dicho saldo, puedan entablarse, sin perjuicio de que en su día ejercite cuantas acciones le competan en los procedimientos civiles o criminales correspondientes».

llamadas hipotecas de seguridad (por contraposición a las hipotecas ordinarias o de tráfico), dentro del grupo de las hipotecas de máximo.

La aplicación del citado artículo tiene su ámbito propio para la garantía del saldo final correspondiente a un contrato de apertura de crédito en cuenta corriente, pero, como veremos, no solamente es susceptible de aplicarse a este caso concreto, sino que su mecanismo es susceptible de extenderse más allá del supuesto legalmente previsto. Podría decirse incluso que en la actualidad el supuesto para el que se aplica en la generalidad de los casos no es el originario previsto por el legislador, sino que sirve de apoyo para que puedan tener cabida, dentro de la garantía hipotecaria, diversas figuras de financiación que se encuentran a mitad de camino entre el préstamo y la apertura de crédito en cuenta corriente.

1. CONCEPTO

Esta clase de hipoteca ha sido definida por ROCA SASTRE como «forma o modalidad de hipoteca de máximo, constituida en seguridad del saldo definitivo resultante de la liquidación de un contrato consensual de apertura de crédito en cuenta corriente (2)», considerando como contrato de apertura de crédito en cuenta corriente aquél en el que «una de las partes (entidad de crédito en general) se obliga por tiempo fijo y cantidad máxima a poner a disposición de la otra una suma de dinero, de la cual ésta podrá disponer de una vez o en fracciones, ya directamente, ya mediante operaciones que permitan obtenerlo, con facultad de reembolsarlo a voluntad durante el tiempo prefijado, y de volver a disponer de él nuevamente, y reintegrarlo, y así sucesivamente, procediéndose, una vez transcurrido dicho plazo, a la liquidación de la cuenta, al objeto de determinar el saldo definitivo a restituir, si lo hay» (3).

De una manera más sintética dice MANUEL PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS que es una hipoteca de seguridad, de las de máximo, constituida en garantía del saldo final de una cuenta corriente de crédito (4).

Por nuestra parte entendemos que este es el concepto que ha de darse al supuesto de hipoteca en garantía de cuenta corriente de crédito en sentido estricto, pero que el ámbito puede ir algo más allá, como posteriormente veremos.

(2) ROCA SASTRE, RAMÓN MARÍA, *Derecho Hipotecario*, octava edición realizada por LUIS ROCA-SASTRE MUNCUNILL, tomo VIII, pág. 335.

(3) ROCA SASTRE, *ob. cit.*, pág. 335-336.

(4) PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, MANUEL, *Derechos reales. Derecho Hipotecario*, tercera edición, tomo II, pág. 289.

2. PRECEDENTES

La primera vez que se regula legalmente esta figura hipotecaria es en la Ley de 1909 (5). Con anterioridad, la única posibilidad de constituirla era a través de los artículos relativos a las hipotecas en garantía de obligaciones futuras (arts. 142 y 143), aunque no sin grandes dudas (6). En este sentido en la Resolución de la DGRN de 28 de marzo de 1904, da por hecho que a esta clase de hipotecas se les aplica la normativa establecida para reflejar en el Registro el cumplimiento de las condiciones referentes a los actos o contratos inscritos, aunque bien es verdad que ello lo hace porque parte de la situación previa de una hipoteca en garantía de un crédito abierto que ya constaba en el Registro, pero no se plantea si debía o no haber sido inscrita dicha hipoteca.

La Ley de 1909 reguló la figura en términos muy parecidos a los que existen en la actualidad, hasta el punto de que la redacción vigente del precepto en gran parte responde todavía a la que en tal fecha se hizo, aunque con la importante diferencia de que el plazo máximo de duración que se admitió fue el de tres años, si bien podía prorrogarse mediante una nueva escritura entre el acreedor y el deudor (es decir, en realidad no se trataba de una prórroga sino del señalamiento de un nuevo plazo). Al texto de la Ley de 1909 se llegó a partir de un Proyecto de Ley presentado por el Ministro de Gracia y Justicia el 29 de febrero de 1908 (7), lo que se hizo después de varios intentos anteriores de reforma de la Ley Hipotecaria de 1869 (8).

(5) ROCA SASTRE, *ob. cit.*, pág. 341, cita como precedente un proyecto de ley de 1881, creando los Institutos de Crédito Agrícola y presentado por MONTERO RÍOS, en el que se aludía a operaciones de cuentas corrientes de crédito aseguradas con garantía personal o real.

(6) Así, SEBASTIAN PARÉS («Hipoteca en garantía de cuentas corrientes», en *Revista de Derecho Privado*, núm. 52, enero de 1918) sostenía que con tales preceptos no era posible constituir la hipoteca en garantía de un crédito en cuenta corriente, dado que se recibe y se entrega constantemente y es necesario una liquidación de la cuenta para conocer la deuda.

(7) Sobre los precedentes de este Proyecto («Prehistoria Parlamentaria» se le llama a los mismos) puede verse *Leyes Hipotecarias y Registrales de España, Fuentes y evolución. Ley de 1909*, Edición preparada por el Centro de Estudios Hipotecarios del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España con ocasión del II Congreso Internacional de Derecho Registral.

(8) Las múltiples vicisitudes parlamentarias pueden verse en la obra citada en la nota anterior. Merece destacarse la discusión en el Senado, en la que se demuestra que el ámbito de aplicación nunca ha estado claro. Así, el día 26 de mayo de 1908, con el primer turno en contra del señor SÁNCHEZ ROMÁN, sobre este punto, dijo lo siguiente:

«...Además, os habéis limitado a poner grandes reparos, a querer emplear las palabras más respetuosas con vuestro propósito a la ley de que se trata, y nos encontramos como novedad hasta cierto punto materias que esa ley, y, por consiguiente, estímulo de su reforma, la *hipoteca en garantía de cuentas corrientes y crédito*. ¿Qué tendríamos que

El Reglamento de 1915 superó el plazo de duración máxima de la cuenta (9) al permitir incorporar el saldo mensual, trimestral, semestral o anual a nueva cuenta, sin necesidad de escritura, aún transcurridos los tres años previstos en la Ley, exigiendo para tal caso la constancia en la escritura de constitución de la prórroga posible, plazos de liquidación y forma de acreditar la cantidad líquida exigible a cada vencimiento.

decir a esto? Pues que hay algo aquí que no debe estar bien entendido, porque más que hipoteca en garantía de cuentas corrientes resulta hipoteca en garantía de cuentas de crédito. Que vosotros habéis confundido, haciendo una importación extraña, y habéis querido hacerla de la hipoteca de seguridad del Código alemán, cuyo texto tengo aquí para comprobar lo que digo, olvidando que eso no se puede hacer, que aquella hipoteca de seguridad es de un carácter subsidiario de otras que se llama hipoteca en general; y que lo que habéis perseguido y no habéis determinado, es la hipoteca independiente, la hipoteca *soi même* que establecían los mismos convencionales franceses y que tiene ese nombre y ese concepto en el Código alemán.

...Si esto es del lado de la Ley Hipotecaria, miremos a la misma ley Hipotecaria y a la de Enjuiciamiento Civil, de rigurosa determinación, de precisión, respecto a la cuantía de la responsabilidad. La cuenta corriente es un elemento numérico movable. No cabe ya eso sin entregarse a métodos completamente nuevos; no cabe emplazarlos en Ley Hipotecaria como está coordinada con el Código Civil, con una labor completamente exótica y sin precedentes ninguno. Eso para los ciegos de París, para los que no entiendan ni sepan de estas cosas y se encaprichen de objetos de novedad, por la nomenclatura, sin preocuparse de concordarlos con los usos y régimen legal establecido. De suerte que si no es hipoteca de seguridad, tomada del Código alemán, no siendo hipoteca independiente, no hay esa génesis que habéis tenido, ni con todo vuestro régimen legal en el cual hacéis esa modificación; le falta la cantidad determinada, la necesidad y todas aquellas cosas de que podría hablar. ¡Ah!, ese es el caos, el modernismo más desentrenado y más poco cauto.

Pero en fin, así y todo, la nomenclatura habría que reformarla y tendría que decirse, no hipoteca en garantía de cuenta corriente, sino "cuenta corriente con garantía hipotecaria". No es lo mismo...»

Le contestó por la Comisión el señor ALVAREZ GUJARRO. De dicha contestación, por lo que se refiere a esta figura hipotecaria, merece destacarse lo siguiente:

«...El señor SÁNCHEZ ROMÁN, con la autoridad que le asiste, acusaba a la Comisión de no haber entendido lo que es cuenta corriente y haber confundido lo que es la cuenta corriente con lo que es la cuenta de crédito, porque a favor de la cuenta de crédito se puede constituir hipoteca y que hoy se constituye, pero que a favor de la cuenta corriente, eso no puede suceder.

...Nosotros no hemos querido hacer más que lo que decimos, esto es, que se pueda constituir hipoteca, así como se constituye en garantía de la tradición de un capital, puesto que se puede constituir hipoteca en garantía de una cuenta corriente. No hemos querido hablar de las cuentas de crédito, y por eso no las hemos confundido con ésta, porque la cuenta de crédito no tiene la movilización que tiene la cuenta corriente, porque la cuenta de crédito no supone la entrega y el ingreso, a voluntad y según las necesidades del que ha solicitado su apertura, creyendo que con esto respondemos mejor a la necesidad que perseguimos y a la utilidad con que queremos beneficiar los intereses en nuestro país, por eso nos hemos circunscrito y hemos expresado que lo que se ha de garantizar con esta disposición legal, son las cuentas corrientes...»

(9) En palabras de JORGE SALAZAR GARCÍA, «Hipoteca en garantía de cuentas corrientes de crédito», en *Boletín del Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España*, año 1992, núm. 294, pág. 2565.

La reforma hipotecaria del año 1944 (10) modifica la regulación de 1909 en tres extremos de interés (11):

- a) No se señala tope o límite de plazo, dejando en libertad a las partes para determinarlo, imponiéndoles solamente la obligación de hacer constar si éste es o no prorrogable y, caso de serlo, la prórroga posible y los plazos de liquidación de la cuenta.
- b) Tratándose de cuentas de crédito entre particulares o Sociedades que no sean de crédito, se impone el sistema de ejemplares duplicados de libreta para justificación de saldos, suprimiendo la anterior libertad de pacto en esta materia.
- c) Cuando se trate de cuentas corrientes abiertas por los Bancos o entidades de crédito en general, se prevé la posibilidad de pactar que el saldo pueda acreditarse mediante una certificación de la entidad acreedora (12).

II. LA REFORMA REALIZADA POR LA LEY 1/2000, DE 7 DE ENERO, DE ENJUICIAMIENTO CIVIL

1. REGULACIÓN UNITARIA

Puede decirse que la evolución legislativa de esta figura ha continuado, estando su punto final, de momento, en esta Ley procesal y no en la legislación hipotecaria.

La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero del año 2000, ha llevado a cabo una nueva regulación de las normas procesales. Por lo que se refiere a la ejecución forzosa, en palabras de la Exposición de Motivos:

«...a diferencia de la Ley de 1881, presenta una regulación unitaria, clara y completa. Se diseña un proceso de ejecución idóneo

(10) Por lo que se refiere al *iter* de esta reforma, en lo que concierne al artículo 153, muy brevemente puede decirse: su reforma estaba ya prevista en el Anteproyecto de PORCIOLES; no fue objeto de enmienda alguna por lo que en el dictamen de la Comisión queda como constaba en el Proyecto del Consejo de Ministros de fecha de 27 de abril de 1944. Por lo que se refiere a la presentación que la Comisión de Justicia hizo a las Cortes, nada significativo se dijo, como tampoco en las palabras del Ministro de Justicia. Por lo que se refiere al texto refundido, en el dictamen emitido por el Consejo de Estado a su proyecto, no se hizo ninguna observación al artículo 153.

(11) DE LA RICA Y ARENAL, RAMÓN, «Comentarios a la Ley de Reforma Hipotecaria de 1944», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1945.

(12) Las innovaciones de las letras *b*) y *c*) se contenían ya en el anteproyecto elaborado por JOSÉ MARÍA PORCIOLES cuando fue director general de los Registros y del Notariado. Dicho anteproyecto sirvió de base a la comisión que redactó el proyecto definitivo de la Ley Hipotecaria.

para cuanto puede considerarse genuino título ejecutivo, sea judicial o contractual o se trate de una ejecución forzosa común o de garantía hipotecaria, a la que se dedica una especial atención.»

En cuanto a la ejecución hipotecaria, lo que hace la nueva ley es dedicar un capítulo especial a las particularidades que la misma presenta respecto de la ejecución en general, manteniendo —se dice— las líneas fundamentales existentes, caracterizadas por una drástica limitación de las causas de oposición del deudor a la ejecución y de los supuestos de la suspensión de ésta. Señala, además, esta Exposición de Motivos:

«La nueva regulación de la ejecución sobre bienes hipotecados o pignorados supone un avance respecto de la situación precedente ya que, en primer lugar, se trae a la Ley de Enjuiciamiento Civil la regulación de los procesos de ejecución de créditos garantizados con hipoteca, lo que refuerza el carácter propiamente jurisdiccional de estas ejecuciones, que ha sido discutido en ocasiones; en segundo término, se regulan de *manera unitaria* (13) las ejecuciones de créditos con garantía real, eliminando la multiplicidad de regulaciones existente en la actualidad; y, finalmente, se ordenan de manera más adecuada las actuales causas de suspensión de la ejecución, distinguiendo las que constituyen verdaderos supuestos de oposición a la ejecución (...) de los supuestos de tercería de dominio y prejudicialidad penal, aunque manteniendo, en todos los casos, el carácter restrictivo de la suspensión del procedimiento».

Respondiendo a estas palabras, la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil dedica el Libro III a la ejecución forzosa y las medidas cautelares; dentro del mismo, el Título IV se dedica a la ejecución dineraria, distinguiendo entre Disposiciones Generales (Capítulo I), Del requerimiento de pago (Capítulo II), Del embargo de bienes (Capítulo III), Del procedimiento de apremio (Capítulo IV) y De las particularidades de la ejecución sobre bienes hipotecados o pignorados (Capítulo V).

Dentro de estas particularidades de la ejecución sobre los bienes hipotecados, el principio general es que la acción ha de ajustarse para su ejercicio a lo dispuesto en el Título IV, con las especialidades del Capítulo V (art. 681.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000). Por ello en la Disposición Final novena de esta misma Ley se lleva a cabo una nueva redacción, entre otros, de los artículos 129 a 135 de la Ley Hipotecaria, cuyo contenido, después de repetir en el artículo 129, lo que ha quedado dicho anteriormen-

(13) El subrayado es nuestro, lógicamente.

te (14), se limita principalmente a regular el alcance de la calificación del Registrador de la Propiedad de los documentos judiciales y a los asientos que ha de practicar (15).

Pues bien, el artículo 153 de la Ley Hipotecaria no está incluido en la lista de los preceptos que han sido modificados. Ello supone, a primera vista, que el legislador ha querido que quede subsistente en todos sus términos, tal y como ocurre respecto de otros artículos de la Ley Hipotecaria que también contienen normas procesales y que han quedado subsistentes (16).

No obstante, ello es tan sólo en apariencia. En efecto, no se trata simplemente de que las referencias que en el artículo 153 de la Ley Hipotecaria se hacen a los artículos 129 y 131 de la Ley Hipotecaria haya que entenderlas hechas a los correspondientes de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, sino que hay que analizar el contenido del precepto para ver si el mismo ha resultado alterado por la nueva normativa.

2. CONTENIDO PROCESAL DEL ARTÍCULO 153 DE LA LEY HIPOTECARIA

En el artículo 153 de la Ley Hipotecaria es posible distinguir dos aspectos con claridad: los requisitos para constituir la hipoteca, que están establecidos para dar cumplimiento al principio de determinación (el aspecto sustantivo, párrafo primero), y la viabilización (*sic passim*) (17) de los procedimientos de ejecución, habida cuenta de que el título del acreedor no acredita el importe del crédito que se pueda reclamar, ni, por tanto, consta en el Registro (aspecto procesal, párrafos dos y siguientes). El primero de los aspectos aparentemente

(14) Artículo 129 de la Ley Hipotecaria, según la redacción dada por la Ley 1/2000:

«La acción hipotecaria podrá ejercitarse directamente contra los bienes hipotecados sujetando su ejercicio a lo dispuesto en el Título IV del Libro III de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con las especialidades que se establecen en su Capítulo V. Además, en la escritura de constitución de la hipoteca podrá pactarse la venta extrajudicial del bien hipotecado, conforme al artículo 1.858 del Código Civil, para el caso de falta de cumplimiento de la obligación garantizada. La venta extrajudicial se realizará por medio de notario, con las formalidades establecidas en el Reglamento Hipotecario».

(15) El contenido de los mismos responde más a la finalidad de que no queden vacíos de texto que a una regulación sistemática de algún aspecto de la ejecución hipotecaria.

(16) Por ejemplo, artículos 38.3, 43, en donde hay una desfasada referencia al artículo 1.453 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881; igual ocurre en los artículos 117 (con referencia a los artículos 720 y siguientes de la Ley de 1881), 155, 165, ...Quedan igualmente en pie las numerosas referencias que se contienen en los procedimientos que se regulan en la Ley Hipotecaria a propósito del expediente de dominio, de liberación de cargas y gravámenes, para obtener diversas clases de anotaciones preventivas, etc., muchas de las cuales están a la espera de la futura Ley de jurisdicción voluntaria.

(17) Resolución de 16 de junio de 1999. Fundamento de Derecho II.

no ha sido modificado (no obstante, también se ve alterado en la medida en que el ámbito del artículo sufre modificaciones como veremos en IV), pero el contenido procesal del artículo sí, por las siguientes razones:

- La pretensión legislativa de llevar a cabo una regulación unitaria de la ejecución (v. *supra*, la transcripción de la Exposición de Motivos). Como consecuencia de ello, la ejecución de los bienes hipotecados o pignorados se convierte en una simple variante de la ejecución en general; más exactamente, se convierte en una regulación particular de una de las fases de la ejecución, el apremio. Esta idea se repite en el artículo 681.1 en cuanto que señala que la acción contra los bienes hipotecados ha de sujetarse a lo dispuesto en el Título relativo a la ejecución dineraria, con las especialidades establecidas en el Capítulo relativo a las particularidades de la ejecución sobre los bienes hipotecados o pignorados (18). La idea se repite en la nueva redacción dada al artículo 129 de la Ley Hipotecaria, inciso primero (19).
- Ha desaparecido la remisión expresa del artículo 1.435 de la Ley de Enjuiciamiento Civil a la Ley Hipotecaria (20), por más que esta re-

(18) «Artículo 681. *Procedimiento para exigir el pago de deudas garantizadas por prenda o hipoteca.*

1. La acción para exigir el pago de deudas garantizadas por prenda o hipoteca podrá ejercitarse directamente contra los bienes pignorados o hipotecados, sujetando su ejercicio a lo dispuesto en este título, con las especialidades que se establecen en el presente capítulo».

(19) V. nota 14.

(20) Artículo 1.435 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, párrafo IV y V:

«Si en los contratos mercantiles otorgados por las Entidades de crédito, ahorro y financiación, en escritura pública o en póliza intervenida de conformidad con lo dispuesto en el número 6 del artículo 1.429 de esta Ley, se hubiese convenido que la cantidad exigible por la entidad acreedora, aquélla se tendrá por líquida siempre que conste en documento fehaciente que acredita haberse practicado la liquidación en la forma pactada por las partes en el título ejecutivo y que el saldo coincide con el que aparece en la cuenta abierta al deudor. En el caso de cuentas corrientes garantizadas con hipoteca, abiertas por Bancos o Cajas de Ahorro, se estará a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria.

En los casos a los que se refiere el párrafo anterior, la entidad acreedora deberá notificar previamente al deudor o al fiador el importe de la cantidad exigible».

La redacción del último párrafo se debe a la Ley 10/1992, de 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal.

En fecha inmediatamente anterior se produjo la sentencia del Tribunal Constitucional de 10 de febrero de 1992. En esta sentencia se estableció que el precepto cuestionado no era anticonstitucional por no producir un trato de privilegio no justificado a favor de las Entidades de crédito, ni el trato dispensado a las mismas lleva a indefensión a los deudores, así como tampoco vulneraba la normativa establecida para la protección de los usuarios de los servicios bancarios. Como simple inciso hay que decir que parte de los argumentos del Tribunal Constitucional se recogieron ya en una Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 16 de junio de 1936, en la que se dijo (a propósito del pacto para la fijación del saldo): «...d) Porque la seriedad y solvencia de

misión estuviera llena de problemas, como dice PEÑA (21). En la actualidad, el artículo 572.2 de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil se refiere a la liquidación realizada por el acreedor en la forma convenida por las partes en el título ejecutivo, sin hacer ningún tipo de salvedad para el caso en el que se tratara de obligación garantizada con hipoteca (22). Ni tan siquiera se habla de certificación, palabra que solamente se utiliza al regular la oposición a la ejecución (art. 695.1.2.º).

- El mantenimiento íntegro del artículo 153 de la Ley Hipotecaria devendría incompatible con la nueva LEC en lo relativo a la tramitación de la regulación de la oposición del deudor a la ejecución. En efecto, en el nuevo artículo 695.2 de la LEC se establecen plazos, trámites y

las Entidades bancarias, unida a la intervención oficial que en cierto modo se ejerce sobre ellas a través del Consejo Superior Bancario, aleja todo temor de falsedad o de fraude...».

Pero, en lo que aquí interesa, se llega a decir, en la sentencia del Tribunal Constitucional:

«...Las excepciones y motivos de nulidad que brinda la LEC, en el juicio ejecutivo permiten, en efecto, discutir con toda amplitud la liquidez de la cantidad reclamada, así como la eventual *plus petitio* en que hubiera podido incurrir la Entidad crediticia al cuantificar su reclamación. Es pertinente observar a este propósito que esa controversia cuantitativa no queda limitada a las causas de error o falsedad a que se refiere el artículo 153 LH, y queda igualmente zanjada por resolución del Juez, tras oír a las partes. La diferencia es que en el juicio ejecutivo, el Juez oye a las partes en una vista celebrada después del período probatorio, en cuyo transcurso cabe aportar todo tipo de pruebas; mientras que en la comparecencia que introduce el artículo 153 LH, en algunos juicios hipotecarios sólo se contempla la presentación de documentos en el acto, régimen sin duda más severo que el que suscitan las presentes cuestiones de inconstitucionalidad» (Fundamento Jurídico 9, párrafo cuarto).

(21) *Ob. cit.*, pág. 294. Como sintetiza este autor, no se sabía exactamente si dicha remisión significaba que dentro del juicio ejecutivo ordinario era aplicable también el sistema de la doble libreta, o si la remisión era solamente a la certificación de las Entidades de crédito o, por último, que la remisión no alteraba el régimen de la LEC, ya que la LH solamente sería aplicable en el procedimiento judicial sumario.

(22) Artículo 572.2 de la Ley 1/2000:

Cantidad líquida. Ejecución por saldo de operaciones.

«2. 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, siempre que se haya pactado en el título que la cantidad en caso de ejecución será la resultante de la liquidación efectuada por el acreedor en la forma convenida por las partes en el propio título ejecutivo.

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».

Acerca de la figura del corredor de comercio colegiado, hay que tener presente la desaparición de la misma a partir del 1 de octubre de 2000, en los términos que establece la Disposición Adicional vigésimo cuarta de la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y de orden social. Según esta Disposición, los notarios y los corredores de comercio colegiados se integrarán en un único cuerpo de Notarios, dependiente del Ministerio de Justicia.

recursos distintos que hacen que los establecidos en la Ley Hipotecaria no puedan sostenerse. La misma Exposición de Motivos alude de manera expresa a la supuesta disconformidad con el saldo reclamado por el acreedor como una de las causas de oposición «que se regulan de una manera más adecuada».

3. AMBITO DEROGATORIO DE LA NUEVA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL

Lo será en todo aquello que se le oponga o sea incompatible (declaración expresa de la Disposición Derogatoria única, núm. 3).

Pero eso no significa que quede derogado en su totalidad. Hay que entender que sigue subsistente en todo lo relativo a los requisitos de constitución de la hipoteca, en los términos que se verán posteriormente, y, especialmente, en lo relativo a la regulación de la doble libreta como forma de determinar la cantidad líquida reclamable, completado en este punto por el artículo 246 del Reglamento Hipotecario, así como en lo que se refiere a la especificación que se realiza de la «certificación de la Entidad acreedora», complementado por el artículo 245 del Reglamento Hipotecario, en los términos que también veremos posteriormente al poner en relación los artículos 572.2 y 695.1.2.^a de la misma, con el artículo 153 de la LH.

III. AMBITO DE APLICACION DEL ARTICULO 153. OBLIGACIONES QUE PUEDEN SER GARANTIZADAS CON ESTA HIPOTECA

No ha estado nunca suficientemente claro. Desde el mismo momento de los trabajos legislativos (cfr. lo expuesto en Precedentes, nota 8, a propósito de la discusión parlamentaria de SÁNCHEZ ROMÁN) ha existido la necesidad de intentar precisar a qué tipo de obligación se estaba refiriendo el precepto. Los primeros comentaristas del mismo dedican casi todo su esfuerzo a determinar qué clase de obligación es la garantizada (23), y puede decirse que es una constante hasta el momento actual (24). A esta necesidad de clarificación se

(23) Especialmente se ve ello en PARÉS (*ob. cit.*); también dedica gran parte de su trabajo a ello JESÚS DAPENA MOSQUERA, «La hipoteca en garantía de cuentas corrientes de crédito», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núms. 95, 96, 97 y 98, noviembre de 1932 a febrero de 1933.

(24) En este sentido, RICARDO EGEA IBÁÑEZ, «La hipoteca de máximo», en *Boletín del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España*, núm. 278, 1991, pág. 995; este trabajo tiene por objeto fundamental desarrollar la idea de que el artículo 153 regula dos clases de hipoteca de máximo que nada tiene que ver la una con la otra. En opinión de este autor, después de recoger los caracteres generales de la hipoteca de

suma el que estamos hablando de figuras contractuales que carecen de tipicidad legal en la mayoría de los casos, por lo que incluso la claridad terminológica es indispensable.

El supuesto más característico al que se aplica el precepto es la hipoteca en garantía del saldo final correspondiente a un contrato de apertura de crédito en cuenta corriente. En este punto se está de acuerdo, pero a partir de aquí es necesario empezar a hacer matizaciones. De una manera muy gráfica se ha dicho que podemos encontrarnos en situaciones de «cuenta corriente sin crédito» y de «crédito sin cuenta corriente» (25).

1. EL CONTRATO DE CUENTA CORRIENTE (BANCARIA)

Se trata del contrato a través del cual se exterioriza la relación duradera entre el Banco y el cliente. Mediante este contrato, el Banco se obliga a realizar cobros y pagos por cuenta del cliente y a admitir ingresos o reintegros por parte de éste. Presupone que existe una disponibilidad de fondos en poder del Banco, bien por un depósito previo del realizado por el cliente, bien por el crédito concedido. No obstante, hoy en día se le considera por la doctrina unánimemente con carácter autónomo (siendo posible la apertura de cuenta corriente con saldo cero), en cuanto que el elemento diferenciador ha pasado a ser principalmente el servicio de caja.

Es importante destacar que a diferencia del contrato de cuenta corriente ordinaria o comercial, los créditos a favor y en contra del titular de la cuenta no sufren modificación alguna, por lo que créditos y deudas no pierden exigibilidad inmediata, de tal manera que se va produciendo una compensación impropia reduciéndose el saldo de una manera progresiva y continuada.

No se trata de estudiar aquí esta figura contractual (ni las que se citarán posteriormente), sino únicamente el destacar que nos encontramos ante una relación jurídica que no es apta para ser garantizada con la hipoteca del artículo 153 de la Ley Hipotecaria. En efecto, como se indicó en la Resolución de la DGRN, de 23 de diciembre de 1987, la simple reunión contable de las diversas operaciones de crédito existentes entre dos personas, carece de virtualidad para provocar el nacimiento de una obligación sustantiva e independiente por el saldo resultante; éste representa únicamente la posición global acreedora o deudora de cada parte y su realización sólo procederá a través

máximo (art. 153.1.2 LH), el artículo 153.4 regula la hipoteca en garantía de cuentas corrientes, mientras que el artículo 153.5.6.7 y 8 regula la hipoteca en garantía de cuentas corrientes de crédito.

(25) Situaciones no admisibles. AVILA NAVARRO, PEDRO, *La Hipoteca (Estudio registral de sus cláusulas)*, editado por el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 1990, pág. 80.

del ejercicio individual de cada una de las relaciones jurídicas comprendidas, cuya autonomía y régimen jurídico específico se mantienen inalterados sin más correcciones que las debidas al juego compensatorio.

2. EL CONTRATO DE APERTURA DE CRÉDITO (EN CUENTA CORRIENTE)

Se trata de un contrato que a pesar de las frecuentes referencias legales al mismo carece de una regulación típica; no obstante, no hay problemática en su conceptualización (26) y es unánimemente definido, siguiendo a GARRIGUES (27), como aquel contrato en virtud del cual, el Banco se compromete, a cambio de una comisión, a poner a disposición del cliente una determinada suma de dinero u otras prestaciones que le permitan obtenerlo, en forma de límite máximo, dentro del cual el acreditado podrá retirar esos fondos y reintegrarlos en los términos pactados (28).

Es necesario destacar que se trata de un contrato consensual y bilateral. A diferencia del préstamo (real) aquí el crédito mismo es un bien económico, de tal manera que la esencia de la apertura de crédito reside en la promesa de concederlo (GARRIGUES). Es la disponibilidad abstracta, en sí misma considerada (29).

La modalidad más practicada (30) de apertura de crédito es la instrumentada en cuenta corriente. El soporte técnico-contable que acompaña al contra-

(26) A la formación de su concepto no son ajenas las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y de Notariado: en Resolución de 23 de febrero de 1928, se dice: «Considerando, que sin entrar en las doctrinas que fundamentan las hipotecas de seguridad en la preexistencia de una deuda o embrión, potencialidad, concepción —*nasciturus*—, deuda preliminar o suposición de su existencia, es lo cierto que en este recurso se plantean las diferencias entre la hipoteca en garantía de crédito simple que asegura el pago del precio en la compraventa de mercancías a realizar, combinando el crédito con dicho contrato y la hipoteca en garantía de cuentas corrientes de crédito, en la cual la apertura de crédito está combinada con la cuenta corriente.

Considerando que calificando el contenido de la escritura, difícilmente se podrán encontrar en ella las características de la cuenta corriente de crédito, que aunque no sea un *modo* de contabilidad, sí es en su ejercicio una deuda continuada e indivisible, en la que se elimina el valor individual de cada partida para reflejarse en el saldo que la hipoteca garantiza en definitiva...»

(27) Desde un primer momento en su *Curso de Derecho Mercantil*. Igualmente puede verse *Contratos Bancarios*, segunda edición, revisada por S. Moll, Madrid, 1975.

(28) Esta es la definición que da por buena la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Como última referencia en la que se citan las sentencias anteriores y se reproduce la definición antes citada, puede verse la sentencia de 11 de junio de 1999 (sentencia núm. 521/1999).

(29) AURIOLAS MARTÍN, ADOLFO, *Derecho Mercantil*, obra colectiva coordinada por GUILLERMO J. JIMÉNEZ SÁNCHEZ, segunda edición, vol. II, pág. 470.

(30) *Ult. ob. y loc. cit.*

to ofrece grandes ventajas para los contratantes, puesto que permite al cliente utilizar el crédito concedido, realizando retiradas en efectivo o girando cheque u otras órdenes de pago a cargo del banco acreditante. Este, por su parte, dispone de un medio adecuado para conocer el saldo vivo del crédito y realizar un seguimiento puntual de la marcha de la operación. En la cuenta corriente se reflejarán los movimientos de fondos que tienen lugar entre los contratantes. El carácter fluctuante del saldo permite que la cuenta de crédito, en la práctica, funcione como auténtica cuenta corriente en la que, además, se pueden realizar otros asientos, de cargo o de abono, por operaciones diferentes; incluso se suele pactar expresamente la comunicabilidad de todas las cuentas corrientes que el acreditado mantenga abiertas en el banco con el objeto de facultar a éste para cargar o abonar en la cuenta de crédito, los saldos, tanto deudores como acreedores, existentes a nombre del acreditado. No obstante, a la hora de examinar el requisito de la determinación de la obligación veremos hasta dónde es posible este tipo de pacto.

3. EL CONTRATO DE CUENTA CORRIENTE (COMERCIAL)

Es un contrato atípico aunque no innominado (art. 909-6 del Código de Comercio). Diferenciándolo de la simple situación (31) de cuenta corriente, el Tribunal Supremo, en sentencia de 16 de febrero de 1965, dijo que «es un contrato consensual de carácter normativo e implica la concesión recíproca de crédito mediante la dispensa de reembolso inmediato de las singulares remesas para sustituirlas por el pago del saldo al cierre de la cuenta, entrando durante el mismo las remesas por su valor convencional, constituyendo dos masas homogéneas de Debe y Haber indivisibles, que se enfrentan y comparan, compensándose por primera vez al cierre de la cuenta, dando lugar al solo crédito del saldo».

La esencia del contrato radica, por tanto, en la recíproca concesión de crédito a través del pacto sobre la inexigibilidad aislada de los créditos (cfr. sentencia de 19 de enero de 1989). Además, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha venido manteniendo tradicionalmente que la inclusión del crédito en la cuenta corriente produce su novación (32), si bien (exista novación en el momento de la inclusión o el momento de la fijación del saldo) lo fundamental es que en el momento del cierre nace una obligación nueva correspondiente al saldo resultante y a cargo de quien aparezca en la posición defici-

(31) En palabras de FRANCISCO VICENT CHULIÁ, *Compendio crítico de Derecho Mercantil*, tomo II, tercera edición, pág. 259.

(32) En contra, VICENT CHULIÁ, *ob. y loc. cit.*

taria (Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 23 de diciembre de 1987).

4. EL PRÉSTAMO (EN CUENTA CORRIENTE)

El préstamo es de la obligación por antonomasia soporte de la garantía hipotecaria. En cuanto que sea un préstamo ordinario estará garantizado con una hipoteca de dicha clase, si sus intereses son variables (33) (lo que en la actualidad es la regla general —cfr. el art. 131, regla tercera, punto cuarto según redacción dada por Ley 19/1986, de 14 de mayo—, sustituido en este punto por el art. 574 de la Ley 1/2000, de 7 de enero), la hipoteca ha de señalar un límite máximo (34).

Cuando el concedente del préstamo es una entidad de crédito, lo normal es que el mismo se instrumente en una cuenta corriente. Ello lleva a que nos planteemos si es o no aplicable el artículo 153 a tales supuestos (35).

Así lo entendió la Resolución de 16 de febrero de 1990, para la cual cuando la entrega de la cantidad prestada se hace sólo mediante abono en la cuenta corriente del prestatario, aunque el caso no se trate estrictamente de hipoteca en garantía de cuenta corriente, los problemas del saldo se presentan como en ésta; por ello, tratándose de estas operaciones crediticias, los pactos sobre la ejecución de la obligación garantizada con hipoteca se han de someter por remisión del artículo 1.435 de la Ley de Enjuiciamiento Civil a la legislación hipotecaria; por tanto, el pacto sobre el procedimiento judicial sumario ha de reunir los requisitos exigidos por el artículo 245 del Reglamento Hipotecario; esta interpretación —dice la Resolución— es, además, congruente con la necesidad de dar una interpretación estricta al singular beneficio que el artículo 1.435 de la Ley de Enjuiciamiento Civil confiere a determinadas personas privadas y, en particular, a los Bancos (36).

Pero la respuesta no es tan sencilla. Esta Resolución no ha sido seguida con posterioridad. Muy al contrario, aunque formalmente no se haya cambiado la doctrina que en ella se expresa, sí se han dicho cosas diferentes en otras Resoluciones y a partir de la de 19 de enero de 1996 (muy reiterada poste-

(33) Admitidos desde una Resolución de 12 de septiembre de 1972.

(34) Resoluciones de 26 y 31 de octubre de 1984.

(35) No siempre es fácil (dadas las diversas cláusulas que lo acompañan) distinguir entre el préstamo en cuenta corriente y la apertura de crédito en cuenta corriente. Sobre la confusión que puede producirse entre una y otra figura puede verse la Resolución de la DGRN de 27 de julio de 1999.

(36) Se encuentra aquí ya la preocupación que posteriormente sería objeto de análisis en la sentencia del Tribunal Constitucional 14/1992, de 10 de febrero, sobre la constitucionalidad del artículo 1.435 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

riormente) (37) se insiste en afirmar que no son admisibles las cláusulas hipotecarias que establezcan que la certificación bancaria (en caso de préstamo ingresado en cuenta corriente bancaria) sobre el saldo adeudado hará fe en juicio y fuera de él, ya que «...Si se tiene en cuenta la naturaleza de documento privado que corresponde a la documentación bancaria (...) y que el valor probatorio de tales documentos está prescrito legalmente (...) teniendo esta normativa carácter de *ius cogens* sin que quepa a la autonomía privada otro margen que el que la Ley expresamente le confiere (...), deberá rechazarse la cláusula debatida pues, sobre trascender su alcance a lo expresamente autorizado en el artículo 1.435 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (...), no sólo no se ajusta a lo dispuesto en la legislación hipotecaria, aplicable al caso debatido en virtud de la remisión contenida en el artículo 1.435 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (...), sino que ni siquiera se ajusta a las propias exigencias establecidas en esta última norma, de forma general, para los contratos celebrados por entidades de crédito, ahorro y financiación, documentados en escritura pública, en los que se estipule que la determinación de la cantidad exigible en caso de ejecución se haga por certificación de la acreedora».

5. EL LLAMADO CRÉDITO ABIERTO. CONCESIÓN DE CRÉDITO INSTRUMENTADO EN CUENTA CORRIENTE (38)

Se trata de una operación de crédito de reciente (pero muy extendido) desarrollo. No existe una única modalidad del mismo, pero la más generalizada consiste en aquélla en la que una entidad financiera concede al acredi-

(37) Con anterioridad, el tema se había abordado en la Resolución de 26 de noviembre de 1990. Aunque en esta Resolución el tema que se trataba principalmente era la falta de determinación de la obligación garantizada (concesión de espera por un grupo de acreedores a cambio de hipoteca y atribución a cada uno en relación con la determinación de la deuda), se dice expresamente que «no tratándose de operaciones bancarias respecto de las que el artículo 153 de la Ley Hipotecaria atribuye la posibilidad de pactar sobre los efectos bastantes de la certificación bancaria, recobran su eficacia las normas comunes que impiden que entre personas privadas quede roto el principio de la *aequabilitas* y que, para la constitución de hipoteca imponen —en cuanto a la determinación de la obligación garantizada— exigencias mínimas que en el presente no se cumplen, ni respecto de las obligaciones existentes ni respecto de las futuras».

(38) Sobre esta figura de crédito es fundamental leer a JOSÉ LÓPEZ LIZ dentro del libro *Derecho Hipotecario*, de ROCA SASTRE, octava edición, pág. 62 y sigs. (allí este autor maneja otras fuentes a las que no es posible el acceso) y a FRANCISCO JAVIER GÓMEZ GALLIGO, «Estudio sobre las modernas figuras del crédito abierto garantizado con hipoteca», dentro del *Libro homenaje a José María Chico Ortiz*, pág. 803 y sigs. No tan novedosa le parece esta fórmula contractual a ENCARNA CORDERO LOBATO, *La hipoteca global (La determinabilidad del crédito garantizado)*, editado por el Centro de Estudios Registrales del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 1997, pág. 42.

tado una determinada disponibilidad de dinero, que puede hacer efectiva en una o en sucesivas veces, sin que las disposiciones puedan ser superiores a la diferencia entre el límite máximo del crédito concedido y la parte dispuesta anteriormente no amortizada, y en el que cada una de las disposiciones efectuadas tienen una configuración autónoma en cuanto a tipo de interés y plazo de amortización, el cual en ningún caso puede exceder de la fecha de vencimiento final del crédito, siendo el cierre de la cuenta instrumental articulada el hecho determinante del saldo final exigible (39). Es decir, se trata de una peculiar forma de la modalidad conocida por *revolving*, en el que, en la misma medida que el deudor amortiza el préstamo, aumenta el saldo del crédito del que puede disponer (40).

La razón económica se dice que es doble (41): permite una más ajustada utilización del capital, según las necesidades del acreditado; por otro lado, el transcurso del tiempo va provocando una reducción paulatina del límite de la concesión, con lo que disminuye el riesgo para la entidad concedente (42).

En cuanto a la naturaleza jurídica de esta relación contractual se ha dicho por parte de LÓPEZ LIZ que «es, desde luego, de cuenta de crédito» (43); por su parte GÓMEZ GALLIGO (44) sostiene que estamos ante un contrato bancario de financiación de carácter consensual, innominado, no reglamentado específicamente, que participa de las características de contratos afines (préstamo y apertura de crédito), en donde la relación causal es única, aunque esté fragmentada a efectos contables si existen disposiciones sucesivas (45).

Esta figura ha sido recogida en la Resolución de 6 de noviembre de 1999, en cuanto que admite que acceda al Registro una hipoteca en garantía de un crédito en cuenta corriente hasta un límite señalado, por un plazo señalado, que se instrumenta a través de una cuenta corriente de crédito; en

(39) GÓMEZ GALLIGO, *ob. cit.*, pág. 803-804.

(40) LÓPEZ LIZ, *ob. cit.*, pág. 63.

(41) GÓMEZ GALLIGO, *ob. cit.*, pág. 806.

(42) En opinión del último autor citado, se trata de evitar el riesgo que tienen otras fórmulas contractuales (como la hipoteca en garantía de cuenta corriente de crédito [?]) que conllevan la necesidad de mantener abierta la cuenta durante el tiempo estipulado, con el riesgo consiguiente derivado de poder disponer de la totalidad del crédito hasta el último momento, y de no poder tener en cuenta la disminución de la garantía de devolución del crédito apreciada durante el desenvolvimiento del mismo.

(43) *Ob. cit.*, pág. 63. Tan rotunda afirmación parece que lo que quiere es evitar cualquier tipo de duda acerca de la posibilidad de que por parte de la entidad de crédito pueda utilizarse el mecanismo del artículo 153 de la Ley Hipotecaria (certificación de la mencionada entidad).

(44) También *ob. cit.*, pág. 806 y sigs.

(45) En dicho autor hay una gran preocupación en dejar claro que no es aplicable aquí la doctrina de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 23 de diciembre de 1987, que rechazó la inscripción de una hipoteca en garantía de obligaciones diversas entre sí no suficientemente delimitadas.

dicha concesión de crédito, la parte obligada se compromete a la devolución de las cantidades dispuestas y de sus intereses en la fecha de vencimiento, sin perjuicio de su obligación de efectuar las amortizaciones parciales que se pactan que comportan la correspondiente rebaja del límite de disposición. Pues bien, expresamente se dice que la apertura unilateral del crédito «implica desde entonces la existencia de una relación jurídica básica, el contrato de apertura de crédito, de la que ya surge la obligación fundamental del concedente de tener a disposición del acreditado la cantidad pactada, e incluso puede que obligaciones para éste por razón de las comisiones de apertura o disponibilidad convenidas, pero no la connatural a todo préstamo de reintegrar el importe de la cantidad prestada pues tal obligación tan sólo surgirá si efectivamente hace uso del crédito de que dispone y en la medida en que lo haga. Se trata, por tanto, de una obligación futura para el caso de disposición y de cuantía indeterminada, en atención al uso que del crédito concedido se haya hecho». El nombre que en la Resolución se da a esta figura es el de *apertura de crédito instrumentado en cuenta corriente*.

Igualmente, en esta Resolución se dice de una manera expresa que a esta obligación es aplicable el artículo 153 de la Ley Hipotecaria, ya que este caso es también uno de «aquellos otros a los que *claramente se refiere*» (sic).

IV. AMBITO DE APLICACION DESPUES DE LA ENTRADA EN VIGOR DE LA NUEVA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL

1. EL NUEVO ÁMBITO FIJADO POR LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL

Como consecuencia de la nueva Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil (en vigor a partir del 8 de enero de 2001), el ámbito sustantivo del artículo 153 de la Ley Hipotecaria, además del procesal, queda también alterado.

Por un lado, el nuevo artículo 572.2 a la hora de establecer cuándo estamos ante una cantidad líquida para la ejecución, considera como tal la resultante de la liquidación efectuada por el acreedor en la forma convenida en el propio título ejecutivo, siempre que se haya pactado tal posibilidad y que se trate de contratos formalizados en escritura pública o en póliza intervenida. No se especifica más: no hay ninguna referencia a entidades de crédito, ni a la doble libreta, ni tampoco salvedad o modificación alguna para el caso en el que la obligación estuviere garantizada con hipoteca.

Por otro lado, a la hora de señalar las particularidades de la ejecución sobre bienes hipotecados o pignoralos, a propósito de la oposición a la ejecución, se dice en el artículo 695.1.2.^a, que puede oponerse la causa de error en la determinación de la cantidad exigible cuando exista discrepancia entre

el saldo de la libreta del deudor y del acreedor, respecto del cierre de una cuenta. Pero se precisa también que la libreta no es necesaria para el caso en el que se trate de entidades de crédito, ahorro o financiación y el procedimiento se refiera al saldo resultante del cierre de cuentas corrientes *u operaciones similares derivadas de contratos mercantiles*, siempre que se hubiere convenido que la cantidad exigible en caso de ejecución sea la especificada en *certificación expedida por la entidad acreedora* (46).

Es decir, nos encontramos ante innovaciones introducidas por la Ley procesal respecto de las obligaciones que pueden ser garantizadas con hipoteca y para las cuales el título ejecutivo, además de la escritura de hipoteca debidamente inscrita en el Registro de la Propiedad (o certificación registral sustitutiva) (47) ha de completarse con aquellos otros que justifiquen el saldo resultante de la liquidación (art. 573 Ley 1/2000).

Combinando los elementos objetivos y subjetivos de los artículos 572, 573 y 695 de la Ley 1/2000, al ponerlos en relación con el artículo 153 de la LH, se puede extraer el siguiente ámbito (únicamente en el supuesto en el que estemos persiguiendo bienes pignorados o hipotecados):

A) Ejecución cuando se garantice con hipoteca el saldo de una cuenta corriente u operación similar.

De la legislación se desprende a su vez una doble distinción:

1. Cuando se trate de particulares (es decir, no entidades de crédito); en este caso el único mecanismo posible para fijar el saldo será el de doble libreta (que no hay que pactarlo expresamente) y solamente se aplicará a los contratos de cuenta corriente que exista entre ellos, ya sea de apertura de crédito unilateral o bilateral (igual que se deduce del art. 153 de la Ley Hipotecaria) (48).

(46) Artículo 695. *Oposición a la ejecución*:

«1. En los procedimientos a que se refiere este capítulo sólo se admitirá la oposición del ejecutado cuando se funde en las siguientes causas:

...

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.»

(47) Artículo 685 de la LEC 1/2000.

(48) De *cierre de una cuenta* habla el artículo 695.1 de la LEC.

2. Cuando se trate de entidades de crédito, ahorro o financiación (49), podrá utilizarse la doble libreta o pactarse que el saldo se determine por certificación expedida por la entidad acreedora (igual que en el art. 153 de la Ley Hipotecaria), pero no solamente para los contratos de cuenta corriente, sino también —y ésta es la novedad— para operaciones similares derivadas de contratos mercantiles.

B) Cuando no se trate de obligaciones de cuenta corriente u operaciones similares:

Por aplicación del artículo 572.2, podrá pactarse en la escritura la forma en la que ha de realizarse la liquidación, que no tiene que ser necesariamente ni certificación de la entidad acreedora ni doble libreta, sino que es posible pactar cualquier otro, siempre y cuando no exista riesgo posterior de pluspetición (cfr. art. 558.2 de la Ley 1/2000) o de incertidumbre derivada del tipo de cálculo a realizar (cfr. art. 575.3 de la Ley 1/2000).

Existe, por tanto, una mayor libertad de pacto cuando no se trata del supuesto de hipoteca en garantía del saldo de una cuenta corriente, lo que no deja de ser contradictorio. Es más, esta mayor libertad de pacto no está prohibido que se haga también en las obligaciones en garantía de cuenta corriente y operaciones similares. Se produce así una aparente contradicción en los términos en los que están redactados los nuevos artículos de la LEC.

La antinomia encuentra su solución en dos momentos posteriores a la hora de formar el título ejecutivo y en las causas de oposición.

En efecto, con carácter general (art. 681 de la nueva LEC y el 129 de la LH en su nueva redacción) será necesario acompañar a la demanda (entre otros) el documento fehaciente que acredite haberse practicado la liquidación en la forma pactada por las partes en el título ejecutivo (art. 573.1.2.º y 685.2 de la nueva LEC), mientras que cuando se trate del supuesto de saldo en cuenta corriente y se acompañe doble libreta o certificación de entidad de crédito, no será necesaria la intervención de fedatario que dé fehaciencia a la liquidación (art. 695.1.2.ª de la nueva LEC).

Y en el momento de la oposición del deudor: cuando no se trate del contrato de cuenta corriente u operaciones similares o no se haya pactado la certificación bancaria, las causas de oposición se modalizan, ya que podrá el

(49) Expresión aparentemente más genérica que la de «Bancos, Cajas de Ahorro y Sociedades de crédito debidamente autorizadas» que es la de la Ley Hipotecaria, pero que no difieren entre sí, salvo en lo más actual de la terminología. Acerca de qué debe entenderse por «entidad de crédito, ahorro o financiación», debe estarse a la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, y la Ley 3/1994, de 14 de abril, por la que se adapta la legislación española en materia de Entidades de Crédito a la Segunda Directiva de Coordinación Bancaria y se introducen otras modificaciones relativas al sistema financiero.

deudor alegar posible pluspetición (cfr. art. 558.2 de la nueva LEC) en cuyo caso el tribunal, a solicitud del ejecutado, podrá designar perito que emita dictamen sobre el importe de la deuda (50); en cambio, cuando se trate de contrato de cuenta corriente (u operación similar) y se utilice la certificación bancaria, el deudor lo que puede alegar directamente es error en la determinación de la cantidad exigible (art. 695.1.2.^a de la nueva LEC), expresando con la debida precisión los puntos en los que discrepe de la liquidación efectuada por la entidad.

Posteriormente, a la hora de hablar de la formación del título ejecutivo y de las causas de oposición, se volverá sobre esta cuestión.

2. ALCANCE DE LA EXPRESIÓN «OPERACIONES SIMILARES»

Con anterioridad a la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil se habían producido diversos intentos de extender el artículo 153 de la Ley Hipotecaria más allá de los límites que parecen desprenderse de sus términos (51).

Entre los primeros puede señalarse a LA RICA, quien utilizó como principal argumento el artículo 245 del Reglamento Hipotecario, que habla en general de operaciones «cambiarias y crediticias» (52).

También es destacable la opinión que sostuvo REY PORTOLÉS (53), quien defendió la aplicabilidad de la certificación del artículo 153 de la Ley Hipotecaria a los supuestos en los que se pudiera estar ante una hipoteca «flotante» mediante la técnica de acudir a la figura de la hipoteca futura, estableciendo el necesario efecto novatorio de la cuenta corriente solamente en el momento

(50) Ha de reconocerse que las remisiones de la ley no son del todo claras, porque lo hacen hacia adelante y hacia atrás, y a partes de la ley que están fuera del Título que expresamente se ha dicho que es el que ha de regir las ejecuciones dinerarias.

(51) Debe destacarse la importante excepción de CÉSAR GARCÍA-ARANGO Y DÍAZ SAAVEDRA, «Patología actual de la hipoteca de máximo», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 593, julio-agosto de 1989. Para este autor la certificación se aplica única y exclusivamente a las cuentas corrientes en sentido estricto, dado lo excepcional del procedimiento, que encuentra justificación únicamente en la propia naturaleza de la cuenta corriente y por razones de agilidad del tráfico mercantil. Más argumentos en la *ob. cit.*, especialmente págs. 1149 y 1150.

(52) DE LA RICA Y ARENAL, «Comentarios al nuevo Reglamento Hipotecario», Madrid 1948, recogido dentro del *Libro homenaje a don Ramón de la Rica y Arenal*, tomo I, pág. 434.

(53) En el trabajo *Hipoteca con cláusula de «endowment». Hipoteca flotante*. Conferencia recogida dentro del ya citado libro de *Escritos varios sobre hipotecas y anotaciones preventivas de embargo*. Editado por el Centro de Estudios Registrales del Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. El propio autor declara que parte de posturas fijadas previamente, en parte, por CELESTINO RICARDO PARDO NÚÑEZ, en su trabajo «La hipoteca flotante», resumen de una conferencia, publicado en el *Boletín del Centro de Estudios Hipotecarios de Cataluña*, núm. 4.

de la fijación del saldo (en contra de esta posibilidad, véase la Resolución de 6 de junio de 1998) (54).

A soluciones en parte similares, se llega por ENCARNA CORDERO LOBATO (55), para quien la excepcionalidad del artículo 153 de la Ley Hipotecaria no impide su aplicación a otro tipo de obligaciones distintas de las contempladas en dicho precepto, en concreto a lo que llama hipoteca global (aquella por la que se pacta una inclusión en la cobertura en garantía de un número ilimitado de obligaciones que no vienen determinadas *ab initio*, pero que son determinables conforme a ciertos criterios de integración pactados por las partes) (56), ya que —entre otras razones— en los contratos contemplados en el artículo 153 de la LH, el fundamento de la presunción de responsabilidad del deudor no es el título constitutivo de la hipoteca (esto es, la constancia de la celebración de un contrato de cuenta corriente o de apertura de crédito), sino la certificación del saldo, documento que para el legislador reviste la suficiente apariencia de certeza en la existencia y cuantía de la obligación asegurada (57).

Desde otra perspectiva también JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA ensanchó el ámbito del artículo 153 de la LH para defender su aplicación a la liquidación de los intereses de demora, ya que a través de este mecanismo se daba la oportunidad al deudor, dentro del procedimiento judicial sumario, de impugnar o aceptar los intereses de demora, evitando tener que acudir a un juicio declarativo sobre nulidad de actuaciones (58).

Estas posiciones se ven reforzadas, en parte, tras la reforma de la Ley procesal, ya que, como se ha dicho, la ejecución hipotecaria no es ahora sino una particularidad dentro de la común regulación del procedimiento ejecutivo, en el cual la certificación de la entidad de crédito tiene todo el campo de aplicación que le reconoce el artículo 57.2 de la nueva Ley 1/2000.

Ahora bien, una cosa son los supuestos en los que nos encontramos ante la ejecución dineraria en general (arts. 571 y sigs. de la nueva LEC) y otra cuando se pueden aplicar las particularidades que se establecen para el caso de perseguir bienes hipotecados o pignorados, especialmente en lo relativo a las causas de oposición.

(54) En el mismo sentido que REY PORTOLÉS, se manifiesta PEDRO AVILA NAVARRO, que en sus *Formularios Notariales*, tomo III (cuarta edición), pág. 142 y sigs., propone, incluso un modelo para este supuesto, criticando la postura contraria de la Dirección General de los Registros y del Notariado en la Resolución de 6 de junio de 1998.

(55) *Ob. cit.*, pág. 209.

(56) *Ob. cit.*, pág. 25.

(57) *Ob. cit.*, pág. 213.

(58) GARCÍA GARCÍA, JOSÉ MANUEL, *El procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria*, 1994, pág. 160. También sostiene esta idea para la liquidación de gastos y prestaciones accesorias, pág. 190.

Ya dijo el Tribunal Constitucional en la sentencia de 10 de febrero de 1992 (FJ/5) que el artículo 1.435 de la LEC (léanse en la actualidad los artículos 572 y 695 de la nueva Ley procesal) no facilita la ejecución de cualesquiera derechos de crédito de que sean titulares los Bancos y otras Entidades financieras. El precepto restringe su alcance a los contratos mercantiles que, además de documentarse mediante formas que garanticen su autenticidad, *implican la existencia de una situación de cuenta corriente entre las partes*, único contexto en el que cobra sentido la regulación de operaciones de liquidación y de certificación de saldos. La expresión «operaciones similares», no englobará a cualesquiera operaciones financieras o crediticias que no supongan una concesión de crédito, unida a una situación de cuenta corriente que vaya más allá de ser un instrumento contable. Este es el ámbito de las obligaciones respecto de las cuales puede utilizarse la certificación de la Entidad de crédito a las cuales se aplica directamente el artículo 695.1.

En la nueva Ley se encuentran también argumentos para esta distinción. En el artículo 558.2 se habla de «saldos de cuentas e intereses variables» (59), mientras que en el artículo 695.1 se dice expresamente «saldo resultante del cierre de cuentas corrientes u operaciones similares» (60).

Además, para que la obligación de que se trate sea susceptible de cobertura hipotecaria ha de cumplir con los requisitos que establece la normativa tabular, la cual impone una clara determinación a la hora de la constitución, en los términos que se analizan en el epígrafe siguiente.

V. CONSTITUCION DE LA HIPOTECA

1. DETERMINACIÓN DE LA OBLIGACIÓN GARANTIZADA

Al tratarse de una hipoteca de máximo, como quedó dicho anteriormente, el principio de especialidad se exige con «notable flexibilidad» (en expresión de reiteradas Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado), por lo que la obligación garantizada no tiene que estar determinada en todos sus elementos, sino tan sólo en una forma mínima que permita posteriormente su determinabilidad. Ahora bien, resulta lógico las que muy diversas relaciones existentes entre las entidades de crédito y sus clientes se

(59) Artículo 558. *Oposición por pluspetición. Especialidades.*

«2. 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».

(60) De «operaciones cambiarias o crediticias» habla el artículo 245 del Reglamento Hipotecario.

pretenda que puedan ser objeto de cobertura hipotecaria, por lo que son relativamente abundantes los pronunciamientos registrales sobre la materia.

El presupuesto necesario es que nos encontremos ante una obligación a la que sea aplicable el artículo 153 de la Ley. Sirve aquí lo dicho en el epígrafe anterior, pudiendo sintetizarse el tema de la siguiente manera:

- Ha de tratarse de supuestos en los que exista concesión de crédito, garantizándose un saldo final, por lo que además del supuesto de apertura de crédito en cuenta corriente, también son susceptibles de garantizarse con este tipo de hipoteca el contrato de cuenta corriente (61) y los supuestos de concesión de crédito que han venido a llamarse «crédito abierto», o de *apertura de crédito instrumentado en cuenta corriente* (Resolución de 6 de noviembre de 1999).
- ¿Puede irse más allá? (62). Como hemos dicho anteriormente, una cosa es que una determinada obligación pueda ser garantizada con hipoteca de seguridad (por establecerse en garantía de una obligación futura, por ejemplo) y otra cosa es que estemos precisamente ante el supuesto del artículo 153 de la LH (63), en el que aplicaríamos el nuevo artículo

(61) En la Resolución de la DGRN de 23 de diciembre de 1987, se habla de que el artículo 153 recoge un «grupo de hipotecas», pero lo deja reducido a solamente la hipoteca en garantía de apertura de crédito en cuenta corriente y al contrato de cuenta corriente.

En el mismo sentido, PEÑA, *ob. cit.*, pág. 291.

(62) Para SALAZAR GARCÍA, *ob. cit.*, pág. 2569 «...el artículo 153 de la Ley Hipotecaria fue concebido pensando en la apertura o concesión de crédito en cuenta corriente, pero no parece que deba haber obstáculo para su aplicación a cualesquiera otras figuras jurídicas que impliquen una concesión, ya unilateral, ya recíproca, de crédito en régimen de cuenta corriente o el nacimiento de obligaciones computables en tal régimen de cuenta corriente. Cabría así garantizar con esta hipoteca, por ejemplo, en el contrato mercantil de cuentas en participación el crédito que del mismo surja a favor del partícipe en función del resultado del negocio; o echando a volar la imaginación, por ejemplo, el eventual derecho al cobro de premios del socio de una peña quinielística o análoga, contabilizando en ambos casos los resultados en un régimen de cuenta corriente adaptada a las circunstancias del caso».

Por nuestra parte, entendemos que tales casos son supuestos de obligaciones futuras, que pueden ser garantizadas con hipoteca de máximo, pero que no es posible que se les aplique el artículo 153 de la Ley Hipotecaria.

(63) En este sentido puede citarse también a JUAN MANUEL REY PORTOLES, en «Bonibazo contra la hipoteca-sumidero. Comentario a la Resolución de 23 de diciembre de 1987. BOE de 1 de febrero de 1988», publicado en el número 3 de la Revista *Lunes 4,30* y recogido en el libro *Escritos varios sobre hipotecas y anotaciones preventivas de embargo*, editado por el Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Nos dice este autor (pág. 271): «...admito esa visión estrecha y dual del artículo 152 de la Ley Hipotecaria porque su deficiente y encorsetada regulación (medítese, por ejemplo, en la decimonónica previsión de una libreta doble y su absoluta incompatibilidad con las modernas prácticas de distribución de género y de facturación o en la hierática y sacramental precisión acerca de su posible prórroga, cuando si se señala una fecha cierta para el cierre de la cuenta ya se está indicando que no cabe prórroga alguna)

6.951.2.^a de la LEC, porque como ha señalado la Resolución de la DGRN, de 16 de junio de 1999, en este tipo de hipoteca se plantean dos problemas básicos a la hora de la constitución: de un lado, la determinación de la obligación garantizada, y, de otro, la viabilización de los procedimientos de ejecución, aspecto en el que no hay que olvidar lo dicho anteriormente de que nos encontramos ante una normativa con carácter de *ius cogens*, sin que quepa a la autonomía privada otro margen que el que la Ley expresamente le confiere (64).

A continuación se examinarán los requisitos relativos a la constitución de esta clase de hipotecas, que pueden sintetizarse diciendo que debe tratarse de una obligación única, la garantía ha de ser el saldo resultante de la misma y han de quedar, eventualmente, bien delimitadas las distintas operaciones que pueden usarse para la efectividad del crédito concedido.

A) *Ha de garantizarse una única obligación*

No se trata de un requisito que sea aplicable solamente a esta clase de hipotecas, sino a todas en general. Ello es como consecuencia de la accesoriedad de la garantía respecto de la obligación principal. No es posible vulnerar este principio a través de lo que se ha denominado «hipoteca flotante» (Resolución de 27 de diciembre de 1987) (65) que sería aquella en la que si bien queda fijada la cifra máxima de responsabilidad hipotecaria, queda, en cambio, al arbitrio del Banco determinar si esta cifra máxima va a estar integrada por los importes totales o parciales de las deudas que con él pueda contraer determinada persona.

El que se trate de una única obligación garantizada obliga a que quede claro o bien que nos encontramos ante una única concesión de crédito (para las cuentas corrientes de crédito), o bien que las distintas partidas pierden su individualidad e independencia (en el supuesto de la cuenta corriente comercial). Como reiteradamente se viene señalando (Resoluciones de 23 de diciembre de 1987, 3 de octubre de 1991, 6 de junio de 1998 y 27 de julio de 1999) la simple reunión contable de las diversas operaciones de crédito existentes entre dos personas carece de virtualidad suficiente para provocar el nacimiento de una obligación sustantiva independiente por el saldo resultante, cuando la misma no aparece como instrumento de una relación contractual subyacente.

no conviene extenderla a otros planteamientos hipotecarios que se pueden así cobijar en determinados preceptos menos rígidos».

(64) No siempre ha existido esta orientación. V. Resolución de 16 de junio de 1936.

(65) También Resoluciones de 26 de noviembre de 1990, 3 de octubre de 1991, 6 de junio de 1998.

B) *La obligación ha de ser existente*

En todo caso, ha de tratarse de una obligación ya existente (Resolución de 17 de enero de 1994), de tal manera que para la entidad de crédito ha de ser vinculante desde el primer momento, siendo rechazables los supuestos en los que lo que se pretende garantizar son obligaciones futuras que queden constituidas *ex novo* por libre decisión individualizada de acreedor y deudor (Resolución de 11 de enero de 1995), o cuando dependa del acreedor el quedar o no vinculado en el futuro (Resolución de 27 de julio de 1999).

Respecto del supuesto de «apertura de crédito instrumentado en cuenta corriente», la Resolución de 6 de noviembre de 1999 dice expresamente que la apertura unilateral de crédito implica desde entonces la existencia de una relación jurídica básica (aunque la obligación de reintegrar el importe de la cantidad prestada no nacerá hasta que se haya hecho uso del crédito y en la medida en que se haya usado).

C) *El objeto de la garantía es el saldo final*

Solamente en el momento de finalización del plazo pactado puede saberse si hay saldo deudor y hasta dónde llega el mismo. Ello significa que estas hipotecas participan de la naturaleza de las hipotecas en garantía de obligaciones futuras (en concreto es aplicable el régimen de la hipoteca en garantía de obligaciones sujetas a condición suspensiva) (66).

D) *Determinación de las distintas operaciones que permitirán disponer del crédito o que podrán ser cargadas en la cuenta corriente*

Debe distinguirse entre los supuestos de crédito en cuenta corriente, contrato de cuenta corriente y apertura de crédito instrumentado en cuenta corriente.

1. En el supuesto de crédito en cuenta corriente, en opinión de ROCA (67), cuando se pueda disponer del crédito exigiendo entregas en numerario, esta especificación inicial no es indispensable hacerla en la escritura de constitución de hipoteca, pues ya se deducirá del contexto de esta misma. Pero sí, en cambio, que es necesaria cuando el Banco, Entidad de crédito o acreditante venga obligado a hacer otras prestaciones que permitan al cliente o acreditado obtener dinero, sea por medio de descuento de letras, sea por

(66) PEÑA, *ob. cit.*, pág. 292.

(67) *Ob. cit.*, pág. 345.

pago de créditos, etc. El artículo 245 del Reglamento Hipotecario habla de «operaciones cambiarias y crediticias» con referencia a una cuenta especial en la que serán partidas de cargo y abono «el importe de los efectos descontados, el de los que hayan sido satisfechos a su vencimiento y el de los que hubiesen sido devueltos impagados».

La idea de disposición del numerario es fundamental, de tal manera que aunque el pacto en virtud del cual la determinación de las obligaciones que hayan de extinguirse con cargo al crédito concedido puede ser realizada por la Entidad de crédito, ello será siempre y cuando, a la vez, exista la posibilidad de disposición del crédito mediante numerario por parte del acreditado; si no es así se considera que se está vulnerando el artículo 1.256 del Código Civil (Resolución de la DGRN de 27 de julio de 1999).

2. Para el contrato de cuenta corriente (comercial) será necesario que se pacte expresamente que las respectivas relaciones de crédito existentes entre las partes pierdan su exigibilidad aislada al ser incluidas en la cuenta. Ahora bien, de cara al Registro de la Propiedad, ¿es suficiente que se diga que el objeto del contrato lo serán las prestaciones recíprocas derivadas de sus relaciones normales de negocio? Parece que sí sería suficiente, pero ello traería como consecuencia el que solamente podrán formar parte de la cuenta los créditos de carácter pecuniario que deriven directamente de las relaciones de negocios entre las partes, es decir, los derivados de remesas dinerarias y de remesas de mercancías (68); es posible que se pacten otras inclusiones u otras separaciones, mas ello habrá de hacerse en manera expresa.

3. Respecto de la apertura de crédito instrumentado en cuenta corriente, deberá pactarse y reflejarse en el Registro el pacto relativo a la apertura de la cuenta corriente, ya que a pesar de que no se produzcan los efectos novatorios propios del contrato de cuenta corriente, no carece de transcendencia para terceros, ya que esa forma de contabilizar el crédito le otorga una especial característica, cual es su elasticidad. En palabras de la Resolución de 6 de noviembre de 1999: «...Del contrato de apertura unilateral de crédito surge para el acreditado el derecho de disponer de la suma concedida, pero no necesariamente el de reintegrarla a su voluntad, pues esta facultad tan sólo existirá si así se ha convenido, en tanto que la instrumentación del crédito en cuenta corriente lleva consigo esa posibilidad permitiendo al prestatario reducir el monto de lo debido a través de abonos en la cuenta, reduciendo así la base de cálculo de los intereses a devengar y aumentando la posibilidad de hacer disposiciones futuras. Igualmente, si los pagos a que el deudor viene

(68) La doctrina mercantil suele considerar excluidos los créditos no susceptibles de compensación diferida (por ejemplo, los que tienen vencimiento fijo); respecto de las remesas de títulos valores se entienden hechas salvo buen fin.

obligado han de hacerse mediante abono en la cuenta, resulta de obligado reflejo en el Registro como modo de extinguir la deuda» (69).

E) *Otros posibles pactos admisibles*

Nos encontramos ante contratos (el de crédito en cuenta corriente y el de cuenta corriente) atípicos, lo que permite un amplio juego de la autonomía de la voluntad de tal manera que (en palabras de la Resolución de 16 de junio de 1999) el único límite es el de la necesaria refundición en una sola obligación, la constituida por el saldo resultante de la liquidación de la cuenta al tiempo y en la forma convenidos, de los débitos y cargos que en ella se asienten, que quedan reducidos a simples partidas contables, perdiendo así su autonomía y exigibilidad aislada; a partir de aquí, «las particularidades pueden ser múltiples». De conformidad con ello, según la última Resolución citada, se consideran admisibles los siguientes pactos:

- Fijación de plazos para la disponibilidad.
- Fijación de instrumentos y de medios para esa misma disponibilidad (siempre que no quede al arbitrio de la entidad acreedora —Resolución de 27 de julio de 1999—).
- El señalamiento de cuantías mínimas para cada disposición o amortización.
- El establecimiento de liquidaciones periódicas.
- Reducciones o ampliaciones del límite del crédito disponible.
- Forma y tiempo de liquidar los intereses.

2. DETERMINACIÓN DE LA CANTIDAD MÁXIMA DE QUE RESPONDA LA FINCA. LOS INTERESES

Al tratarse de una hipoteca de máximo, resulta lógica dicha exigencia expresa del artículo 153. Por otro lado, al no estar asegurándose directamente

(69) PEDRO AVILA NAVARRO (en el *Boletín del Centro de Estudios de Cataluña*, núm. 84) se plantea en un breve comentario («La primera disposición en las hipotecas de “crédito abierto” de “La Caixa”») si debe hacerse constar en el Registro de la Propiedad, la cantidad de la primera disposición que realiza el acreditado. Frente a una primera impresión de que no se debe reflejar (por carecer de transcendencia real y por inducir a confusión), opina que sí, con la finalidad de que la hipoteca pueda servir *en la parte que conste registralmente* de cobertura para la emisión de títulos en el mercado hipotecario (art. 32 del Decreto de 17 de marzo de 1982). Desde el punto de vista de la técnica hipotecaria, la primera o eventuales posteriores disposiciones se harán constar por nota marginal, aunque también la primera es posible que (si consta en la escritura de constitución) se haga constar en el cuerpo de la inscripción.

una cifra de capital (a diferencia del préstamo) no es posible que se establezcan cláusulas de estabilización según el artículo 219 del Reglamento Hipotecario.

Esta cantidad funciona tanto respecto de las partes como respecto de terceros. En ningún supuesto es posible intentar que la cobertura de la garantía hipotecaria vaya más allá del límite marcado [art. 153 de la Ley Hipotecaria (70), 219 del Reglamento Hipotecario y —por todas— Resolución de la DGRN, de 16 de febrero de 1990].

Pero la cuestión fundamental es si en dicha cantidad están o no incluidos los *intereses* y, en su caso, en qué forma y con qué limitaciones.

Hay un lejano eco de esta cuestión en el hecho de que la hipoteca siga precisando el que se le señale un plazo de duración. En efecto, el primer plazo que se estableció de tres años como máximo, lo justificaba la Exposición de Motivos de la Ley de 1909, «por ser el que se señala en los artículos 114 y 115 de la Ley». Pero como hemos visto en la evolución histórica de la figura, pronto el Reglamento se olvidó de esta limitación temporal. Y lo cierto es, salvo lo dicho, que nunca ha tenido que ver directamente con el tema de los intereses.

Se trata de una cuestión que ha preocupado desde el primer momento.

Para PARÉS, los intereses no están comprendidos en la cantidad máxima asegurada (71).

Para ROCA SASTRE (72) los intereses deben computarse (al igual que en el Derecho alemán) dentro de la cantidad máxima fijada, lo único que ocurrirá es que si la cantidad de que se ha dispuesto agota el máximo asegurado, los intereses quedan sin garantía hipotecaria.

Para SALAZAR GARCÍA (73) la cuestión es realmente dudosa. Es posible el pacto en virtud del cual los intereses queden incluidos en la cantidad máxima de la cuenta corriente. Sin dicho pacto, no será posible la inclusión, puesto que el acreedor no podría realizar por sí solo el cargo. Cuando dicho pacto no exista sería admisible la fijación de una cifra independiente de responsabilidad, la cual, en caso de pacto, solamente podría cubrir aquellos intereses que no cupieran en el máximo previsto. Por lo que se refiere

(70) En el párrafo primero de este artículo se habla de *cantidad máxima de que responde la finca*; en el párrafo segundo se habla de la utilización de la acción hipotecaria para su cobro en la *parte que no exceda de la cantidad asegurada con la hipoteca*.

(71) *Ob. cit.*, pág. 11. Dice este autor: «...si al acreditado se le abre una cuenta por 10.000 pesetas, puede al día siguiente hacer uso de todo el crédito, sin dejar margen a los intereses. Para estar comprendidos en la cantidad máxima debería ser objeto de especial convención; pero a nuestro juicio, no precisa esta estipulación para obtener su aseguramiento. Basta que la hipoteca se haya constituido en garantía de capital e intereses. No acertamos ver en este punto distinción entre la hipoteca de cuenta corriente de crédito y la hipoteca ordinaria; una y otra aseguran por ministerio de la Ley, además del capital, tres años de intereses».

(72) *Ob. cit.*, pág. 343.

(73) *Ob. cit.*, págs. 2567-2568.

a los intereses de demora, hasta que no se haya producido el impago del saldo final no puede hablarse de los mismos, por lo que pueden ser objeto de garantía con independencia del máximo.

Para PEÑA (74), en rigor, tras cada vencimiento no hay intereses exigibles con independencia por el Banco o acreedor sino que, conforme con el contrato, son sólo objeto de un cargo como una partida más de la cuenta corriente; correspondientemente la hipoteca no garantiza, independientemente, cada vencimiento de intereses, sino el saldo final de la cuenta. Para estos intereses que sean cargados en la cuenta no puede aplicarse la norma del artículo 317 del Código de Comercio, según la cual los intereses vencidos y no pagados no devengarán intereses, ya que para el Banco no hay otra posibilidad que capitalizarlos en la cuenta. Hasta que no hay saldo final no hay deudas (ni de capital ni de intereses) impagadas. Sólo con el saldo final surge la deuda exigible y sólo para ésta puede preverse que la garantía se extienda a los intereses sucesivos que, por ser de deuda vencida y no satisfecha, serán intereses moratorios.

Por lo que se refiere a los intereses remuneratorios, recientemente se ha dicho por MARTÍN MARTÍN (75), que no debe de haber ningún inconveniente a la posibilidad de garantizar los intereses con independencia del crédito principal. Lo normal será que se integren en la cuenta como una partida más de la misma; el problema surge cuando se ha agotado el saldo, en cuyo caso al no poderse incluir en la cuenta será posible estipular una garantía independiente (sólo para la parte no novada en la cuenta corriente).

El tema puede considerarse en la actualidad que está en gran parte resuelto por las Resoluciones de la DGRN:

- a) En la Resolución de 26 de noviembre de 1990, se dice que no hay ningún inconveniente en que si las partes lo pactan, el saldo definitivo, una vez que la cuenta ha sido cerrada, puede ser pagado a plazos y, mientras tanto, devengue a su vez intereses (art. 317 del Código de Comercio), sin que haya inconveniente en que éstos también puedan ser garantizados con hipoteca.
- b) En las Resoluciones de 16 de junio y 13 de julio de 1999, se dice, a su vez, que «...nada impide que en materia de intereses se fije no sólo la forma y tiempo de liquidarlos, sino también, y es lo que aquí interesa, que los mismos se configuren como créditos independientes, aunque accesorios del principal, no asentables en la cuenta y exigibles con independencia del saldo

(74) *Ob. cit.*, pág. 292.

(75) MARTÍN MARTÍN, ABEL, «Dos cuestiones en torno a la hipoteca del artículo 153 LH», dentro del *Libro homenaje a Jesús López Medel*, editado por el Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 1999, tomo I, pág. 811 y sigs.

de la misma, o, por el contrario, se convenga en que se integren como una partida más a los efectos de contabilizarlos para fijar el saldo de liquidación perdiendo así su relativa autonomía. No obstante, en todo caso, el abono tan sólo es vinculante hasta el límite pactado».

Para las cantidades que excedan de la cifra total máxima, habrán de tener su propia causa de pedir, «por lo que no ha de rechazarse, por tanto, la posibilidad de que esos intereses, ante la eventualidad de que no pueden ser adeudados en la cuenta, hayan de quedar necesariamente sin cobertura hipotecaria si así se conviene».

Respecto de los intereses de demora, no ofrece dificultad alguna el que se garanticen con independencia, ya que constituyen una obligación nueva, no susceptible de integrarse ya en el saldo de la cuenta ni aún en el caso de que no se hubiere agotado su límite de disponibilidad.

3. PLAZO DE DURACIÓN

El artículo 153 exige expresamente que se haga constar en la escritura:

- el plazo de duración,
- si es o no prorrogable, y, en caso de serlo, la prórroga posible,
- y los plazos de liquidación de la cuenta.

Como hemos visto anteriormente en la evolución histórica, el artículo 153 de la Ley de 1909 exigía la fijación de un plazo máximo de tres años, aunque podía prorrogarse por plazos que no excedieran del tiempo indicado mediante convenio entre acreedor y deudor formalizado en escritura pública.

El Reglamento de 1915 superó el plazo de duración máxima de la cuenta al permitir incorporar el saldo mensual, trimestral, semestral o anual a nueva cuenta, sin necesidad de escritura, aún transcurridos los tres años previstos en la Ley, exigiendo para tal caso la constancia en la escritura de constitución de la prórroga posible, plazos de liquidación y forma de acreditar la cantidad líquida exigible a cada vencimiento (76).

(76) Artículo 205 de dicho Reglamento de 1915: «Podrá constituirse hipoteca en garantía de cuentas de crédito, cuya liquidación deba practicarse mensual, trimestral, semestral o anualmente, sin necesidad de que para llevar el saldo de común acuerdo a cuenta nueva se otorgue escritura pública por el acreedor y el deudor, aunque hayan transcurrido más de tres años desde que aquellas se hubiesen abierto.

En tal caso, los interesados determinarán en la escritura de constitución la prórroga posible, los plazos de liquidación y la forma en que deba ser acreditada la cantidad líquida exigible al vencimiento de cada uno».

En la actualidad no hay límite temporal alguno al señalamiento de plazo ni al de las prórrogas (como tampoco lo hay respecto de cualquier obligación en general por el hecho de que vaya a ser garantizada con hipoteca).

A) *Naturaleza del plazo*

El plazo que se establezca es solamente a efectos de la determinación del saldo exigible. Por ello no es posible que se entienda que dicho plazo es de caducidad del asiento para poder cancelar la hipoteca en el Registro de la Propiedad. Muy al contrario, a partir del momento en que ha transcurrido el plazo y se ha determinado el saldo, puede el acreedor no reintegrado de su crédito utilizar la acción hipotecaria para hacer valer su derecho durante el plazo general de prescripción de veinte años señalado en el artículo 128 de la Ley Hipotecaria (Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de mayo de 1992 y de 27 de noviembre de 1999).

B) *La prórroga*

- a) En el supuesto en el que se prevea la prórroga ha de precisarse hasta dónde llega la misma (de «prórroga posible» habla la Ley). Es decir, ha de estar perfectamente determinada la duración máxima del crédito en la cuenta corriente, bien por ser un plazo improrrogable, bien por señalarse hasta cuándo es posible la prórroga. De conformidad con las más elementales reglas del funcionamiento registral, es necesario que los terceros conozcan con exactitud no solamente la cantidad máxima de que puede responder la finca, sino también el plazo máximo de tiempo que va a estar respondiendo. Es por ello que podría decirse que para los supuestos en los que se establezca la posibilidad de prórroga ha de contarse con la eventualidad de que la relación de crédito pueda durar el máximo tiempo previsto, de manera que no es que se esté prorrogando un plazo inicial, sino que simplemente se está utilizando el que se pactó; podría decirse que es la no utilización de la prórroga lo que hace acortar el mayor plazo que estaba inicialmente señalado.
- b) La utilización de la prórroga supondrá la eliminación de una incertidumbre que existía acerca de la duración del contrato garantizado, por lo que es posible aplicar analógicamente lo establecido en el artículo 238 del Reglamento Hipotecario (77), por lo que se podrá

(77) Recuérdese, además, que ha quedado dicho que esta hipoteca participa de la naturaleza de las hipotecas constituidas en garantía de una obligación futura.

hacer constar en el Registro de la Propiedad mediante solicitud firmada por ambas partes, con firmas legitimadas o ratificada ante el Registrador.

- c) La prórroga normalmente se ejercitará de común acuerdo, pero puede pactarse en la escritura de constitución de la hipoteca que la misma pueda ser ejercitada a instancias solamente del acreditado. Es decir, existe un consentimiento anticipado por el concedente del crédito, por lo que, eventualmente, el acreditado podría solicitar que se reflejare en el Registro que se ha hecho uso de dicha prórroga, firmando él sólo la solicitud.
- d) ¿Es posible establecer una prórroga inicialmente no prevista una vez que ya ha pasado el plazo? Tal supuesto se entiende como una novación que supone una alteración esencial de la obligación garantizada, por lo que para el supuesto en el que existan titulares de cargas posteriores a la hipoteca no será posible la prórroga de la misma sin su consentimiento (Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 27 de noviembre de 1999).
- e) En el supuesto en que no existan titulares de cargas posteriores que deban prestar su consentimiento, ¿es posible pactar la prórroga no prevista inicialmente? De un comentario incidental de la Resolución de 27 de noviembre de 1999, parece que sí sería posible. Pero ello no se trataría de una auténtica prórroga, sino simplemente de una novación que solamente surtiría efectos desde su inscripción en el Registro de la Propiedad (art. 144 de la Ley Hipotecaria); aquí, además, sería necesaria la escritura pública para hacer constar esa pretendida prórroga, pues no es de aplicación el sistema del artículo 238 del Reglamento Hipotecario.

C) *Plazos de liquidación de la cuenta*

Se trata de una previsión que encuentra su ámbito en el contrato de cuenta corriente comercial de larga duración. En tales casos suele estipularse unos plazos periódicos de liquidación de la cuenta, de tal manera que, fijado el saldo en el plazo convenido, el mismo pasa a ser exigible, salvo que se acuerde llevarlo como primera partida del siguiente período (78).

Esta posibilidad, por contra, no cuadra adecuadamente en el supuesto de apertura de crédito en cuenta corriente (79), en donde en cambio es posible

(78) La doctrina mercantil no habla de liquidación de la cuenta (el contrato sigue) sino de cierre de cuenta.

(79) MARTÍN MARTÍN, *ob. cit.*, pág. 819.

que se acuerde la obligación de efectuar las amortizaciones parciales que se pacten con la correspondiente rebaja del límite de disposición (Resolución de 6 de noviembre de 1999).

D) *Cierre de la cuenta y pago del saldo. Conversión en hipoteca ordinaria*

Nada se opone a un posible desfase entre cierre de la cuenta y pago del saldo correspondiente (SALAZAR GARCÍA) (80). En opinión de este autor, sería posible la conversión de esta hipoteca en una hipoteca ordinaria, dividiendo su duración en dos períodos o fases: una primera que responde al esquema del artículo 153 de la Ley Hipotecaria, y una segunda fase a partir de la fijación del saldo definitivo, en donde estaríamos ante una hipoteca ordinaria. La conversión requerirá la constancia registral del saldo resultante, lo que puede hacerse por nota marginal (art. 143 de la Ley Hipotecaria) por analogía con lo establecido para las hipotecas en garantía de obligaciones futuras, utilizando como documentación la prevista en el artículo 238 del Reglamento Hipotecario (81).

4. PACTOS SOBRE LA JUSTIFICACIÓN DEL SALDO EXIGIBLE

Potestativamente, «...en las cuentas corrientes abiertas por los Bancos, Cajas de Ahorro y Sociedades de crédito debidamente autorizadas, podrá convenirse que, a los efectos de proceder ejecutivamente, el saldo puede determinarse mediante una certificación de la Entidad acreedora» (art. 153 de la Ley Hipotecaria y 572 y 695.1.2.^a de la Ley 1/2000). Sobre este punto v. *infra* VI.

VI. LA FORMACION DEL TITULO EJECUTIVO. DOCUMENTOS QUE HAN DE ACOMPAÑARSE A LA DEMANDA

1. PRECEDENTES

En la Ley Hipotecaria de 1909 (v. *supra*) se estableció que si al vencimiento del término fijado por los otorgantes, el acreedor no se hubiera rein-

(80) *Ob. cit.*, pág. 2571.

(81) Se trata de una posibilidad que fue admitida ya por la Resolución de 28 de marzo de 1904. En opinión del autor citado, este mecanismo puede ser muy interesante en la práctica en los supuestos de un necesario o deseable control del destino de las sucesivas entregas de dinero en los préstamos hipotecarios (por ejemplo, en los casos de entregas sucesivas en la construcción de edificios).

tgrado del saldo de la cuenta, podría utilizar la acción hipotecaria para su cobro, pero debiendo acompañar a los documentos pertinentes, además, aquél que acredite el importe líquido de la cantidad adeudada *en la forma convenida en la escritura de constitución de hipoteca*. Solamente si en la escritura no existe pacto sobre ello, será necesario acudir al sistema de doble libreta.

Es decir, se parte originariamente de un sistema de libertad de pacto acerca de la forma en la que ha de quedar determinada la cantidad exigible. En la práctica bancaria de la época (82), en los pocos casos en los que se constituían hipotecas de esta clase, era frecuente pactar que se consideraba como suficiente para determinar el saldo definitivo, la certificación librada por el jefe de contabilidad del Banco acreedor. En la Resolución de 16 de junio de 1936 se admitió el pacto en virtud del cual el importe de la obligación asegurada se determinaría por el saldo que resultare de los libros de contabilidad de la entidad bancaria acreedora, entre otras, por las siguientes razones: el valor probatorio de los libros de los comerciantes llevados en forma legal, la seriedad y solvencia de las entidades bancarias, y porque tal pacto no ha de ser obstáculo para que el deudor pueda ejercitar en el juicio correspondiente las acciones que le asistan para impugnar el saldo fijado por el acreedor, y aún para justificar la inexistencia de la obligación.

Es de destacar que ya desde un primer momento, a pesar de la clara permisibilidad de pacto que se establecía legalmente, PARÉS se mostró contrario a esta libertad de acuerdo (83).

2. REFORMA DE LA LEY DE 1942

Con la reforma operada por la Ley de 1942, el texto que en la actualidad continúa en su redacción íntegra en la Ley Hipotecaria distingue entre entidades de crédito y particulares. Para éstos no hay más mecanismo que el de la doble libreta como medio de determinar el saldo; para aquéllas es posible el pacto de acudir a la certificación bancaria.

(82) Dice ROCA SASTRE, *ob. cit.*, pág. 352.

(83) *Ob. cit.*, pág. 14. «...Y esa libertad pugna con el Derecho público porque quebranta el conocido principio de que las leyes procesales no pueden variarse por convenición de las partes. Y nadie negará que la forma acordada para acreditar la liquidación de la cuenta, no afecta al derecho sino a la ejecución del derecho, a la acción. Por la fuerza del pacto se declarará documento bastante a los efectos de proceder ejecutivamente por la acción hipotecaria el saldo que aparezca en los libros de contabilidad del acreedor, y acaso otros títulos, aunque no se hayan cumplido los preceptos exigidos por el artículo 1.429 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, lo cual equivale a multiplicar en forma inadmisibles los títulos que llevan aparejada ejecución y a restringir a precarios límites, por no decir anular del todo, la defensa y excepciones oponibles del deudor o tercer poseedor».

Pero el tema aquí es el siguiente: ¿es posible un pacto que vaya más allá?

La cuestión la resume muy bien SALAZAR GARCÍA (84): aunque pudiera sostenerse que el pacto referido a la certificación bancaria es requisito solamente para poder utilizar el procedimiento judicial sumario, lo cierto es que (como se señala desde la Resolución de 4 de julio de 1984) el carácter rigurosamente imperativo de las normas procesales, hace que no sea posible pactar otros títulos que vayan más allá de los previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil (en el mismo sentido se pueden citar las Resoluciones de 26 de noviembre de 1990, 19 de enero de 1996 y 9 y 10 de octubre de 1997). Y aún estimando —nos dice este autor— que tal pacto de las partes no es propiamente en relación al título ejecutivo, sino a un complemento del mismo en cuanto determinante de la cuantía de la obligación asegurada, el artículo 1.435 de la LEC (tras la reforma de 6 de agosto de 1984) el prever el pacto referente a la certificación de la entidad bancaria acreedora, parece *a sensu contrario* cerrar el camino a otras previsiones en tal sentido (85).

3. LA REFORMA DE LA LEY 1/2000

Adolece de falta de claridad, en este punto, por las dos ideas que se han venido exponiendo:

- No existe remisión a la Ley Hipotecaria, pero, a su vez,
- el artículo 153 de la Ley Hipotecaria, teóricamente, queda subsistente en su integridad, salvo en lo que sea incompatible con la nueva norma.

Por lo que se refiere a la formación del título ejecutivo, se dice en la nueva Ley que el título de ejecución es la escritura de hipoteca debidamente inscrita, o en su defecto, certificación del Registro que acredite la inscripción y subsistencia de la hipoteca (art. 685.2 de la nueva LEC).

A la demanda (cfr. art. citado) «se acompañarán los demás documentos a los que se refieren el artículo 550 y, en sus respectivos casos, los artículos 573 y 574 de la presente Ley».

Dejando al lado el artículo 550, que no plantea singularidad que deba ser comentada, resulta de los otros dos artículos (86) a los que se hace la remisión, que deberán acompañarse:

- El documento o documentos en que se exprese el saldo resultante de la liquidación efectuada por el acreedor, así como el extracto de las

(84) *Ob. cit.*, pág. 2573.

(85) En el mismo sentido, PEÑA, *ob. cit.*, pág. 293.

(86) El artículo 573 se denomina precisamente *Documentos que han de acompañarse a la demanda ejecutiva por saldo de cuenta*.

partidas de cargo y abono y las correspondientes a la aplicación de intereses que determinan el saldo concreto por el que se pide el despacho de la ejecución. En casos de intereses variables, o cuando se trate de ajustar la paridad de distintas monedas, deberá expresarse en la demanda las operaciones de cálculo que arrojan como saldo la cantidad determinada por la que se pide el despacho de la ejecución.

- El documento fehaciente que acredite haberse practicado la liquidación en la forma pactada por las partes en el título ejecutivo.
- El documento que acredite haberse notificado al deudor (y al fiador, si lo hubiere) la cantidad exigible.

Estos documentos ¿han de acompañarse también en el caso de la hipoteca en garantía de cuentas de crédito u operaciones similares? Veámoslo por separado respecto de la doble libreta y de la certificación bancaria.

4. EL SISTEMA DE LA DOBLE LIBRETA (87)

El sistema se regula en la Ley Hipotecaria, y la nueva LEC lo presupone simplemente al hablar de la oposición a la ejecución para el supuesto en el que se oponga error en la determinación de la cantidad exigible (art. 695.1.2.^a). Según el artículo 153 de la LH, cada uno de los interesados llevará una libreta idéntica en la que al tiempo de todo cobro y entrega se hará constar, con aprobación y firma de ambos interesados, cada uno de los asientos de la cuenta corriente.

A su vez, según el artículo 246 del Reglamento Hipotecario, debe tenerse en cuenta que «los ejemplares duplicados de las libretas que, para acreditar el estado de las cuentas corrientes abiertas con garantía de hipoteca, pueden llevar los interesados, deberán estar sellados y rubricados por el Notario autorizante de la escritura en todas las hojas, con expresión certificada en la primera del número de las que contenga».

Por su propio mecanismo de funcionamiento, resulta obvio que aquí no han de acompañarse esos documentos complementarios a los que se refieren los artículos 573 y 574 de la nueva LEC (88).

Se trata de un sistema inoperante en la práctica (89).

(87) «Sistema que en la actualidad ... suena casi a chiste», SALAZAR GARCÍA, *ob. cit.*, pág. 2574.

(88) Únicamente podría intentarse que el sistema de doble libreta entrara en el número 2 del artículo 573: «También podrán acompañarse a la demanda cuando el ejecutante lo considere conveniente, los justificantes de las diversas partidas de cargo y abono».

(89) ROCA SASTRE, *ob. cit.*, en nota de pie de la página 351, se plantea el tema de hipoteca por débito ajeno o fianza real, en cuyo caso habría que contar con el fiador

5. EL SISTEMA DE LA CERTIFICACIÓN BANCARIA

Como ha quedado expuesto a lo largo de este comentario, este sistema aparece como una modalidad del más amplio que permite pactarse en el artículo 572 de la nueva LEC.

Es decir, nos encontramos con que el artículo 572 prevé que pueda pactarse la forma en la que va a realizarse la liquidación de la cantidad a reclamar, y en el artículo 695.1.2.^a, se da por supuesto que la forma que va a convenirse para los casos de cuentas corriente de crédito u operaciones similares derivadas de contratos mercantiles otorgados por entidades de crédito, ahorro o financiación, es la certificación expedida por la entidad acreedora. Nuevamente tenemos que acudir a la LH para completar la regulación de este supuesto, que se desarrolla en el artículo 245 del Reglamento Hipotecario y en el cual se exigen los siguientes requisitos cumulativos:

- Que se trate de una entidad de crédito debidamente constituida y la hipoteca sea en garantía de una operación cambiaria o crediticia (v. *supra*).
- Que se pacte expresamente.
- Que se consignen en la escritura los «demás requisitos señalados en el artículo 142 y cuatro últimos párrafos del artículo 153 de la Ley».

El último requisito encuentra su justificación actual en la información que ha de darse a los particulares con arreglo a la legislación sobre consumidores y usuarios (90). No obstante, posteriormente volveremos sobre el tema a la hora de hablar de la oposición del deudor al saldo.

La cuestión importante en este punto es la siguiente: si a la certificación de la entidad de crédito, con arreglo a la nueva LEC, le es o no aplicable el artículo 685.2, que es el que exige con carácter general los documentos que han de acompañarse a la demanda. En otras palabras, ¿la certificación de la entidad de crédito ha de acompañarse por el documento fehaciente que acredite haberse practicado la liquidación en la forma pactada por las partes en el título ejecutivo? Así ocurre con carácter general cuando (como hemos visto)

real en la llevanza de las libretas, debiendo también estampar su firma. En contra se manifiesta SALAZAR GARCÍA, *ob. cit.*, pág. 2474, para quien esto no debe ser así, pues el hipotecante no deudor es ajeno a la relación de débito que garantiza con la hipoteca sobre su finca; de hecho, la constitución de hipoteca puede ser posterior a la operación cuyo resultado se materializa en cuenta corriente; y el necesario control que el fiador real debiera tener sobre la existencia y montante del débito sería también predicable de cualquier otro adquirente del dominio o derechos posteriores sobre la finca hipotecada. Pero dicho control se produciría más bien *a posteriori* por la vía judicial ordinaria y en ningún caso por intervención directa ni en la documentación de la cuenta corriente ni en los procedimientos de ejecución fuera de las causas expresamente previstas en la Ley.

(90) SALAZAR GARCÍA, *ob. cit.*, pág. 2575.

no se trate de hipoteca en garantía de cuentas corrientes de crédito u operaciones similares, pero ¿también en este supuesto? La cuestión no es sencilla de resolver, existiendo argumentos en uno y otro sentido.

a) Argumentos a favor de la supresión de la peculiaridad de la Ley Hipotecaria:

- Se ha suprimido la remisión que se hacía a la LH, que era la base principal para sostener que dentro del procedimiento judicial sumario no era necesario completar la certificación bancaria.
- El procedimiento ejecutivo es único y cuando se trata de bienes hipotecados únicamente existen una serie de peculiaridades expresamente señaladas en la Ley.
- La literalidad de los artículos no parece dejar lugar a la duda, puesto que expresamente se dice en el artículo 685.2 que han de acompañarse los documentos a los que se refieren los artículos 573 y 574 de la nueva Ley.

b) Argumentos a favor del mantenimiento de la peculiaridad de la legislación hipotecaria en este punto:

- Aunque no existe la remisión que se hacía en este punto a la LH, también es destacable que el artículo 153 de la misma, que es el que regula el tema, no ha sido derogado ni alterado en su redacción.
- Aunque el procedimiento ejecutivo sea único, las peculiaridades que se establecen para los casos en que se persiguen bienes hipotecados ponen de manifiesto que no todo es uniformidad, y en este caso concreto lo que ocurre es que el legislador simplemente *presupone* que en esta clase de hipotecas ha de seguir contándose con la regulación hipotecaria, excepto en lo que se regula expresamente, que es la oposición del deudor al saldo.
- Los argumentos basados en la literalidad nunca han resultado ser decisivos si no van acompañados de otros que en verdad pongan de manifiesto el verdadero sentido de la norma.

A todos estos «contraargumentos» podría añadirse como argumentos en pro de la subsistencia:

- En el caso de la hipoteca en garantía de esta clase de operaciones (y de todas las hipotecas en general, lógicamente) siempre nos vamos a encontrar con la existencia de una escritura pública (91) (a diferencia

(91) No se trata aquí de discutir acerca del valor de la escritura y de la póliza, máxime después de la prevista integración de los Corredores de Comercio en el cuerpo de Notarios.

del art. 572 donde también puede existir como título una póliza) y una cifra máxima de responsabilidad.

- La comprobación hecha por Corredor o Notario (o sólo Notario desde que se produzca la entrada en vigor de la Disposición Adicional vigésimo cuarta de la Ley 54/1999) (92), según la orientación jurisprudencial mayoritaria (93), no tiene como finalidad realizar una auténtica «auditoría» o labor pericial, sino posibilitar que se llegue al conocimiento de que lo reclamado verdaderamente está en conformidad con lo pactado, con lo que su finalidad práctica queda muy desvirtuada desde el momento en que a la certificación se le puede oponer por el deudor error en la determinación de la cantidad exigible (art. 695.1.2.^a de la nueva LEC).
- La oposición de error es precisamente a la liquidación efectuada por la entidad (art. 695.1.2.^a, inciso final) y en nada se ve entorpecida por la existencia o no de documento fehaciente que acredite haberse practicado la certificación en la forma pactada por las partes, por lo que su utilidad práctica es bastante dudosa.

VII. PROCEDIMIENTOS DE EJECUCION APLICABLES

1. SITUACIÓN ANTES DE LA LEY 1/2000

El artículo 153 de la LH señala que el acreedor podrá utilizar la acción hipotecaria por el procedimiento establecido en los artículos 129 y siguientes. Aunque hubo algunas opiniones que entendieron que ello significaba que solamente era posible utilizar el procedimiento judicial sumario, se ha entendido que la expresión es facultativa y por lo tanto no impedía acudir a otros procedimientos.

El cuadro posible de procedimientos de ejecución es el siguiente, de conformidad con la LEC y la LH:

(92) Respecto de la actuación de los Notarios, dice el artículo 207 del Reglamento Notarial: «...Este tipo de actas [de exhibición de cosas o documentos] será utilizable, entre otros supuestos: ...4.º Para fijar el saldo líquido exigible en los préstamos o créditos en cuenta corriente concedidos por entidades de crédito, ahorro o financiación, siempre que tales operaciones y esta modalidad de fijación hayan sido pactadas en escritura pública. En virtud de la documentación exhibida por la entidad acreedora y de su concordancia con certificación de ésta, que se unirá a la matriz, el Notario levantará el acta en la que quede determinado el saldo de la cuenta».

(93) Puede verse un elenco de las sentencias de las Audiencias en el libro «El juicio ejecutivo», de MIGUEL ANGEL FERNÁNDEZ BALLESTEROS, JOSÉ MARÍA RIFÁ SOLER y JOSÉ FRANCISCO VALLS GOMBAU, *La Ley Actualidad*, 1997.

a) *Procedimiento judicial sumario*

Para su utilización es necesario que se acredite el saldo por el mecanismo de la doble libreta o que se hubiere pactado el mecanismo de certificación bancaria cuando el acreedor sea una entidad de crédito debidamente autorizada (art. 153 párrafo II y 132.4.º de la LH). También podrá utilizarse este procedimiento cuando la hipoteca se haya convertido en ordinaria por fijación de la cantidad de que responda la finca, bien por convenio entre las partes, bien por decisión judicial (94).

b) *Procedimiento ejecutivo ordinario*

Su utilización se desprende del artículo 1.435 de la LEC (última redacción dada por la Ley de reforma 10/1992, de 30 de abril, de medidas urgentes de reforma procesal), el cual establece en el último inciso de su penúltimo párrafo que «en el caso de cuentas corrientes garantizadas con hipoteca, abiertas por Bancos o Cajas de Ahorro, se estará a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria».

Como se ha dicho anteriormente (v. *supra*), la remisión a la Ley Hipotecaria está llena de problemas. No obstante, por lo menos sirve para que se entienda que en lo que se refiere a la determinación de la cantidad líquida no rige el artículo 1.435 de la LEC sino el artículo 153 de la LH (95).

c) *Procedimiento extrajudicial*

No está prevista su utilización (96). Ello no quiere decir que signifique exclusión (97), ya que de la LH no resultan obstáculos insuperables (98).

No obstante, el artículo 235.1 del Reglamento Hipotecario (según redacción dada por el Real Decreto 290/1992, de 27 de marzo), la ejecución extrajudicial sólo podrá aplicarse a las hipotecas constituidas en garantía de obligaciones cuya cuantía aparezca inicialmente determinada, de sus intereses

(94) SALAZAR GARCÍA, *ob. cit.*, pág. 2577.

(95) PEÑA, *ob. cit.*, pág. 294.

(96) Lo que se ha justificado diciendo que es debido a que en el momento en que se redacta el artículo 153 originariamente, en los artículos 129 y sigs., solamente se regulaba el procedimiento judicial sumario; posteriormente fue admitido el procedimiento extrajudicial, pero el artículo 153 sigue hablando de procedimiento en singular porque dicho precepto no fue retocado en este punto.

(97) SALAZAR GARCÍA, *ob. cit.*, pág. 2577.

(98) PEÑA, *ob. cit.*, pág. 293.

ordinarios y de demora liquidados de conformidad con lo previsto en el título, y de los gastos de ejecución. Es por ello que las causas de oposición son más limitadas y no hay posibilidad de alegación de error en la determinación de la cantidad exigible (art. 236-ñ).

2. SITUACIÓN DESPUÉS DE LA LEY 1/2000

Después de la entrada en vigor de esta Ley, no hay nada más que un procedimiento de ejecución, y éste es el que habrá de utilizarse (Libro III de la Ley), con las normas establecidas para el caso de ejecución dineraria (Título IV). Cuando se cumplan los requisitos del artículo 682 (99) también se aplicarán las particularidades de la ejecución sobre los bienes hipotecados o pignoralos, previstas en el Capítulo V (art. 681 de la nueva LEC y 129 de la LH en su también nueva redacción). Y más aún, cuando se utilicen los mecanismos de la doble libreta o de la certificación bancaria para determinar la cantidad que se reclama, se aplicará el procedimiento especial de oposición del deudor por alegación de error contemplado en el artículo 695 de la nueva LEC.

3. CON ARREGLO A LA NUEVA NORMATIVA, ¿PUEDE UTILIZARSE EL PROCEDIMIENTO EXTRAJUDICIAL?

El llamado procedimiento extrajudicial de ejecución previsto en el artículo 129 de la LH (100) y desarrollado en los artículos 234 y siguientes del Reglamento Hipotecario (en redacción dada por Real Decreto 290/1992, de 27 de marzo) parecía condenado a su desaparición después de las sentencias del Tribunal Supremo (Sala Primera) de 4 de mayo de 1998 y de 6 de abril de 1999, que lo habían considerado inconstitucional por el muy dudoso argumento de que la potestad de juzgar y ejecutar lo juzgado corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales (101).

(99) — Que se determine en la escritura de constitución el precio de tasación de la finca para que sirva de tipo en la subasta.

— Que conste un domicilio para la práctica de los requerimientos y de las notificaciones.

(100) Párrafo segundo: «Además, en la escritura de constitución de la hipoteca podrá válidamente pactarse un procedimiento ejecutivo extrajudicial para hacer efectiva la acción hipotecaria, el cual será aplicable, aún en el caso de que existan terceros, con arreglo a los trámites fijados en el Reglamento Hipotecario».

(101) En contra de esta argumentación se habían manifestado dos sentencias de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 18 y 23 de octubre de 1995.

Haciendo un requiebro a estas objeciones, en el inciso segundo del artículo 129 de la LH, en la redacción dada por la Ley 1/2000, se dice: «Además, en la escritura de constitución de la hipoteca podrá pactarse la venta extrajudicial del bien hipotecado conforme al artículo 1.858 del Código Civil, para el caso de falta de cumplimiento de la obligación garantizada. La venta extrajudicial se realizará por medio de notario con las formalidades establecidas en el Reglamento Hipotecario» (102).

De momento las formalidades establecidas en el Reglamento Hipotecario son las que se contienen en los artículos 234 y siguientes, antes citados, por lo que surgen los mismos inconvenientes para este tipo de hipoteca que los que se han señalado en el número 1.c) de este epígrafe, al no existir posibilidad de alegación de error (art. 236-ñ). Pero en la necesaria reforma que ha de hacerse del Reglamento Hipotecario para adecuarlo a los nuevos preceptos reguladores de la ejecución, el inconveniente es soslayable si se prevén mecanismos de oposición que, a su vez, no hagan que el Notario tuviese que dirimir la posible controversia; por ejemplo, puede procederse al nombramiento de un perito para que emita dictamen (tal y como se prevé para la ejecución en general en caso de saldos de cuentas e intereses variables en el art. 558.2 de la nueva LEC).

VIII. REQUERIMIENTO DE PAGO Y NOTIFICACION DEL SALDO

1. LA NECESIDAD DE NOTIFICACIÓN DEL SALDO CON ARREGLO A LA LEGISLACIÓN HIPOTECARIA

Cuando se trata de certificación bancaria (103), dicho documento por sí mismo no puede considerarse como ejecutivo, por lo que es lógico que el artículo 153 de la LH diga que «se notificará judicial o notarialmente al deudor un extracto de la cuenta...».

A) Por lo que se refiere a cómo se ha entendido esta notificación en relación con el procedimiento judicial sumario del artículo 131 de la LH, podemos seguir a JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA (104): La notificación debe

(102) Se habla de venta —cfr. también el art. 1.872 del Código Civil— para eludir el posible peligro de que se quiera sostener que se trata de un procedimiento de ejecución. Es el ejercicio del *ius distrahendi* que es esencia de las garantías de prenda o hipoteca.

(103) Cuando el sistema utilizado es la doble libreta, no puede hablarse de la necesidad de notificación del saldo, puesto que se tiene conocimiento constante de dicho saldo ante cada apunte que de común acuerdo vaya haciéndose en dicha libreta.

(104) *El procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria*, ob. cit., pág. 145 y sigs.

entenderse como un requisito cumulativo y no sustitutivo del requerimiento de pago. Lo que ocurre es que cabría formular simultáneamente en un mismo documento (notarial) el requerimiento de pago y la notificación del saldo de la cuenta, puesto que se notifica el saldo para que se pague.

En cuanto a qué personas ha de hacerse la notificación, el artículo 153 de la LH se refiere exclusivamente al deudor, pero ello no significa que no tengan que ser notificados también, en su caso, el hipotecante no deudor y el tercer poseedor (remisión a la regla tercera del art. 131 de la LH).

B) Cuando se haya utilizado el procedimiento de ejecución ordinario (por vía del art. 1.435 de la LEC) la notificación del artículo 153 de la LH no es necesaria, puesto que en el juicio ejecutivo existen suficientes defensas al existir fase de audiencia y de alegación de excepciones (105) (106).

2. EL REQUERIMIENTO DE PAGO Y LA NOTIFICACIÓN EN LA LEY 1/2000

A) *Sistema general introducido*

Cuando se trata de ejecución dineraria, el último párrafo del artículo 572 establece que «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». Por esta misma razón, en los documentos que han de acompañarse a la demanda ejecutiva por saldo de cuenta, el artículo 573 en el número segundo exige «el documento fehaciente que acredite haberse practicado la liquidación en la forma pactada por las partes en el título ejecutivo».

Este sistema (previsto para la ejecución dineraria en general) es aplicable también a los supuestos de bienes hipotecados o pignoralados, dado que a los preceptos citados se remite el número 2 del artículo 685.

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 (art. 685.1 de la nueva Ley). Presentada la demanda ejecutiva, el tribunal despachará en todo caso (mediante auto) la ejecución,

(105) GARCÍA GARCÍA, *ob. y loc. cit.*

(106) De la misma opinión es VALENTÍN CORTÉS (citado por SALAZAR GARCÍA, *ob. cit.*, pág. 2576) para quien la referencia que hace el artículo 1.435 de la LEC a la LH carece de sentido, pues el procedimiento de liquidación que se hace en esta norma está pensado para el procedimiento especial sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, en el que la escritura de hipoteca juega como título de ejecución y no como título ejecutivo. Si no se caería en el absurdo de llevar a cabo todo un proceso declarativo cuyo objeto será saber si la liquidación es exacta y auténtica, para después abrir el procedimiento ejecutivo.

siempre que concurren los presupuestos y requisitos procesales, el título ejecutivo no adolezca de ninguna irregularidad formal y los actos de ejecución que se solicitan sean conformes con la naturaleza y contenido del título (art. 551). En el mismo auto en el que se despache la 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 vigente en el Registro, salvo que se hubiere realizado el requerimiento ya extrajudicialmente mediante acta notarial (arts. 581 y 686).

Según este sistema, entendemos que:

- a) La notificación es un acto previo e imprescindible para iniciar el procedimiento, puesto que se trata de un documento que ha de acompañarse a la demanda.
- b) A su vez, la notificación de la cantidad y el requerimiento de pago se han regulado como requisitos cumulativos: el haber realizado la primera no exime de hacer el segundo. Ahora bien, lo lógico es aprovechar la notificación para hacer al mismo tiempo el requerimiento mediante acta notarial (arts. 573.1 tercero y 581.2).

B) *¿Es aplicable este sistema a los supuestos que hemos defendido que caen dentro del artículo 153 de la Ley Hipotecaria?*

Ya hemos visto anteriormente que se considera que la notificación y el requerimiento son cumulativos en el artículo 153 de la LH.

La cuestión, por lo tanto, es solamente acerca de si la notificación es necesario que se haga previamente a la presentación de la demanda. Del texto del artículo 153 puede entenderse que existe una particularidad, ya que habla de «notificación judicial», lo que supone que ya debe haberse presentado previamente la demanda y haberse despachado la ejecución, por lo que cabría que si solamente se ha realizado el requerimiento de pago, será posteriormente cuando se haga la notificación ordenándolo el Juez en el mismo auto que se despache la ejecución (art. 686.1). Pero realizar un requerimiento de pago sin notificar cuál es la cantidad que se reclama es un absurdo.

La interpretación lógica que puede hacerse es que si existe requerimiento de pago previo extrajudicial, también habrá de haberse realizado la notificación de la cantidad reclamada. Ahora bien, excepcionalmente por aplicación del precepto hipotecario que permite la notificación *judicial*, puede entenderse que dicha notificación no tiene que hacerse antes de la demanda sino que posteriormente se puede cumplimentar, cumulativamente, en el momento del requerimiento de pago.

IX. OPOSICION DEL DEUDOR AL SALDO

1. SISTEMA DE LA LEGISLACIÓN HIPOTECARIA

A) *Supuesto de la doble libreta*

En el caso en el que la libreta que presente el deudor arroje un saldo distinto del que resulte de la presentada por el actor, con arreglo al artículo 132.4.º de la LH nos encontramos ante un supuesto de suspensión del procedimiento judicial sumario. El Juez 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 (art. 132 de la LH).

B) *Supuesto de certificación bancaria*

Ante la notificación y el requerimiento de pago, el deudor tiene las siguientes posibilidades:

- a) Manifestar su conformidad o al menos guardar silencio, lo que también se interpreta como manifestación de conformidad (107).
- b) Alegar (dentro de los ocho días siguientes a la notificación) error. En este caso se abre un procedimiento especial, puesto que el Juez competente para entender del procedimiento de ejecución y a petición de una de las partes, «citará a éstas, dentro del término de ocho días, a una comparecencia y, después de oír las, admitirá los documentos que se presenten y acordará, dentro de los tres días, lo que estime procedente. El auto que se dicte será apelable en un solo efecto, y el recurso se sustanciará por los trámites de apelación de los incidentes».
- c) Alegar (en el mismo plazo antes indicado) falsedad, en cuyo caso si se incoare causa criminal «quedará interrumpido el procedimiento hasta que en dicha causa recaiga sentencia firme o autor de sobreseimiento libre o provisional».

2. SISTEMA INTRODUCIDO POR LA LEY 1/2000

A) *Supuesto de la doble libreta*

La nueva Ley se refiere a este punto diciendo simplemente que se puede alegar error en la determinación de la cantidad exigible cuando el saldo que

(107) ROCA SASTRE, *ob. cit.*, pág. 354. En el mismo sentido, SALAZAR GARCÍA, *ob. cit.*, pág. 2575.

arroje dicha libreta sea distinto del que resulte de la presentada por el ejecutante. Es decir, en este punto no se cambia el régimen del artículo 153 de la LH, ni tan siquiera cambia respecto del procedimiento que ha de seguirse con posterioridad puesto que en el número 2 del artículo 695 dice lo mismo que el artículo 132:

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 precedente dentro del segundo día».

B) *Otros supuestos*

En los casos en los que no se trate de doble libreta, de la Ley se desprende una doble distinción:

1. Cuando la obligación garantizada no sea «el saldo resultante del cierre de cuentas corrientes u operaciones similares», o aunque lo fuere, no se pactó el sistema de certificación bancaria.

En este supuesto hay que aplicar el régimen que se establece en general para los casos de ejecución dineraria, de tal manera que por aplicación del artículo 558.2 (que se remite a los arts. 572 y 574) podrá oponerse pluspetición, y el tribunal, a solicitud del ejecutado, designará 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.

2. Cuando la obligación garantizada sea «el saldo resultante del cierre de cuentas corrientes u operaciones similares derivadas de contratos mercantiles» y, además, por tratarse de una entidad de crédito, ahorro o financiación, se hubiere convenido que la cantidad exigible sea la especificada en certificación expedida por la entidad acreedora. Este es el supuesto del artículo 695.1.2.º, párrafo II. Pues bien, el ejecutado podrá alegar error en la determinación de la cantidad exigible, pero deberá expresar con la debida precisión los puntos en los que discrepe de la liquidación efectuada por la entidad.

C) *Otras causas de oposición*

Según el artículo 695 no caben más causas de oposición que la alegación de error (en la forma que hemos visto) o extinción de la garantía, siempre que se presente certificación del Registro expresiva de la cancelación de la hipo-

teca, o escritura pública de carta de pago o cancelación. Pero el artículo 697 recoge el supuesto que en el 153 de la LH se denomina oposición por falsedad, ya que dice el precepto de la nueva Ley que «...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 del despacho de la ejecución» (108).

D) *Plazo para la oposición y sustanciación de la misma*

El plazo de ocho días de la LH hay que entenderlo modificado por el plazo que con carácter general se establece en la nueva Ley. Así por aplicación de los artículos 556, 557 y 558, el ejecutado podrá oponerse «dentro de los diez días siguientes a la notificación del auto en que se despache la ejecución» (sobre despacho de la ejecución, v. *supra*).

A partir del momento en que se haya formulado la oposición, 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 (art. 695.2).

El auto que estime la oposición fijará la cantidad por la que haya de seguirse la ejecución (art. 695.3) y *no será susceptible de recurso alguno* (art. 695.4).

X. OTRAS CUESTIONES

1. CESIÓN DEL CRÉDITO GARANTIZADO CON LA HIPOTECA

Durante la vida del contrato, dado que todavía no se ha llevado a cabo la determinación del saldo resultante, todo lo más que puede hacerse es la cesión de la total posición jurídica del acreedor hipotecario, pero por la vía de la

(108) Artículo 569. *Suspensión por prejudicialidad penal.*

«1. La presentación de denuncia o la interposición de querrela en que se expongan hechos de apariencia delictiva relacionados con el título ejecutivo o con el despacho de la ejecución forzosa no determinarán, por sí solas, que se decrete la suspensión de ésta.

Sin embargo, si se encontrase pendiente causa criminal en que se investiguen hechos de apariencia delictiva que, de ser ciertos, determinarían la falsedad o nulidad del título o la invalidez o ilicitud del despacho de la ejecución, el tribunal que conozca de ella, oídas las partes y el Ministerio Fiscal, acordará la suspensión de la ejecución».

cesión del contrato, que requeriría el consentimiento del deudor (SALAZAR GARCÍA) (109).

Una vez cerrada y liquidada la cuenta y reflejado el saldo en el Registro por nota marginal, la cesión se hará conforme a las reglas generales (110).

2. SUBROGACIÓN

Para los supuestos en los que se adquiriera la finca hipotecada con descuento o retención del importe de la *obligación garantizada* (art. 118 de la LH), o bien se lleve a cabo el pago de la obligación por el deudor que vendió la finca o por el tercer poseedor que soportó la ejecución, tales interesados quedan subrogados en los derechos del acreedor hipotecario, lo que se contempla en su aspecto registral en los artículos 230 y 231 del RH. Pues bien, añade el artículo 232 del RH que: «Lo dispuesto en los dos artículos anteriores será aplicable a las hipotecas en garantía de obligaciones futuras, cuentas de crédito u otras análogas si se acreditase, mediante el documento correspondiente, que la obligación garantizada no llegó a contraerse o se ha extinguido, acompañando en su caso instancia del deudor pidiendo que se haga constar la subrogación en el Registro».

En palabras de SALAZAR GARCÍA (111), curioso supuesto este en el que la hipoteca (que está vacía de contenido) despliega todo su potencial frente al adquirente en virtud de la subrogación de éste, reforzando la posición del anterior propietario frente al enriquecimiento injusto del adquirente con la hipoteca en que se subroga.

3. CANCELACIÓN

En cuanto que, como ha quedado dicho, el régimen que ha de aplicarse a esta clase de hipotecas es el de las obligaciones sujetas a condición suspensiva (v. *supra*), es lógico que puedan aplicarse los artículos 238 y 239 del Reglamento Hipotecario (112).

4. EL MERCADO HIPOTECARIO

Con arreglo al Real Decreto de 17 de marzo de 1982 (modificado por el de 2 de agosto de 1991), este tipo de obligaciones no reúnen los requisitos

(109) *Ob. cit.*, pág. 2578.

(110) *Ob. y loc. cit.*

(111) *Ob. y loc. cit.*

(112) En el mismo sentido, SALAZAR GARCÍA, *ul. loc. cit.*

necesarios para servir de base a la emisión de cédulas, bonos o participaciones hipotecarias (cfr. art. 32). No obstante, dentro de esta figura ha quedado también incluido el supuesto que se ha denominado de «apertura de crédito instrumentado en cuenta corriente», de tal manera que de conformidad con lo que se deduce de la Resolución de 6 de noviembre de 1999, habrá de procederse en los términos que ya destacó PEDRO AVILA NAVARRO (113): debe hacerse constar en el Registro de la Propiedad, la cantidad de la primera disposición que realiza el acreditado, con la finalidad de que la hipoteca pueda servir *en la parte que conste registralmente* de cobertura para la emisión de títulos en el mercado hipotecario.

BIBLIOGRAFIA

- AURIOLES MARTÍN, ADOLFO, *Derecho Mercantil*, obra colectiva coordinada por GUILLERMO J. JIMÉNEZ SÁNCHEZ, segunda edición, vol. II, pág. 470.
- AVILA NAVARRO, PEDRO, *La Hipoteca (Estudio registral de sus cláusulas)*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 1990. *Formularios Notariales*, tomo III, cuarta edición. También en *Boletín del Centro de Estudios de Cataluña*, núm. 84: «La primera disposición en las hipotecas de “crédito abierto” de “La Caixa”».
- CORDERO LOBATO, ENCARNA, *La hipoteca global (la determinabilidad del crédito garantizado)*, Editado por el Centro de Estudios Registrales del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 1997.
- DAPENA MOSQUERA, JESÚS, «La hipoteca en garantía de cuentas corrientes de crédito», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núms. 95, 96, 97 y 98, noviembre de 1932 a febrero de 1933.
- DE LA RICA Y ARENAL, RAMÓN, «Comentarios a la Ley de Reforma Hipotecaria de 1944», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1945.
- «Comentarios al nuevo Reglamento Hipotecario», Madrid 1948, recogido dentro del *Libro homenaje a don Ramón de la Rica y Arenal*, tomo I.
- EGEA IBÁÑEZ, RICARDO, «La hipoteca de máximo», en *Boletín del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España*, núm. 278, 1991.
- GARCÍA GARCÍA, JOSÉ MANUEL, *El procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria*, 1994.
- GARCÍA-ARANGO Y DÍAZ SAAVEDRA, CÉSAR, «Patología actual de la hipoteca de máximo», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 593, julio-agosto de 1989.
- GÓMEZ GALLIGO, FRANCISCO JAVIER, «Estudio sobre las modernas figuras del crédito abierto garantizado con hipoteca», dentro del *Libro homenaje a José María Chico Ortiz*, pág. 803 y sigs.

(113) *Boletín del Centro de Estudios de Cataluña*, número 84, «La primera disposición en las hipotecas de “crédito abierto” de “La Caixa”», ob. cit.

Leyes Hipotecarias y Registrales de España, Fuentes y Evolución. Ley de 1909, Edición preparada por el Centro de Estudios Hipotecarios del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España con ocasión del II Congreso Internacional de Derecho Registral.

LÓPEZ LIZ, JOSÉ, dentro del libro *Derecho Hipotecario*, de ROCA SASTRE, octava edición, pág. 62 y sigs.

MARTÍN MARTÍN, ABEL, «Dos cuestiones en torno a la hipoteca del artículo 153 LH», dentro del *Libro homenaje a Jesús López Medel*, editado por el Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 1999, tomo I, pág. 811 y sigs.

PARÉS, SEBASTIÁN, «Hipoteca en garantía de cuentas corrientes», en *Revista de Derecho Privado*, núm. 52, enero de 1918.

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, MANUEL, *Derechos reales. Derecho Hipotecario*, tercera edición, tomo II.

REY PORTOLES, JUAN MANUEL, «Bombazo contra la hipoteca-sumidero. Comentario a la Resolución de 23 de diciembre de 1987. BOE de 1 de febrero de 1988», publicado en el núm. 3 de la Revista *Lunes* 4,30, y recogido en el libro *Escritos varios sobre hipotecas y anotaciones preventivas de embargo*, editado por el Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. *Hipoteca con cláusula de «endowment»*. *Hipoteca flotante*. Conferencia recogida dentro del ya citado libro de *Escritos varios sobre hipotecas y anotaciones preventivas de embargo*.

ROCA SASTRE, RAMÓN MARÍA, *Derecho Hipotecario*, octava edición realizada por LUIS ROCA-SASTRE MUNCUNILL, tomo VIII.

SALAZAR GARCÍA, JORGE, «Hipoteca en garantía de cuentas corrientes de crédito», en *Boletín del Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España*, año 1992, núm. 294.

VICENT CHULIÁ, FRANCISCO, *Compendio crítico de Derecho Mercantil*, tomo II, tercera edición.

JUAN JOSÉ PRETEL SERRANO
Registrador de la Propiedad y Mercantil
Letrado excedente de la Dirección General
de los Registros y del Notariado

Análisis de la proposición de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el Comercio Electrónico)

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. SITUACION ACTUAL DEL COMERCIO ELECTRONICO EN ESPAÑA. LA EVOLUCION CARA AL FUTURO. EL COMERCIO ELECTRONICO INTERNACIONAL.—III. PROBLEMAS QUE SE DERIVAN DEL COMERCIO ELECTRONICO. MARCO LEGAL Y SOLUCIONES JURIDICAS: A) PROBLEMAS PLANTEADOS. B) PANORAMA LEGISLATIVO. INICIATIVAS Y ORGANIZACIONES.—IV. ANALISIS DE LA PROPOSICION DE DIRECTIVA DE COMERCIO ELECTRONICO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. EXAMEN GENERAL PREVIO DE ALGUNOS ARTÍCULOS DE LA DIRECTIVA: A) *Artículo 1. Objeto y ámbito de aplicación.* B) *Artículo 2. Definiciones.* C) *Artículo 3. Mercado interior.* D) *Artículo 4. No autorización previa.* E) *Artículo 5. Información general exigida.* F) *Artículos 6 y 7. Comunicaciones comerciales.* G) *Artículo 8. Profesiones reguladas.* H) *Artículo 9. Tratamiento de los contratos por vía electrónica.* I) *Artículo 10. Información exigida en los contratos por vía electrónica.* J) *Artículo 11. Realización de un pedido.* K) *Artículos 12, 13 y 14. Responsabilidad de los intermediarios.* L) *Artículo 15. Inexistencia de obligación de supervisión.* M) *Artículo 16. Códigos de conducta.* N) *Artículo 17. Solución extrajudicial de litigios.* Ñ) *Artículo 18. Recursos judiciales.* O) *Artículos 19 al 24. Otras cuestiones.*

I. INTRODUCCION

El objeto de este trabajo es el intentar aproximar y establecer un estado de la situación actual del comercio electrónico en España, en la Unión Europea, y en general en el entorno internacional, analizando cada uno de los factores que intervienen en el nacimiento de esta nueva figura, su situación actual en España y el marco jurídico en el que debe encuadrarse este comercio electrónico, compaginando los principios de seguridad y de agilidad en el tráfico jurídico. Para ello y desde el punto de vista jurídico es necesario realizar una exégesis de la actual Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la Sociedad de la Información, en particular el Comercio Electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el Comercio Electrónico) COM (1998) 586 Final-98/0325 (COD). Juntamente con esta Propuesta de Directiva, se encuentra una Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, aprobada definitivamente el 20 de noviembre de 1999, por la que se establece un marco común para la firma electrónica, existiendo además un texto nacional sobre Firma Electrónica, en virtud del Real Decreto-ley 14/1999, de 17 de septiembre. El objeto de nuestro trabajo va a centrarse en la citada Proposición de Directiva sobre Comercio Electrónico, habiendo dedicado otros dos trabajos en lo relativo a la Firma Electrónica, tanto a la Directiva, como al Real Decreto-ley citado anteriormente, pues en todo caso no debe olvidarse la íntima conexión que existe entre ambas Directivas, ya que para el desarrollo del Comercio Electrónico, en aspectos tan esenciales como los de la seguridad y confianza en el destinatario de los servicios, la firma electrónica cumple un papel esencial, como soporte tecnológico, que pueda dar fiabilidad en los principios de integridad del mensaje, autenticidad, confidencialidad y no repudiación (1). No debe olvidarse tampoco otro aspecto esencial que es el del comercio electrónico y la Administración Tributaria, creándose una comisión en el Ministerio de Economía, en la que participan otros Ministerios, entre otros el de Justicia, y cuya comisión tiene por objeto elaborar un informe con una serie de conclusiones a los efectos de ver la repercusión del comercio electrónico en el fenómeno tributario, así como buscar las posibles soluciones normativas para hacer frente a esta nueva situación.

Asimismo, se ha creado una Comisión Interministerial sobre la Sociedad de la Información, con el fin de establecer un programa de actuación, en los distintos Ministerios, frente a los futuros retos que se plantean, y que sobre

(1) GARCÍA MÁS, FRANCISCO JAVIER, «La contratación electrónica: la firma y el documento electrónico», en el *Boletín de Información del Colegio Notarial de Granada*, núm. 210, octubre de 1998, págs. 2593 y sigs. Asimismo, en la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. Otro trabajo aún sin publicar del mismo autor, *La firma electrónica: Directiva y Real Decreto-ley 14/1999, de 17 de septiembre*.

todo se van a plantear en el futuro con los servicios de la Sociedad de la Información, con la finalidad de establecer y fijar todo un conjunto de estrategias auspiciadas por la propia Administración para el fomento de la Sociedad de la Información.

En el presente trabajo se va a intentar dar una idea lo más aproximada posible del estado de situación en el que se encuentra la Proposición de Directiva sobre el Comercio Electrónico, teniendo en cuenta los distintos avatares que ha sufrido hasta el texto que ha llegado a posición común en diciembre de 1999. También será necesario, como planteamiento general de introducción al tema en cuestión, el intentar dar una visión general de lo que es y lo que significa el Comercio Electrónico, tanto a nivel europeo como a nivel internacional, teniendo en cuenta que todo el conjunto de estadísticas que se aportan en el presente trabajo son simplemente orientativas, puesto que en España no existe, ciertamente, un estudio estadístico fiable de lo que representa el Comercio Electrónico a nivel nacional, sino más bien lo que existen son estadísticas muy parciales, en determinados sectores, en donde hay una gran diferencia de resultados y de cifras, dependiendo muchas veces de las entidades que las realizan; por ello, debemos ser cautos y prudentes a la hora de manejar todo este conjunto de cifras y relativizarlas lo más posible, sobre todo desde el punto de vista nacional, ya que desde el punto de vista internacional como, por ejemplo, las provenientes de Estados Unidos, se encuentran ya más consolidadas por la mayor experiencia en las cuestiones del Comercio Electrónico, y como consecuencia con un alto nivel de fiabilidad.

Para poder establecer un primer punto de análisis de la significación del comercio electrónico, se presentó un memorándum de la Delegación francesa con ocasión del Consejo ECOFIN, en el que se precisan las orientaciones y medidas que se consideran adecuadas en el seno de la Unión Europea para el desarrollo del comercio electrónico. En dicho documento se establece «que el comercio electrónico es una oportunidad que han de aprovechar las empresas, los consumidores, la economía y las culturas europeas. Si bien el comercio electrónico no es un fenómeno nuevo, se está transformando rápidamente, bajo el impulso de Internet, en una trama de actividades comerciales mundializadas entre un número creciente de participantes... El comercio electrónico, un incentivo para la consecución del mercado interior europeo y para la introducción del euro... La capacidad de practicar el comercio electrónico con una moneda única, el euro, en el mayor mercado único del mundo, aportará en el plano de la competitividad a las empresas europeas ventajas considerables... Pero para que las esperanzas despertadas por el comercio electrónico sean una realidad, es preciso crear las condiciones para que los operadores (clientes y prestatarios) puedan intervenir con toda confianza... En la actualidad el comercio electrónico es objeto de una intensa actividad internacional, pero fragmentada en una multitud de foros bilaterales y multilaterales... Va-

rios textos adoptados a escala comunitaria (por ejemplo, la Directiva sobre la protección de la intimidad y de los datos personales o la Directiva sobre los contratos negociados a distancia), así como las conclusiones de la Conferencia Ministerial de Bonn, de julio de 1997, plantean las primeras bases de un marco armonizado para el desarrollo del comercio electrónico y el fundamento de una posición internacional de la Unión Europea... Así parece urgente determinar a escala comunitaria, no sólo una doctrina para crear un marco normativo que estimule el comercio electrónico europeo sino también una estrategia europea para el planteamiento de los debates internacionales que se están sucediendo muy rápidamente... Facilitar la celebración de contratos por vía electrónica y dar seguridad a las transacciones. Consiste, pues, en ayudar a establecer la confianza en los instrumentos y redes de comercio electrónico... Estas preocupaciones se refieren en particular a la identidad y solvencia de los proveedores, su ubicación física, la integridad de la información, la protección de datos de carácter personal, la ejecución del contrato, la fiabilidad de los pagos, etc... Además, el recurso sistemático a la firma electrónica para las transacciones comerciales obliga a una compatibilidad de las infraestructuras de claves públicas dentro de la Unión Europea. Resulta pues necesario disponer, lo antes posible, de una Directiva del reconocimiento mutuo de las autoridades de certificación de dichas claves... Por lo tanto, la Unión Europea ha de concluir pronto sus esfuerzos tanto en las instancias internacionales competentes como en el marco de sus relaciones con sus socios comerciales más importantes, a fin de establecer marcos normativos coherentes a escala planetaria...»

II. SITUACION ACTUAL DEL COMERCIO ELECTRONICO EN ESPAÑA. LA EVOLUCION CARA AL FUTURO. EL COMERCIO ELECTRONICO INTERNACIONAL

No cabe duda que el comercio electrónico entendido en un sentido amplio como cualquier forma de transacción o de intercambio de información comercial basada en la transmisión de datos sobre redes de comunicación como Internet, incluye no sólo la compra y venta electrónica de bienes, información o servicios, sino también el uso de la red para aspectos de publicidad, búsqueda de información de productos, proveedores, el propio mecanismo de negociación entre comprador y vendedor, etc. Este ha sido uno de los puntos fundamentales que se está debatiendo en el seno de la Comisión Europea en relación a la ya citada Directiva sobre determinados aspectos jurídicos del comercio electrónico en España, teniendo en cuenta que la idea de la Comisión plasmada en los documentos de trabajo, presentada a las Delegaciones de los Estados miembros, es que esta Directiva está hablando de la sociedad de

los servicios de la información, en un sentido amplio, y siempre teniendo en cuenta que existen otras Directivas que están relacionadas con ésta del comercio electrónico que también toca la sociedad de los servicios de información. Con posterioridad a la hora de analizar esta fundamental propuesta de Directiva, y al estudiar los aspectos jurídicos, veremos esta situación y los planteamientos de las Delegaciones a la hora de fijar el ámbito de aplicación de la propuesta de Directiva.

No es fácil establecer una estadística sobre la evolución del comercio electrónico en el mundo, en Europa y en concreto en España. Los datos sobre las previsiones de la evolución del comercio electrónico en los próximos años, e incluso las estimaciones de su volumen actual son dispares. Han existido previsiones de diferentes consultoras del propio informe de la OCDE, los estudios estadísticos de la Comisión Europea y del propio consorcio Commerce Net en Estados Unidos. Según el documento de la OCDE, el volumen global del comercio electrónico ha pasado de prácticamente cero en 1995 a unos 25 millardos de dólares en 1997. Las estimaciones superan los 300 millardos para los años 2001-2002 y el billón de dólares hacia el 2003-2005. De estas cifras, el comercio B2B representa en torno al 80 por 100 del total. Según el mismo informe, Estados Unidos representaría el 80 por 100 del comercio electrónico mundial. Otras estimaciones dan unas cifras mucho más sorprendentes. Así, por ejemplo, Forrester Research, que daba a mediados de 1997 una cifra de 327 millardos de dólares en el año 2002, sólo para Estados Unidos, ha revisado al alza sus previsiones en diciembre de 1998. Según esta nueva estimación, el volumen del comercio electrónico mundial estaría entre 1,4 y 3,2 billones de dólares en el año 2003. No cabe duda de que con independencia de las cifras que manejamos, está claro que el comercio electrónico va desarrollándose poco a poco, y va a suponer un profundo impacto económico y social en los próximos años.

Desde el punto de vista español, no se pueden dar específicamente cifras fiables, debido a que aún no existe una estadística segura sobre la utilización y la importancia del comercio electrónico en España. No cabe duda que la utilización de Internet por el usuario español va a ser uno de los puntos esenciales para fijar el futuro del comercio electrónico en España. En base, por ejemplo, a la situación de las empresas presentes en Internet, clasificadas por sectores, y por tamaño según nivel de facturación y de empleo, son un punto fundamental para el presente, pero sobre todo para el futuro. En este sentido, la Asociación Española de Comercio Electrónico ha realizado un estudio cuantitativo sobre el comercio electrónico entre empresa y consumidor, en Internet, y en España y como complemento a estos resultados cuantitativos, la citada asociación realizó otro estudio cualitativo, basado en la técnica «Delphi». Según la encuesta realizada en 1998, por la Asociación para la Investigación de Medios de Comunicación, recogándose más de 32.000 respuestas, en oc-

tubre-noviembre de 1998, usaban ordenador 8,7 millones de españoles, de ellos 6,3 millones habitualmente y 2,4 millones tenían acceso a Internet, de los cuales 1,7 millones habían accedido a la red en el último mes. El 46,8 por 100, y estamos haciendo referencia al comercio electrónico a través de la red, había tomado alguna decisión de compra de productos o servicios orientado, motivado o informado por contenidos de la web, y el 51,9 por 100 no la había tomado. El 26,5 por 100 de los encuestados han comprado en alguna ocasión productos o servicios a través de la web, no haciéndolo el 71,2 por 100; las respuestas a esta misma pregunta en el estudio del 96 eran, en cuanto al sí, el 19,4 por 100, y en cuanto al no, el 78,3 por 100. Hay que hacer resaltar también que en estas encuestas, una pregunta esencial del cuestionario hacía referencia al grado de seguridad que les merecía a los encuestados diversas transacciones tradicionales y electrónicas, dando los resultados con claridad y revelando una notable desconfianza en cuanto al sistema. La Asociación Española de Comercio Electrónico avanzó sus primeras conclusiones en el 98 de su primer estudio de comercio electrónico de empresa a consumidor en Internet, realizado sobre empresas españolas. Sobre la base de 341 empresas, el 71 por 100 de las mismas contestaba que el objetivo mayoritario de su presencia en Internet era por el momento la publicidad; el 25 por 100 era la atención al cliente, y un 35 por 100 tenían como objetivo actual la venta. De la muestra de 87 empresas que venden ya en Internet, prácticamente la mitad empezó en el 98, muy recientemente, menos de un año, y la mayoría declaraba obtener menos del 10 por 100 de sus ingresos a través de Internet, y sólo un 10 por 100 de las empresas declaraba ingresos superiores; los sistemas de pago más utilizados por estas empresas son las tarjetas (61 por 100), y la transferencia bancaria (49 por 100), seguidos del pago contra reembolso (40 por 100). En esta misma encuesta a 87 empresas españolas que hacen comercio electrónico, se expone en las respuestas cuáles son las barreras al desarrollo del comercio electrónico, destacando mayoritariamente en las respuestas como causas, los propios hábitos del consumidor, la falta de adecuación del producto a Internet como nuevo canal de distribución y la falta de información y cultura empresarial en este nuevo medio, siendo otros factores, como la velocidad de la red, los problemas de logística y distribución, mencionados en muy pocas respuestas de la encuesta. También hay que tener en cuenta el comercio electrónico entre las empresas a través del Intercambio Electrónico de Datos (EDI), teniendo en cuenta, según la revista *Código 84* de la Asociación Española de Codificación Comercial, que en octubre de 1997, el servicio EDI de la asociación alcanzó la cifra de 1.000 usuarios, siendo la comunidad EDI más grande de España y una de las más grandes de Europa. De estos 1.000 usuarios, 581 eran proveedores, 335 distribuidores y 84 distribuidores intermedios y prestatarios logísticos, y en dicha fecha se enviaban por EDI 300.000 facturas y 10.000 pedidos mensuales, con un total de 21 tipos diferentes de mensajes intercambiados.

Como conclusiones de carácter general de este estudio, entre 1999 y el año 2000, el escenario sobre el comercio electrónico está sujeto a importantes cambios, y es el inicio de una actividad totalmente novedosa y revolucionaria. En la actualidad, algunos servicios de información en Internet son gratuitos porque se pretende promocionar y dar a conocer al público, tanto los propios servicios como las empresas e instituciones que los ofrecen, pero en opinión de los expertos, próximamente se comenzará a pagar por utilizar la red, o bien se cobrará indirectamente a través de otro servicio, y desde el punto de vista de la evolución tecnológica es destacable la apuesta que hacen los expertos por la tarifa plana, por la utilización de la red, es decir, una cuota mensual fija e independiente. Continúa indicando el citado estudio que a medio plazo, el usuario español confiará en los sistemas de pago en Internet al igual que en los talones o en las tarjetas en el año 2002. Afianzándose Internet de forma progresiva, primero en la universidad, y más tarde en los colegios como una herramienta de uso generalizado; asimismo la penetración de ordenadores personales en los hogares españoles será del 50 por 100 en el 2003. Un año antes, el 20 por 100 de los hogares navegarán por Internet, y el 10 por 100 dispondrán de medios para navegar por Internet en el televisor. El 50 por 100 de las empresas de servicios y todas las empresas del sector de consumo venderán por Internet en el 2001 y el 2002, respectivamente. El desarrollo del comercio electrónico abaratará el precio de la mayor parte de los productos y el 50 por 100 de los usuarios que realicen pedidos por Internet pagarán por la red en el 2001, y el volumen de transacciones en comercio electrónico en España alcanzará los 200.000 millones de pesetas en el 2001. En este sentido, el mismo estudio hace también sus predicciones a largo plazo, es decir, para el 2004 y años siguientes, en donde, por ejemplo, la penetración de Internet será el 30 por 100 en los hogares españoles en el 2004, y la integración plena del televisor y el ordenador para imponer una verdadera televisión interactiva se producirá después del 2005, teniendo en cuenta que las redes actuales ganarán progresivamente ancho de banda, y en el 2005 se dispondrá de vídeo a la carta en Internet con calidad VHS. A partir del 2004 el ritmo de crecimiento del volumen de negocio movido por el comercio electrónico será espectacular, representando las transacciones por comercio electrónico un 10 por 100 del total de las ventas de comercio en el 2004 y el 30 por 100 del comercio tradicional o especializado venderá en Internet en el 2005, siendo los sectores con mayores posibilidades en el comercio electrónico, el del ocio en general, y el de las industrias culturales como el disco, libros, etc. Como vemos, las perspectivas, según este estudio del futuro del comercio electrónico en España son muy importantes, teniendo en cuenta todos los datos.

Existen también otra serie de datos relacionados con los usuarios de Internet en España en base a una serie de encuestas realizadas, tanto desde el punto de vista de los usuarios de Internet por sexo, por edades, por clases

sociales, así como por cada una de las Comunidades Autónomas, realizados estos datos y encuestas por el Estudio General de Medios (EGM). De esta estadística, que tiene la ventaja de ser probabilística y representativa de la población española de catorce años y más, y a pesar del considerable tamaño de muestra del estudio, más de 13.000 entrevistas por hora, lo que supone 40.000 al año, la todavía baja penetración de Internet, menos del 3 por 100 de la población tiene acceso, proporciona una muestra de internautas relativamente reducida. También del EGM, en febrero-marzo de 1999, se habla de que usan ordenador el 25,9 por 100 de la población, con carácter habitual el 18,7 por 100, tienen acceso a Internet el 8 por 100 y usan Internet el último mes el 5,8 por 100. Por Comunidades Autónomas es la Comunidad catalana, con el 12,8 por 100, la que da más acceso a Internet de su población, seguida de Madrid con el 11,2 por 100. En un informe realizado por la empresa Visa en relación con el comercio electrónico, se ha realizado una encuesta a usuarios de Internet que han realizado compras por comercio electrónico, siendo realizadas 220 encuestas, donde el 81 por 100 estaba entre veintiséis y treinta y cuatro años; el 81 por 100 también por debajo de 8 millones de ingresos brutos, siendo el 33 por 100 ingenieros, el 33 por 100 personas dedicadas a la comunicación, el 19 por 100 profesionales universitarios y un 15 por 100 otros. Como consecuencia de esta encuesta, el propio estudio Visa determina como conclusiones que en este momento la presencia española es insuficiente, y que aquéllos que lo usan, casi la mitad, desconfía de la seguridad, teniendo en cuenta que los usuarios en España tienen una experiencia de compra pequeña. Esta misma entidad Visa también expone que los sectores con proyección en el mercado de Estados Unidos para el comercio electrónico se orientan para los libros, música, reserva de viajes, paquetes turísticos, ofertas de empleo, venta de coches, etc., y que en el mercado de Estados Unidos se han puesto 589.000 millones de pesetas de capital riesgo para la puesta en marcha de 530 empresas de comercio electrónico. En dicha encuesta Visa en relación con la compra de los consumidores electrónicos en España, más de la mitad de los encuestados comenzó en 1998, el 23 por 100 ha comprado cinco veces y el 20 por 100 entre 11 y 50 veces. En cuanto al tipo de producto comprado, es el de los libros el más voluminoso, con el 71,4 por 100, seguido por el de música con el 33,3 por 100, estando también el de flores con el 14,3 por 100 y acabando por las reservas de hotel con el 9,5 por 100. En cuanto al grado de complejidad del proceso de compra electrónica, un 62 por 100 consideró que era fácil y un 23,8 consideraba difícil, y un 4,75 por 100 igual que en el comercio convencional, considerándose por los consumidores electrónicos en España, que la oferta de estos comercios electrónicos es insuficiente, así lo indicaron un 90,5 por 100 y un 76,2 por 100 realizaba la compra en comercios extranjeros, claro está, nos estamos refiriendo a la compra en comercios electrónicos. Otras conclusiones del estudio es que los sectores con proyec-

ción en España serán los de libros, música, reserva de viajes-paquetes turísticos y ofertas de empleo.

No cabe duda que las cifras, aunque no totalmente seguras, porque como hemos indicado no existe en España un tratamiento estadístico aún bien determinado, sí al menos nos revelan que es un campo que en España está empezando con unas inmensas posibilidades y perspectivas de futuro y que en definitiva es necesario ir estableciendo poco a poco el marco legal jurídico que en todos los sectores se van a dar, creando confianza en el usuario, tanto en el consumidor como en el empresario (2).

III. PROBLEMAS QUE SE DERIVAN DEL COMERCIO ELECTRONICO. MARCO LEGAL Y SOLUCIONES JURIDICAS

A) PROBLEMAS PLANTEADOS (3)

No cabe duda que la aparición de este comercio electrónico obliga claramente a replantearse muchas de las cuestiones del comercio tradicional, surgiendo nuevos problemas e incluso agudizando algunos de los ya existentes; en ese catálogo de problemas se plantea el de la validez legal de las transacciones y contratos «sin papel». Asimismo la necesidad de acuerdos internacionales que armonicen las legislaciones sobre comercio, el control de las transacciones internacionales, incluido el cobro de impuestos; la protección de los derechos de propiedad intelectual, la protección de los consumidores en cuanto a publicidad engañosa o no deseada, fraude, contenidos ilegales y uso abusivo de datos personales. La dificultad de encontrar información en Internet, comparar ofertas y evaluar la fiabilidad del vendedor y del comprador en una relación electrónica; la seguridad de las transacciones y medios de

(2) El conjunto de las cifras y estadísticas plasmadas en este trabajo proviene del Informe de Situación del Comercio Electrónico que ha sido realizado para la Secretaría General de Comunicaciones del Ministerio de Fomento desde septiembre de 1998 hasta enero de 1999, en el ámbito de la Iniciativa de Promoción e Identificación de Servicios Emergentes de Telecomunicaciones Avanzadas (PISTA). Enrique Vázquez. CIPRES-UPM. Enero 1999. También se han tenido en cuenta muestreos realizados por la empresa VISA en relación con las perspectivas del Comercio Electrónico en España, a fecha 24 de junio de 1999. Asimismo, el Estudio DELPHI en «El futuro del Comercio Electrónico en España». Asociación Española de Comercio Electrónico (AECE), por José M.^a Álvarez Monzoncillo, enero 1999. También las cifras aportadas por el Estudio General de Medios (EGM) relativa a los datos generales de usuarios de Internet en España, datos contabilizados hasta el período de febrero-marzo de 1999.

(3) Hay que tener en cuenta el informe ya citado en otra nota de PISTA sobre el Estudio de Situación del Comercio Electrónico en España, utilizado para parte de la redacción del epígrafe relativo a problemas planteados y el panorama legislativo, iniciativas y organizaciones.

pago electrónicos, la falta de estándares consolidados y la proliferación de aplicaciones y protocolos de comercio electrónico incompatibles, y la congestión de Internet y la falta de accesos de usuario de suficiente capacidad.

Como vemos, del comercio electrónico surgen problemas tanto desde el punto de vista legal, jurídico así como también desde el punto de vista tecnológico, y es en estas cuestiones tecnológicas en donde es necesario establecer una fase previa de adaptación o integración de sus respectivos sistemas con la actuación de centros de investigación, organismos de normalización, asociaciones de la industria y Administraciones Públicas, creando un entorno de comercio electrónico accesible, seguro y fácil de usar. Este informe va a centrarse sobre los aspectos jurídicos fundamentalmente, sin desdeñar por supuesto los de carácter tecnológico que están en continua evolución y sobre los que existen en el mercado una gran competitividad.

B) PANORAMA LEGISLATIVO. INICIATIVAS Y ORGANIZACIONES

Desde el punto de vista jurídico y centrándonos en primer lugar en las iniciativas comunitarias, que deben ser el punto de partida del Estado español, por ser miembro de la Unión Europea, existen un conjunto de comunicaciones que son: «Iniciativa europea comercio electrónico» [COM (1997) 157 final] (16-4-97), «Comercio electrónico y fiscalidad indirecta» [COM (1998) 374 final] (17-6-98), «Gestión de nombres y direcciones de Internet» [COM (1998) 476 final] (29-7-1998). Asimismo, la Directiva 1999/93/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 1999, por la que se establece un marco comunitario para la firma electrónica. Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a determinados aspectos jurídicos del comercio electrónico en el mercado interior [COM (1998) 586 final - 98/0325 (COD)] y Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la supervisión y seguimiento de las actividades de las instituciones emisoras de dinero electrónico [COM (1998) 461 final] (21-9-1998).

Asimismo, existen otras normas comunitarias, tanto Directivas como otros documentos generales, que están directamente relacionadas con el comercio electrónico. En este sentido la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores en la Propuesta de Directiva, COM (98) 468, octubre de 1998; el comercio electrónico y la fiscalidad indirecta en la Comunicación COM (98) 374, junio de 1998; la globalización y la sociedad de la información, Comunicación COM (98) 50, febrero de 1998; el procesamiento de datos personales y protección de la privacidad en las telecomunicaciones, en la Directiva 97/66/EC, diciembre de 1997; armonización de ciertos aspectos de los derechos de autor y derechos relacionados, en la Propuesta de Directiva COM (97) 628, diciembre de 1997; Plan de acción para promover

el uso seguro de Internet, Comunicación COM (97) 582, noviembre de 1997; hacia un marco europeo para la firma digital y cifrado, Comunicación COM (97) 503, octubre de 1997; transacciones con medio de pago electrónico, Recomendación 97/489/EC, julio de 1997; iniciativa europea de comercio electrónico en la Comunicación COM (97) 157, abril de 1997; derechos de autor y derechos relacionados en la sociedad de la información, Comunicación COM (96) 586, noviembre de 1996; contenidos ilegales o dañinos en Internet, Comunicación COM (96) 487, 1996; Protección legal de las bases de datos, Directiva 96/9/EC, marzo de 1996, y la Protección de los individuos con respecto al procesado y libre movimiento de datos personales, Directiva 95/46/EC, octubre de 1995. Estos son algunos de los textos más importantes relacionados con el tema objeto de este informe.

Junto a estos textos comunitarios que ofrecen un panorama amplio sobre el cual trabajar en las diferentes leyes que será necesario trasponer a nuestro ordenamiento, no debemos olvidar tampoco el entorno internacional centrado fundamentalmente en los Estados Unidos, desde donde hace años se está trabajando, de manera intensa, en relación a toda la problemática sobre el comercio electrónico, y en este sentido se encuentra, por ejemplo, el Programa de Comercio Electrónico Federal de los Estados Unidos, que está encargado de coordinar el desarrollo del comercio electrónico dentro del Gobierno Federal de los Estados Unidos, ayudando a las agencias del gobierno a encontrar y usar las mejores herramientas de comercio electrónico. Asimismo, dentro de este entorno internacional, se encuentra el Commerce Net, que es un consorcio fundado en Silicon Valley en 1994, para promover el desarrollo del comercio electrónico a escala global.

Existen también proyectos de colaboración entre la Unión Europea y otros países como el proyecto piloto Mercado Global para Pymes, coordinado por la Comisión Europea, Estados Unidos y Japón, tendente a impulsar todo un conjunto de debates encaminados a mejorar la coordinación internacional en los temas que afecten al desarrollo del comercio electrónico a escala mundial.

La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), que es una entidad cuyos miembros representan más del 70 por 100 del comercio mundial, es una de las organizaciones internacionales más activas en la promoción del comercio electrónico, intentando dar una generación de confianza, una reducción de incertidumbre en la legislación, en el sentido de promover la colaboración internacional para minimizar las diferencias entre países en el marco legal del comercio electrónico, incluyendo impuestos, aranceles y derechos de propiedad intelectual.

La Cámara Internacional de Comercio tiene en marcha el Proyecto ECP (Electronic Commerce Project), cuyo objetivo es definir buenas prácticas comerciales que ayuden a crear confianza en las transacciones comerciales electrónicas.

El proyecto, en el que participan especialistas de diversos campos (telecomunicaciones, banca, transporte), se centra, entre otros puntos, en las denominadas reglas de procedimiento y negociación en transacciones electrónicas, cuya misión es adaptar las reglas existentes para las transacciones basadas en documentos en papel a las transacciones electrónicas y, además, sacar partido de las nuevas posibilidades que ofrece Internet para simplificar los procedimientos tradicionales, así como las herramientas necesarias para la elaboración de contratos electrónicos y de reglas y cláusulas que pueden incorporarse en estos contratos.

La Organización Mundial de Comercio (la OMC) en su conferencia ministerial de mayo de 1998, declaró su intención de establecer un amplio programa de trabajo para examinar los aspectos comerciales del comercio electrónico a escala mundial.

La Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (WIPO), mantiene un servidor web sobre comercio electrónico.

La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL) tiene el cometido general de eliminar o reducir las disparidades en legislaciones nacionales que puedan crear obstáculos al comercio internacional, habiendo elaborado una importantísima Ley Modelo de Comercio Electrónico, adoptada en 1996, y de la que podrían extraerse puntos de la misma, a la hora de establecer los textos normativos comunitarios, e incluso las legislaciones nacionales. Este organismo tiene además, un grupo especializado de trabajo sobre comercio electrónico, que ha producido documentos sobre firmas digitales, autoridades de certificación y otros aspectos legales relacionados.

En España, dentro de este marco, han existido y existen iniciativas sobre el comercio electrónico. En este sentido, la Asociación Española de Comercio Electrónico (AECE), que es una agrupación de empresas españolas que intentan unificar esfuerzos con el fin de obtener un comercio electrónico más fiable y seguro, teniendo su nacimiento la asociación en mayo de 1998, y en noviembre de ese mismo año esta asociación avanzó unas conclusiones del primer estudio sobre comercio electrónico de empresa a consumidor en Internet, realizado sobre empresas españolas.

El Commerce Net Español es un consorcio para el uso, promoción y construcción del comercio electrónico en Internet.

El Consejo Superior de Cámaras de Comercio, Industria y Navegación de España, que representa a nivel nacional e internacional, a las 85 Cámaras de Comercio existentes en España, teniendo muchos puntos de actuación dentro del entorno económico de las empresas.

La Fundación para el Estudio de la Seguridad de las Telecomunicaciones (FESTE), fundación que está integrada por el Consejo General del Notariado

de España, el Consejo General de los Colegios de Corredores de Comercio de España, el Consejo General de la Abogacía de España, la Universidad de Zaragoza y la Sociedad Intercomputer, S. A. Entre los numerosos fines que tiene la citada fundación, se encuentran los de realizar estudios y proyectos sobre los mecanismos e instrumentos de seguridad que son necesarios para el desarrollo y utilización de las tecnologías de la información y la comunicación; colaborar al diseño de un marco legal que sea adecuado para realizar la certificación de transacciones electrónicas mantenidas entre la industria, el comercio, la banca, la administración y los ciudadanos. La Fundación FESTE tiene su origen en el proyecto europeo AEQUITAS, perteneciente a la iniciativa INFOSEC de la Comisión Europea, siendo los resultados de este proyecto europeo entre otros, la exposición de las principales leyes políticas y técnicas existentes en los países que han adoptado una posición sobre la materia, así como la elaboración de diferentes modelos político-criptográficos a partir de las propuestas hechas en los países donde se han adoptado resoluciones sobre la materia.

Entre los trabajos más destacables de esta fundación se encuentra una propuesta inicial de Ley española de firma electrónica realizada por el grupo con auxilio de fedatarios, previendo la trasposición en su caso de la Propuesta de Directiva Europea sobre firma electrónica. Asimismo se está trabajando en el desarrollo de un prototipo para permitir la transmisión telemática, segura de comunicaciones y otros escritos entre jueces y procuradores.

También desde el punto de vista tecnológico se encuentra la Asociación Española de Distribuidores de Información Electrónica (ASEDIE), asociación creada en 1992 por profesionales del sector de la información. En este sentido también, la Asociación Española de Empresas de Tecnologías de la Información (SEDISI), creada en el año 76 para representar al colectivo económico-empresarial del sector informático y de telecomunicaciones. La Asociación Española de Codificación Comercial, creada en 1977.

Como experiencias específicas de comercio electrónico en España han surgido determinadas Autoridades de Certificación.

Así, la Agencia de Certificación Electrónica (ACE), que tiene como objetivo principal la emisión de certificados para utilizar con el protocolo de pago electrónico SET.

La ya citada Fundación FESTE, que es la autoridad de certificación de la Fundación para el Estudio de la Seguridad de las Telecomunicaciones, entidad en la que participan, entre otros, los Notarios y Corredores de Comercio, existiendo diversos niveles de seguridad del certificado para la identificación del solicitante de un certificado y la entidad de registro.

IPS Seguridad es una división de la empresa española dedicada a las tecnologías relacionadas con Internet desde 1995, ofreciendo certificados para servidores y para usuarios.

CERES (Certificación Pública de Transacciones Electrónicas) es una autoridad de certificación pública desarrollada por la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre. Además de la Fábrica, colaboran en CERES el Ministerio de Administraciones Públicas, que participa en los grupos de trabajo técnico y jurídico encargados de desarrollar la infraestructura técnica y el soporte legal a las operaciones de la autoridad de certificación, así como Correos y Telégrafos, encargado del sistema de registro de usuarios.

Se intenta extender la actuación de la Fábrica Nacional, cuyo papel tradicional ha sido el garantizar la seguridad de los documentos físicos, a los documentos y transacciones electrónicas realizadas entre ciudadanos o empresas y las administraciones públicas, siendo el objetivo principal de CERES el garantizar a ciudadanos y administraciones la identidad de ambos partícipes en una comunicación, así como la confidencialidad e integridad del mensaje enviado, teniendo en cuenta que la información privada del usuario se encuentra almacenada en una tarjeta inteligente, protegida por un número de identificación personal, similar a la clave de una tarjeta de crédito, pudiendo utilizarse este sistema, por ejemplo, para garantizar la seguridad en la solicitud de diversos certificados (Registro Civil, Seguridad Social, etc.), y en general para cualquier envío y recepción del documento oficial.

Por último, existen otras entidades de certificación que prestan servicios en España como, por ejemplo, en Banesto.

De todo ello se derivaba, conforme a lo expuesto anteriormente, la necesidad de una ley española de firma electrónica que recogiera los principios de la Directiva sobre firma electrónica, y que a su vez estableciera el marco legal, definiendo con claridad los principios de seguridad, fiabilidad, identidad, así como la regulación de esos efectos jurídicos de la firma electrónica, las entidades de certificación, el registro correspondiente, las medidas de control y sanción a todos estos mecanismos, circunstancia ésta que se consiguió por la aprobación del Real Decreto-ley 14/1999, de 17 de septiembre, sobre Firma Electrónica, que se aprobó antes de que fuera definitivamente aprobada la Directiva sobre Firma Electrónica que, como se ha indicado, fue aprobada el 30 de noviembre de 1999.

IV. ANALISIS DE LA PROPOSICION DE DIRECTIVA DE COMERCIO ELECTRONICO

1. INTRODUCCIÓN

La propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a determinados aspectos jurídicos del comercio electrónico en el mercado

interior, constituye un nuevo paso por parte de la UE de conseguir dotar un conjunto normativo sobre el tema genérico de los servicios de la Sociedad de la Información, que se halla entrelazado con otras Directivas Comunitarias. Como criterio general, el punto de partida son las nuevas vías de comunicación telemática, que obligan a establecer los mecanismos jurídicos adecuados que se adapten a las nuevas necesidades del mercado.

La exégesis del articulado de la Proposición de Directiva sobre Comercio Electrónico, que aquí vamos a desarrollar, lo es sobre el texto al que se ha llegado en la Posición Común aprobada por el Consejo, con vistas a la adopción de la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la Sociedad de la Información, en particular el Comercio Electrónico en el Mercado Interior (Directiva sobre el Comercio Electrónico), Posición Común a la que se llegó en diciembre de 1999. En este análisis, basándonos en el último texto, también reflejaremos, en algunos puntos concretos y esenciales, las distintas evoluciones que ha tenido el mismo en relación a las posturas adoptadas por las distintas Delegaciones de los Estados miembros, con el fin de poder comprender en su totalidad el porqué se opta por una u otra solución ante determinados problemas, aprovechando que hemos tenido la suerte de acudir como miembro de la Delegación Española, por el Ministerio de Justicia, en las deliberaciones y elaboración del texto, a través de la Dirección General de los Registros y del Notariado, y sin olvidar lo que líneas arriba ya indicamos acerca de la íntima conexión existente entre la Directiva de Firma Electrónica y la Proposición de Directiva de Comercio Electrónico.

Desde un punto de vista amplio y general podemos indicar que esta proposición de Directiva, en su esquema general, es positiva, con una estructura jurídica ordenada y coordinada.

Por ello, el criterio a tener en cuenta es el de apoyar de manera clara la tramitación de esta Directiva.

Esta Proposición de Directiva se encuentra relacionada en un conjunto normativo que ya ha dado lugar al nacimiento, por ejemplo, de la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la Protección de los Consumidores en Materia de Contratos a Distancia, así como, por ejemplo, todo el conjunto de Directivas existentes sobre Comunicaciones Comerciales, y esencialmente la Directiva 98/43/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la Publicidad de los Productos del Tabaco, así como la Directiva 97/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de diciembre del 97, relativa al Tratamiento de los Datos Personales y a la Protección de la Intimidad en el Sector de las Comunicaciones. De todo ello se deriva la necesidad de, al hilo de las discusiones que se vayan realizando en el articulado de la Directiva, objeto de estudio, deberán tenerse muy en cuenta las correlaciones e interdependencias que existen en su articulado con otras Directivas que

se encuentran en el mismo mundo de las Comunicaciones Comerciales y de los Servicios de la Sociedad de la Información. También habrá que tener en cuenta, de manera prioritaria, a los consumidores en todo el mecanismo de la Sociedad de la Información y ver si las actuales normas de protección del consumidor proporcionan o no la protección adecuada en relación con la Sociedad de la Información, incluso a la luz del propio texto de la Directiva, objeto del trabajo.

2. EXAMEN GENERAL PREVIO DE ALGUNOS ARTÍCULOS DE LA DIRECTIVA

A) *En cuanto al artículo 1, relativo al objeto y ámbito de aplicación de la misma*, un punto esencial es el del apartado 1 que habla de los Servicios de la Sociedad de la Información, concepto que se ha extrapolado y sacado de la señalada en el apartado 2 del *artículo 1* de la Directiva 98/34/CE, en la que se definen como tales a todo servicio prestado normalmente a cambio de una remuneración, a distancia, por vía electrónica y a petición individual de un destinatario de servicios. Con ello se quiere excluir, por ejemplo, otras Directivas que no incluyen ese concepto amplio de Servicios, por ejemplo, las de la Televisión, donde no existe una petición individual de un destinatario de Servicios, en concreto de la Directiva de la Televisión sin Fronteras. De ahí que la Directiva habla de aspectos jurídicos del Comercio Electrónico, aunque se está refiriendo de manera más amplia a los Servicios de la Sociedad de la Información, puesto que en ese *artículo 1.1* ya no habla específicamente del Comercio Electrónico sino del concepto más amplio antes indicado.

Con posterioridad al examen preliminar de esta Propuesta de Directiva, en primera y segunda lectura, se presentó a las Delegaciones dos documentos de trabajo. El primero presentado por la Comisión, en el que se recogen algunas de las enmiendas realizadas por el Parlamento Europeo y con algunas de las modificaciones expuestas por las Delegaciones durante la primera y segunda lectura. El otro documento, de 13 de agosto de 1999, es el presentado por la propia Presidencia Finlandesa, donde se introducen también algunas de las enmiendas del Parlamento Europeo, y donde se aceptan más sugerencias que fueron planteadas en su momento por los Estados miembros en primera y segunda lectura. El documento de la Presidencia como documento consolidado, matiza el título de la Directiva, ya que hace referencia a ciertos aspectos legales de los Servicios de la Sociedad de la Información, en particular del Comercio Electrónico en el mercado interior; y además, establece como subtítulo el de «Directiva sobre el Comercio Electrónico». Con ello se ha querido dar una solución más o menos ecléptica a la cuestión, ya que comúnmente esta Directiva era conocida como del Comercio Electrónico, aunque realmen-

te también es mucho más, ya que trata ciertos aspectos legales de la Sociedad de los Servicios de la Información.

En efecto, en el texto de la Posición Común se ratifica lo comentado con anterioridad, ya que el título de la Directiva hace referencia a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la Sociedad de la Información, en particular el Comercio Electrónico en el Mercado Interior (Directiva sobre el Comercio Electrónico). Con posterioridad, a la hora de analizar el artículo 2 de la Directiva, volveremos sobre el tema de las definiciones por lo que debe entenderse por la Sociedad de los Servicios de la Información.

En el *artículo 1* se regula también el ámbito de aplicación de la misma, en definitiva el objeto de la regulación relativo a determinados aspectos jurídicos de la Sociedad de la Información, y en particular del Comercio Electrónico, y en concreto el régimen del establecimiento de los prestadores de servicios, las comunicaciones comerciales, el de la contratación por vía electrónica, la responsabilidad de los prestadores de servicios, incluidos los intermediarios, los códigos de conducta, la resolución judicial y extrajudicial de los conflictos y la cooperación entre los Estados miembros. También en el apartado 4 de este artículo se hace una referencia específica a las normas de Derecho Internacional Privado, que será examinado con más detenimiento cuando analicemos el artículo 3 relativo al Mercado Interior, y que ha sido uno de los caballos de batalla en la elaboración de esta Directiva.

El *artículo 1* ha sufrido varias redacciones, y en la última, relativa a la Posición Común, se ha introducido todo un conjunto de exclusiones y excepciones al ámbito de aplicación que en los primeros textos se encontraban incardinados en el entonces artículo 22.

Este conjunto de excepciones del ámbito de aplicación quiere indicar que las materias excepcionadas se rigen por sus propias normas, en razón de las circunstancias especiales de las actividades objeto de exclusión. En este sentido, la Directiva no se aplicará a las cuestiones relativas en materia de fiscalidad, a los juegos de azar que impliquen apuestas de valor monetario incluidas las loterías y apuestas, a las cuestiones relacionadas con acuerdos o prácticas que se rijan por la legislación sobre carteles, las que afectan a la protección de datos personales y de la competencia, incluidas en las Directivas 95/46/CE y 97/66/CE; las relativas a la representación de un cliente y la defensa de sus intereses ante los Tribunales, y por último, las actividades de los Notarios o profesionales equivalentes, en la medida en que impliquen una conexión directa y específica con el ejercicio de la autoridad pública.

A modo de ejemplo, hay que indicar que aunque se excluyen estas actividades de la Directiva, no significa que cada uno de los Estados miembros pueda regular determinadas materias que aquí son excluidas, lo que ocurrirá es que no estarán dentro de los principios regulados en la Directiva, con los problemas que de ello se puedan derivar. En concreto, la exclusión de las

actividades de los Notarios o profesiones equivalentes, al estar conexiados con el ejercicio de la autoridad pública, por su propia esencia se hayan inmersos dentro del artículo 45 actual del Tratado de la Unión, que establece que «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». La interpretación de este artículo está recogida fundamentalmente en la STJ de 21 de junio de 1974, en el llamado Caso *Reyners*. Por ello, y en relación, por ejemplo, al Derecho español, el Estado podrá dictar normas que puedan regular diversos aspectos de la intervención de Notarios y de Registradores de la Propiedad, por ejemplo, en el ámbito de la Sociedad de los Servicios de la Información, de acuerdo con normas específicas para España y modificando, si así fuese necesario, las leyes que regulan el ejercicio de estas profesiones, cuestión además que, por otra parte, no podría haberse realizado en esta Directiva, puesto que en estas materias se trata de una competencia exclusiva de cada uno de los Estados miembros, no pudiéndose dar una armonización a nivel comunitario.

En cuanto a la materia de fiscalidad hay que indicar que en una Comunicación de la Comisión Europea al Consejo de Europa y al Parlamento, realizada en 1998, a raíz de la Conferencia Ministerial de Ottawa, se anuncian los principios que deben recogerse para el estudio y la aplicación de la Fiscalidad Indirecta en el Comercio Electrónico, partiendo de la necesidad de que no se contemplen nuevos impuestos de los ya existentes, sino que muy al contrario lo que hay que tener en cuenta es la adaptación de los ya existentes, y muy especialmente en relación al IVA, a los mecanismos y el tratamiento del Comercio Electrónico; asimismo la prestación del servicio de facilitar la comunicación a través de una red electrónica debe considerarse como una auténtica prestación de servicios; asimismo estableciendo el sistema en virtud del cual se van a agravar dichos servicios prestados, mediante el Comercio Electrónico, para poder ser gravados dentro de la Unión Europea, siempre que estén destinados al consumo en la misma y que en cambio los servicios destinados al consumo fuera de la Unión Europea no estén sujetos al IVA en la misma, sin perjuicio de poderse deducir el IVA soportable.

Asimismo con el criterio de sencillez, rapidez y de facilidad en el cumplimiento de esta fiscalidad indirecta, garantizando el control para los destinatarios, sean tanto empresas como particulares.

Todo ello requiere la introducción de la facturación electrónica a efectos de IVA, en las transacciones electrónicas realizadas dentro de la Unión Europea, siempre teniendo en cuenta la garantía y protección de los intereses legítimos de los Estados miembros, y asimismo establecer mecanismos para el ámbito internacional a través de la cooperación entre los Estados miembros

de la Unión Europea y otros países, a fin de que se establezcan condiciones equivalentes en la facturación electrónica.

Facilitándose el cumplimiento de las obligaciones fiscales por medio de declaraciones y liquidaciones del IVA electrónicas.

Este tema se haya en íntima conexión con la Directiva de Firma Electrónica y con los comentarios que en su momento se realizaron por esta Dirección General, teniendo en cuenta que en el Derecho español, la Ley 37/92, de 28 de diciembre, del IVA, en su artículo 88 permite que la repercusión del impuesto deberá efectuarse mediante factura o documento análogo que podrá emitirse por vía telemática, asimismo el Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo, de Desarrollo del texto refundido de 24 de septiembre de 1993, sobre el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, que incluye como hecho impunible de este último el libramiento de cualquier documento de giro mercantil en cualquier soporte escrito, incluidos los informáticos.

Por todo ello la importancia de la fiscalidad en el Comercio Electrónico es total. En una Comunicación de la Comisión Europea al Consejo de Europa y al Parlamento, realizada en 1998, a raíz de la Conferencia Ministerial de Ottawa, se anuncian los principios que deben recogerse para el estudio y la aplicación de la Fiscalidad Indirecta en el Comercio Electrónico, partiendo de la necesidad de que no se contemplen nuevos impuestos de los ya existentes, sino que muy al contrario lo que hay que tener en cuenta es la adaptación de los ya existentes, y muy especialmente en relación al IVA, a los mecanismos y el tratamiento del Comercio Electrónico; asimismo la prestación del servicio de facilitar la comunicación a través de una red electrónica debe considerarse como una auténtica prestación de servicios; asimismo estableciendo el sistema en virtud del cual se van a agravar dichos servicios prestados mediante el Comercio Electrónico para poder ser gravados dentro de la Unión Europea, siempre que estén destinados al consumo en la misma y que en cambio los servicios destinados al consumo fuera de la Unión Europea no estén sujetos al IVA en la misma, sin perjuicio de poderse deducir el IVA soportable.

Asimismo con el criterio de sencillez, rapidez y de facilidad en el cumplimiento de esta fiscalidad indirecta, garantizando el control para los destinatarios, sean tanto empresas como particulares.

Todo ello requiere la introducción de la facturación electrónica, a efectos de IVA, en las transacciones electrónicas realizadas dentro de la Unión Europea, siempre teniendo en cuenta la garantía y protección de los intereses legítimos de los Estados miembros, y asimismo establecer mecanismos para el ámbito internacional a través de la cooperación entre los Estados miembros de la Unión Europea y otros países, a fin de que se establezcan condiciones equivalentes en la facturación electrónica.

Facilitándose el cumplimiento de las obligaciones fiscales por medio de declaraciones y liquidaciones del IVA electrónicas.

Este tema se haya en íntima conexión con la Directiva de Firma Electrónica, teniendo en cuenta que en el Derecho español la Ley 37/92, de 28 de diciembre, del IVA, en su artículo 88 permite que la repercusión del impuesto deberá efectuarse mediante factura o documento análogo que podrá emitirse por vía telemática, asimismo el Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo, de Desarrollo del texto refundido de 24 de septiembre de 1993, sobre el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados que incluye como hecho impune de este último el libramiento de cualquier documento de giro mercantil en cualquier soporte escrito, incluidos los informáticos.

Por todo ello, la importancia de la fiscalidad en el Comercio Electrónico es total.

B) *En cuanto al artículo 2 de las Definiciones*, los primeros textos de la Directiva enunciaban lo que debía entenderse por Servicios de la Sociedad de la Información, indicándose que es todo servicio prestado normalmente a cambio de una remuneración, teniendo en cuenta que en determinadas circunstancias podrá ser ese Servicio prestado de forma gratuita cuando se accede por parte del destinatario del Servicio a una determinada información, que ofrece unos productos que luego el destinatario del Servicio puede adquirir. También se definía en este artículo, en las primeras redacciones, lo que debía entenderse por Vía Electrónica.

Se define el concepto de prestador de servicios como cualquier persona física o jurídica que suministre un servicio de la Sociedad de la Información. Este artículo también habla del Prestador de Servicios establecido que parece estar basada en la propia Jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Para este prestador de servicios establecido se exige que ejerza de manera efectiva una actividad económica a través de una instalación estable y por un período de tiempo indeterminado; el concepto de período de tiempo indeterminado es ambiguo y no muy claro jurídicamente, por ello quizá debería sustituirse por la expresión tiempo indefinido, ya que podría establecerse un período de tiempo determinado de veinte años y no podríamos negar el carácter de estabilidad, dando a entender este concepto de Directiva que se está refiriendo más en concreto a los Prestadores de Servicios Establecidos dentro del concepto de personas jurídicas más que el de personas.

El problema del establecimiento permanente es uno de los caballos de batalla, de difícil delimitación y concreción, y de repercusiones fundamentales en la propia proposición de Directiva sobre Comercio Electrónico, y ello porque en la misma se parte del principio general relativo a la que la Ley aplicable es la del país de origen, con algunas excepciones que prevé el propio anexo segundo donde existen ámbitos de exclusión en relación con este principio general.

En este sentido el artículo 2 de la Proposición de Directiva del Comercio Electrónico, a la hora de establecer las definiciones en la letra *c*, realiza la definición de prestador de servicios establecido como el «Prestador que ejerce de manera efectiva una actividad económica a través de una instalación estable y por un período de tiempo indeterminado. La presencia y utilización de los medios técnicos y de las tecnologías utilizados para suministrar el servicio no constituye establecimiento del prestador de servicios».

Sobre esta definición, las Delegaciones de los Estados miembros en la primera y segunda lectura, hicieron una serie de observaciones a los efectos de aclarar, en la medida de lo posible, lo que debía de entenderse por prestador de servicios establecido. Puede ser conveniente, a los efectos de poder aclarar el tema, el ver algunas de estas propuestas. Austria propuso sustituir la definición de esta letra *c* por la siguiente: «establecimiento», lugar en que se haya la sede organizativa (o administración central).

España propuso que se añadiera después de las palabras instalación estable, la frase «de conformidad con la legislación de cada Estado miembro».

El Reino Unido propuso sustituir esta definición por preferir que esta cuestión se abordara dentro del artículo 3, añadiendo un apartado 4 y 5 de la siguiente manera: «4. Cuando un prestador de servicios esté establecido en el territorio de más de un Estado miembro, el Estado miembro responsable, con arreglo al apartado 1, será aquél en que se halle situado el establecimiento responsable de la actividad en cuestión; si hubiere más de un establecimiento responsable de la actividad o no fuere posible indicar cuál es el establecimiento responsable, con arreglo al apartado 1, será aquél en el que el prestador de servicios tenga el centro de sus actividades.

5. La presencia o la utilización de los medios técnicos y las tecnologías necesarias para la prestación de un servicio no constituyen por sí mismas un establecimiento de su prestador».

Asimismo, la Delegación del Reino Unido, con relación a este tema, propone introducir el siguiente texto después del primer punto y coma del noveno considerando de la propuesta de la Directiva: «que dicho lugar es aquél en que el prestador de servicios desarrolla realmente su actividad económica sirviéndose de una instalación estable por un período de tiempo que exceda de lo provisional; que debe preverse el caso en que el prestador de servicios está establecido en más de un Estado miembro».

Asimismo, al establecerse la letra *c* del artículo 2, la expresión por un período de tiempo determinado, varias Delegaciones, entre ellas España, albergaban dudas acerca de la expresión «período de tiempo indeterminado», sugiriendo Italia sustituirla por la de «un período de tiempo considerable». En algunos informes, la Delegación Española indicó que sería más correcto hablar de «un período de tiempo indefinido», que indica una sensación y situación de permanencia y de estabilidad en el tiempo, sin perjuicio de que si se

tratara de una persona jurídica la Sociedad, por ejemplo, pudiera acordar su disolución y posterior liquidación.

La Comisión señaló en todo este tema que la palabra indeterminado es correcta, y que el establecimiento por un número de años determinado está incluido. Asimismo, indicó que de conformidad con la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre los artículos 52 y 59 del Tratado, establecimiento es la presencia permanente o durante un tiempo considerable. No se mostró a favor de dar un concepto de establecimiento. Considera que se debe aplicar la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia y que no se puede equiparar esta Directiva, en este sentido, a otras como la de Televisión sin Fronteras, que se refieren a casos específicos y en las que sí hay una definición específica de establecimiento, ya que en la propuesta de Directiva del Comercio Electrónico se ha adoptado el concepto ya acuñado por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, y continuó indicando que lo importante es en dónde se realiza la actividad económica principal y que ésta se lleve a cabo durante un cierto tiempo, y que la mera utilización de un servidor no supone establecimiento. Si una empresa tiene distintos establecimientos dentro de la Unión Europea habrá que decidir en función del servicio y de la parte de la empresa que lo presta. La Comisión puso un ejemplo de un cliente en el Reino Unido que contrata, a través de la página web de Interflora en Países Bajos, que se manden flores a Francia. Según la Comisión, la legislación aplicable sería la de Países Bajos. Sin embargo, si la página web es la del Reino Unido y esta empresa es la prestadora del servicio, la legislación aplicable sería la del Reino Unido.

La Delegación española pidió que se aclarase que si el concepto de instalación estable equivale al de establecimiento, entonces debería añadirse, como ya hemos indicado anteriormente, la frase: «de conformidad con la legislación de cada Estado miembro».

En la memoria o informe preliminar que la Comisión aportó a las Delegaciones, intentaba justificar el concepto del prestador establecido, diciendo que permitía determinar el Estado miembro en cuya jurisdicción se encuentra un prestador de la sociedad de la información, utilizando los argumentos que ya se han expuesto líneas arriba, cuando en las diferentes sesiones contestó a las dudas de los Estados miembros. En dicho informe se indica que la definición aportada se fundamenta en la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia, que ha tenido la ocasión de puntualizar que «el concepto de establecimiento, en el sentido del artículo 52 y siguientes del Tratado, implica el ejercicio efectivo de una actividad económica por medio de una instalación permanente en otro Estado miembro por una duración indeterminada», basándose esta definición en los criterios cualitativos del carácter efectivo y estabilidad de la actividad económica y no en criterios formales (un simple buzón) o tecnológicos (emplazamiento de los medios técnicos, etc.), que permiten a los ope-

radores sustraerse fácilmente a todo control. Continúa el informe de la Comisión estableciendo que al centrarse en la actividad real, esta definición permite, por un lado, ser lo suficientemente flexible para que las autoridades nacionales puedan aplicarla de forma individual ante situaciones particulares y, por otro lado, permite que el Estado miembro en el que esté establecido un prestador pueda ejercer de forma eficaz su autoridad sobre el mismo, llegando en caso necesario a adoptar medidas o sanciones con efectos reales, y aunque el operador esté establecido en varios Estados miembros, el Tribunal ha indicado en el ámbito televisivo, que el Estado miembro competente será aquél en el que el ente tenga el centro de sus actividades.

Relacionado con esta definición, el Considerando diecinueve de la propuesta de Directiva del Comercio Electrónico, en su versión de la Posición Común resume de alguna manera e intenta aclarar las ideas que aporta en el informe ya reseñado. En este sentido, se indica que «...se debe determinar el lugar de establecimiento del prestador de servicios a tenor de lo dispuesto en la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia, según el cual el concepto de establecimiento implica la realización efectiva de una actividad económica a través de un establecimiento fijo durante un período indefinido; este requisito se cumple también cuando se constituye una sociedad durante un período determinado; cuando se trata de una sociedad que proporciona servicios mediante un sitio: Internet; dicho lugar de establecimiento no se encuentra allí donde está la tecnología que mantiene el sitio ni allí donde se puede acceder al sitio, sino el lugar donde se desarrolla la actividad económica; en el supuesto de que existan varios establecimientos de un mismo prestador de servicios, es importante determinar desde qué lugar de establecimiento se presta un servicio concreto; en caso de especial dificultad para determinar a partir de cuál de los distintos lugares de establecimiento se presta un servicio dado, será el lugar en que el prestador tenga su centro de actividades en relación con ese servicio en particular». La importancia de este concepto del establecimiento, y en su caso la fijación lo más clara y concreta posible es esencial, debido a que, como luego veremos, el artículo 3 de la Directiva fija como ley aplicable la ley de origen, es decir, la Ley del Estado, donde el prestador de servicios tiene su establecimiento, y ello trae unas consecuencias fundamentales, sobre todo por las propias características de la red, y la facilidad que se tiene de poder eludir una determinada ley aplicable competente, mediante la instalación de un servidor, en un tercer país no comunitario como, por ejemplo, en un paraíso fiscal. Sería interesante que a la hora de hacer la correspondiente transposición de la ley al Derecho español, se pudiera fijar una presunción *iuris et de iure*, a los efectos de entenderse que un prestador de servicios de la Sociedad de la Información está establecido en España cuando, siendo sujeto inscribible, estuviese inscrito él o alguna de sus sucursales en un Registro Mercantil español.

Como vemos, la cuestión no es del todo pacífica, y las ideas no son muy claras a la hora de analizar el tema. Quizá una posible solución sería la ya apuntada líneas arriba, y a la hora de hacer la trasposición, aprovechar esta circunstancia.

En cuanto a la definición de Servicios de la Sociedad de la Información, se cambia el criterio de los primeros textos, de poner una definición específica en el articulado, por el de utilizar una técnica de revisión en el sentido de acudir y remitirse al apartado 2 del artículo 1 de la Directiva 98/34/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de junio de 1998, por la que se establece un procedimiento de información en materia de las normas y reglamentaciones técnicas, modificada por la Directiva 98/48/CE, de 20 de julio de 1998. La Directiva citada, 98/34, establece esta definición, y en un anexo hay una lista indicativa de aquellas actividades que se encuentran comprendidas dentro de los Servicios de la sociedad de la información. Esta remisión es quizá desde el punto de vista técnico mucho más adecuada. Incluso en el considerando nuevo que se ha introducido en los dos documentos antes citados, en concreto en el 2.c), se hace referencia a esta modificación, indicándose «que tal definición abarca cualquier servicio prestado, normalmente a cambio de una remuneración a distancia, a través de redes, mediante equipos electrónicos de tratamiento (incluida la compresión digital) y almacenamiento de datos, a petición individual de un destinatario de servicios; que los servicios que figuren en la lista indicativa del anexo V de la Directiva 98/34/CE, tal como modificada por la Directiva 98/48/CE, y no supongan el tratamiento y almacenamiento de datos, no están incluidos en esta definición». Para aclarar lo que en efecto debe ser el concepto de Servicios de la Sociedad de la Información, se añadió, en los textos de agosto de 1999, tanto en el Texto de la Comisión modificado, como en Texto consolidado de la Presidencia, se añadió en el considerando 3 una serie de especificaciones a los efectos de establecer qué actividades deben entenderse incluidas como servicios de la sociedad de la información. En este considerando se incluyen dentro de los servicios, además de la venta de mercancías en línea, también cualquier actividad económica, de servicios no remunerados por su destinatario, como aquellos que consisten en ofrecer información en línea o comunicaciones comerciales, o los que ofrecen herramientas de búsqueda, acceso y recuperación de datos; asimismo quedan cubiertos los servicios consistentes en transmitir información a través de una red de comunicación, ofrecer acceso a una red de comunicación o albergar información suministrada por el destinatario de servicios; excluyéndose en el propio considerando que la radiodifusión televisiva, según se define en la Directiva 89/552/CEE, de 3 de octubre de 1989, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros, relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva, y la radiodifusión radiofónica no son

servicios de la sociedad de la información, ya que no se prestan a petición individual; que, por el contrario, los servicios que se transmiten entre dos puntos, como el vídeo a la carta o el envío de comunicaciones comerciales por correo electrónico, son servicios de la sociedad de la información.

En el texto que estamos manejando, ya citado en la Posición Común, en el considerando 18 se recoge lo anteriormente indicado y además se incluyen una serie de aclaraciones sobre este concepto que me parecen interesantes, y así se indica que «...el uso del correo electrónico o, por ejemplo, de sistemas equivalentes de comunicación entre individuos por parte de personas físicas que actúan fuera de su profesión, negocio o actividad profesional, incluso cuando los usa para celebrar contratos entre sí, no constituye un servicio de la Sociedad de la Información; la relación contractual entre un empleado y su empresario no es un servicio de la Sociedad de la Información; las actividades que por su propia naturaleza no puedan realizarse a distancia ni por medios electrónicos, tales como el control legal de la contabilidad de las empresas o el asesoramiento médico que requiere el reconocimiento físico de un paciente, no constituyen servicios de la Sociedad de la Información».

También se introdujo, en virtud de los dos documentos ya citados, de agosto de 1999, en el artículo 2 en su letra f), el concepto de consumidor, al definirlo como cualquier persona física que actúa con un propósito ajeno a su actividad profesional. En relación con ello, el considerando 14 ha sido bastante modificado, intentando justificar que la protección al consumidor, otorgada por otras Directivas, en modo alguno ponen en peligro la protección a éstos. Así se hace referencia, entre otras, a la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores, y la Directiva 97/7/CE; la Directiva 84/450/CEE del Consejo, de 10 de septiembre de 1984, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de publicidad engañosa, modificada por la Directiva 97/55/CE, de 6 de octubre de 1997, a fin de incluir en la misma la publicidad comparativa; la Directiva 87/102/CEE del Consejo, de 22 de diciembre de 1987, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito al consumo, modificada por la Directiva 98/7/CE, de 16 de febrero de 1998; la Directiva 90/314/CEE del Consejo, sobre viajes, vacaciones y circuitos combinados, y la Directiva 98/6/CE, de 16 de febrero de 1998, relativa a la protección de consumidores en materia de indicación de los precios de los productos ofrecidos a los consumidores; asimismo la Directiva 98/43/CE, de 6 de julio de 1998, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de publicidad y de patrocinio de los productos del tabaco, y de otras Directivas relativas a la protección de la salud pública, especialmente la Directiva 92/28/CEE, de 31

de marzo de 1992, relativa a la publicidad de los medicamentos para uso humano. Como podemos observar, el conjunto de Directivas, de especial protección a los consumidores, es amplio y se intenta en este considerando dejar claro que el nivel de protección al consumidor en ningún caso se verá disminuido. Lo indicado anteriormente coincide plenamente con el actual texto en Posición Común, siendo ahora el considerando el número 11.

Una definición esencial recogida en el artículo 2.h) es la del ámbito coordinado, y es esencial esta definición, puesto que será dentro de los límites de ese ámbito coordinado, donde se mueva la aplicación de la Directiva y donde la legislación de los Estados miembros no podrá interferir, dentro de ese ámbito coordinado, ninguno de los principios que se contienen y que se regulan en la propia Directiva como los principios, entre otros, de libre competencia y de libre prestación de servicios, etc. En las discusiones que se han mantenido en Bruselas para la elaboración del texto, y después de diversos informes aportados por la Comisión, e incluso, por lo escuchado por el autor de este trabajo en directo, en Bruselas, en la deliberación del texto, el ámbito coordinado hace referencia tanto a las normas contenidas en la propia Directiva, relativas a los servicios de la Sociedad de la Información, y en concreto al Comercio Electrónico, como así todo el conjunto de normas no contenidas en la Directiva pero sí en otras normas jurídicas que afectan a los servicios de la Sociedad de la Información, y que en ningún caso podrán ir en contra y eludir los principios y aplicación de la Directiva, y esas otras normas, en cuanto afectan o afecten al ámbito de aplicación de la Directiva, podrán o deberán adaptarse a los principios del Mercado Interior, en el sentido de no poner obstáculos a los mismos.

El artículo 2.h) citado define al ámbito coordinado como «Los requisitos exigibles a los prestadores de servicios en los regímenes jurídicos de los Estados miembros aplicables a los prestadores de servicios de la Sociedad de la Información o a los servicios de la Sociedad de la Información, independientemente de si son de tipo general o destinados específicamente a los mismos en relación al inicio de la actividad de un servicio de la Sociedad de la Información, y el ejercicio de esa actividad como los requisitos relativos al comportamiento del prestador de servicios, los requisitos en relación a la calidad o contenido del servicio, incluyéndose los relativos a la publicidad, a los contratos y a la responsabilidad del prestador de servicios. Teniendo en cuenta que ese ámbito coordinado no se refiere a los requisitos aplicables a las mercancías, a la entrega de éstas ni a los servicios no prestados por medios electrónicos».

En definitiva, ese ámbito coordinado, o mejor dicho, ámbito normativo coordinado, serían aquellos requisitos normativos, de carácter general o específico, aplicables a los prestadores de servicios de la Sociedad de la Información exigidos por el Ordenamiento jurídico. Es necesario matizar que, por

ejemplo, en relación a los contratos, no todas las normas o requisitos de éstos están incluidos en el ámbito normativo coordinado, únicamente lo estarán aquellas normas o requisitos que afecten a los servicios de la Sociedad de la Información, es decir, *on line*, y que se encuentren dentro del ámbito de aplicación de la Directiva, puesto que existen excepciones y salvedades reconocidas en la propia Directiva, así lo referente a las exclusiones que en el artículo 9.2 se establecen a diversas categorías de contratos de la obligación del reconocimiento de la validez jurídica de los contratos electrónicos, e incluso la exclusión que luego veremos del artículo 3 a las normas relativas, a la validez formal de los contratos por los que se crean o transfieren derechos en materia de propiedad inmobiliaria. Y es necesario especificar que esta responsabilidad del prestador de servicios, a la que se hace mención en la Directiva, debe entenderse aquélla que es la derivada del incumplimiento de aquellas normas que regulan los aspectos contenidos en el ámbito coordinado, pues no se deben entender incluidos en el ámbito coordinado, la responsabilidad por incumplimiento de Directivas relativas a estándares de calidad, de seguridad, o de obligaciones de entrega de la cosa, que son aspectos ajenos al ámbito coordinado. Profundizando en el término contratos, al que se refiere la Directiva cuando hace referencia a los requisitos que deben cumplir los prestadores de servicios en el ámbito coordinado, hubiera sido mejor la expresión «contenido de los contratos», ya que existen otros aspectos como el de la capacidad de las partes para contratar que quedan siempre sometidas a una ley determinada, como es la de la nacionalidad de cada uno de los contratantes, ley que se aplica siempre, por ejemplo, a los efectos de definir la mayoría de edad, aquellos actos que un incapaz o menor puede realizar por sí mismo, los requisitos de la emancipación, los órganos tutelares, etc.

En este sentido, el considerando 21 de la Directiva establece que «...el ámbito de aplicación del ámbito coordinado no prejuzga la futura armonización comunitaria en relación con los servicios de la Sociedad de la Información, ni la futura legislación nacional adoptada con arreglo al derecho comunitario; el ámbito coordinado se refiere sólo a los requisitos relacionados con las actividades en línea, como la información en línea, la publicidad en línea, las compras en línea o la contratación en línea, y no se refiere a los requisitos legales del Estado miembro, relativos a las mercancías, tales como las normas de seguridad, las obligaciones de etiquetado o la responsabilidad de las mercancías, ni a los requisitos del Estado miembro relativos a la entrega o transporte de mercancías, incluida la distribución de medicamentos; el ámbito coordinado no afecta al ejercicio del derecho preferente de las autoridades públicas en relación con determinados bienes, tales como las obras de arte».

C) *El artículo 3, relativo al Mercado interior*, es uno de los más importantes de la Directiva, o al menos, uno de los que ha producido más discusiones por parte de las Delegaciones de los Estados miembros, ya que impli-

ca, como ahora desarrollaremos, el principio de la Ley de origen como ley aplicable.

El apartado 1 establece que «Todo Estado miembro velará porque los servicios de la Sociedad de la Información, facilitados por un prestador de servicios en su territorio, respeten las disposiciones nacionales aplicables en dicho Estado miembro, que formen parte del ámbito coordinado».

El número 2 de dicho artículo establece 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 inherentes al ámbito coordinado».

En los apartados transcritos se hace referencia a los principios del régimen de libre competencia y de libre prestación de servicios, y siendo más concretos, el principio del país de origen y el principio de libre circulación de servicios.

El régimen del país de origen significa que será de aplicación a los prestadores de servicios de la Sociedad de la Información, establecidos en un determinado Estado miembro, y a los servicios prestados por ellos, lo dispuesto en la ley de dicho país, procedente de la trasposición de la Directiva, así como en las demás normas que formen parte del ámbito normativo coordinado.

Este principio de la ley de origen y el de libre circulación de servicios tiene un conjunto de excepciones contenidas en el Anexo I de la Directiva. Estas excepciones al principio del país de origen han sido objeto de discusiones, en el sentido de la problemática que se plantea en relación a las normas de Derecho Internacional Privado, puesto que el principio de la ley del país de origen puede chocar con las normas de conflicto del Derecho Internacional Privado en determinadas materias.

En la evolución de este artículo 3, la Comisión, tanto en sus textos como en sus diferentes informes, indicó por activa y por pasiva que la Directiva no contenía en ningún caso normas específicas de Derecho Internacional Privado relativas a conflictos entre legislaciones y entre jurisdicciones y que, por lo tanto, esta Directiva se entendería sin perjuicio de los diferentes convenios internacionales, en definitiva, se decía que no se fijaba ninguna norma de conflicto. En cambio, se elaboró un dictamen del servicio jurídico del Consejo de la Unión Europea de fecha 22 de septiembre de 1999, en el que se analizaban una serie de cuestiones jurídicas y, en concreto, en la relación de la propuesta de la Comisión con las normas de Derecho Internacional Privado indicaba que debía de suprimirse el Considerando 7, ya citado, en el sentido que establecía que la Directiva se entendería sin perjuicio de los diferentes convenios internacionales. El servicio jurídico del Consejo observó que esto no parecía totalmente correcto, ya que un considerando no puede afectar al principio de la primacía del Derecho Comunitario y decía que el apartado 1

del artículo 3 contenía una auténtica norma de Derecho Internacional Privado, es decir, la norma del país de origen.

Con independencia de todo ello, lo que está claro es que los Estados miembros plantearon que efectivamente existía una conexión de la Directiva en este artículo 3 apartado 1 con el Derecho Internacional Privado. La Delegación española siempre consideró la aplicación de las normas de Derecho Internacional Privado, y que éstas no podían quedar derogadas por la aplicación de la Directiva. En este sentido se podían buscar dos tipos de soluciones, la de hacer exclusiones parciales a ese principio de la ley del país de origen, o bien establecer un criterio general en el sentido de que lo establecido en la Directiva sobre los principios de la ley del país de origen y el principio de libre circulación de servicios deberían entenderse sin perjuicio de la ley aplicable conforme a las normas de Derecho Internacional Privado, y que ello, no obstante, cuando la ley que resultara aplicable de esas normas de Derecho Internacional Privado, produjeran un efecto contrario o fuesen incompatibles con la Directiva en sus objetivos, y en concreto con los del Mercado Interior, sería descartada esa ley en la medida que se diera esa incompatibilidad. Y esta solución estaba perfectamente encajada y compatibilizada como, por ejemplo, el Convenio de Roma de 1980 sobre obligaciones contractuales. Con ello se conseguía una primacía del Derecho Comunitario en relación a todo el Derecho Internacional Privado, ya que pueden existir convenios internacionales no comunitarios, pero con la redacción propuesta se conseguía evitar aplicar una ley, también por un convenio internacional no comunitario, si por la aplicación de dicha ley se producía un efecto contrario o incompatible con los objetivos de la Directiva, y en particular con los objetivos del Mercado Interior.

Finalmente se optó por la técnica de las exclusiones parciales, ya que la Comisión era un poco reacia a establecer la frase que algunos países proponían al final del apartado 1 del artículo 3, que es el que hace referencia a la ley del país de origen, «...sin perjuicio del Derecho Internacional Privado». La posición española apoyó la propuesta de la Presidencia, en aquel momento finlandesa, que en aras de un consenso introdujo en el Anexo I una exclusión específica a la jurisdicción y al derecho de elección y las obligaciones contractuales de los consumidores, para solventar en parte el conflicto que podía darse entre el principio de la ley del país de origen de los Convenios Internacionales de Roma de 1980, en materia de obligaciones contractuales, y el de Bruselas sobre jurisdicción.

En efecto, este problema se podría plantear, y en concreto, en el tema de los contratos celebrados con los consumidores, ya que por el artículo 1 apartado 1 de la Directiva, la ley aplicable sería la del país de origen, es decir, la ley del Estado donde el prestador de servicios está establecido; si este principio se determinara así, chocaría con una norma de Derecho Internacional

Privado, que el Convenio de Roma de obligaciones contractuales de 1980, donde, entre otros puntos, establece la aplicación de la ley más beneficiosa al consumidor, con el criterio de la ley de su residencia.

La solución a la que se ha llegado en el texto de la Posición Común en esta materia ha sido el establecer un Considerando 23, en el sentido de que no es objetivo de la presente Directiva fijar normas adicionales de Derecho Internacional Privado relativas a conflictos entre legisladores, y que no afecta a la jurisdicción de los Tribunales de Justicia, y que las disposiciones de la legislación aplicable, determinada por las normas del Derecho Internacional Privado, no podrán restringir la libre prestación de servicios de la Sociedad de la Información, tal y como se anuncia en la presente Directiva. Asimismo, el artículo 1.4 declara con rotundidad que la presente Directiva no establece normas adicionales de Derecho Internacional Privado, ni afecta a la jurisdicción de los Tribunales de Justicia. También, como hemos indicado, se remite en el Anexo para excepcionar lo establecido en los apartados 1 y 2 del artículo 3, a una serie de exclusiones parciales que fueron las más conflictivas en las discusiones, como por ejemplo, al tema de las obligaciones contractuales de los consumidores.

En este sentido, el Anexo que determina un conjunto de excepciones al artículo 3, en los apartados 1 y 2 de la Directiva, lo hace en las siguientes materias:

- a) Los derechos de autor, derechos afines y derechos citados en la Directiva 87/54/CEE del Consejo, de 16 de diciembre de 1986, sobre la protección jurídica de las topografías de los productos semiconductores y en la Directiva 96/9/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de marzo de 1996, sobre la protección jurídica de las bases de datos.
- b) La emisión de moneda electrónica por parte de instituciones a las que el Estado Español haya aplicado una de las excepciones previstas en el apartado 1 del artículo 8 de la Directiva 2000/.../CE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre el inicio, el ejercicio y la supervisión cautelar de las actividades de las entidades de dinero electrónico.
- c) El apartado 2 del artículo 84 de la Directiva 85/611/CEE, de 20 de diciembre de 1985, por la que se coordinan las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas sobre determinados organismos de inversión colectiva en valores mobiliarios, complementada con la Directiva 95/26/CEE del Parlamento Europeo y del Consejo.
- d) El artículo 30 y Título IV de la Directiva 92/49/CEE, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al seguro directo distinto del seguro de vida.

- e) El Título IV de la Directiva 92/96/CEE, de 10 de noviembre de 1992, sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al seguro de vida.
- f) Los artículos 7 y 8 de la Directiva 88/357/CEE, de 22 de junio de 1988, sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al seguro directo distinto del seguro de vida, por la que se establecen las disposiciones destinadas a facilitar el ejercicio efectivo de la libre prestación de servicios.
- g) El artículo 4 de la Directiva 90/619/CEE, de 8 de noviembre de 1990, sobre la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al seguro directo de vida, por la que se establecen las disposiciones destinadas a facilitar el ejercicio efectivo de la libre prestación de servicios.
- h) A las obligaciones contractuales relativas a contratos celebrados por los consumidores.
- i) La libertad de elección por las partes contratantes en cuanto a la legislación aplicable a su contrato.
- j) La licitud de las comunicaciones comerciales no solicitadas por correo electrónico.
- k) Los requisitos formales relativos a la validez de los contratos por los que se constituyan, transmitan, modifiquen o extingan los derechos reales sobre bienes inmuebles sitos en España.

Las exclusiones parciales a las que hemos ido haciendo referencia, y que plantearon, y siguen planteando, los mayores problemas con el Derecho Internacional Privado, son las que se introdujeron en el curso de las discusiones y que se aprobaron en la Posición Común, las relativas a las obligaciones contractuales relativas a contratos celebrados por los consumidores, la libertad de elección por las partes contratantes en cuanto a la legislación aplicable a su contrato, la validez formal de los contratos, por los que se crean o transfieren derechos en materia de propiedad inmobiliaria, en el 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. Con este sistema de exclusiones parciales se intenta de alguna manera evitar el conflicto con el escabroso tema del Derecho Internacional Privado.

D) *El artículo 4 que consagra el principio de no Autorización Previa*, en el sentido de que los Estados miembros dispondrán en su legislación que el acceso a la actividad de Servicios de la Sociedad de la Información no se puede supeditar a un régimen de Autorización Previa, ello no excluye la posibilidad de exigir, por ejemplo, un trámite de Declaración para un Registro específico de estos Prestadores de Servicios de la Sociedad de la Información. Esta misma cuestión fue ya planteada en relación con la Proposición de Di-

rectiva de Firma Electrónica en relación con los Prestadores de Certificaciones en relación con las Autoridades Certificantes. Por todo ello, en la futura Ley de Transposición Española de Comercio Electrónico se puede crear un Registro de prestadores de servicios de la sociedad de la información, que al tratarse de un Registro administrativo podría tener su sede en el Ministerio de Fomento, teniendo como objetivo prioritario del mismo el de inspección y control, debiendo solicitar su inscripción en este Registro, con carácter previo al inicio de su actividad, los prestadores de los servicios de la sociedad de la información establecidos en España y con su correspondiente desarrollo reglamentario. Está claro que estos prestadores deberán aportar la documentación relativa a su identificación, además de aquella otra que reglamentariamente se determine a los efectos de permitir el cumplimiento de esa finalidad de inspección y de control que debe tener ese Registro.

Ese principio de no autorización previa no podrá ir en perjuicio, como indica la propia Directiva de los regímenes de autorización que no tenga por objeto específico y exclusivo los servicios de la sociedad de la información, ni de los regímenes cubiertos por la Directiva 97/13/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de abril de 1997, en el ámbito de los servicios de telecomunicaciones. En este sentido, el Considerando 28 especifica o aclara el contenido de lo anteriormente indicado en el sentido de que no se refiere la no autorización previa a los servicios postales recogidos en la citada Directiva 97/67/CE de 15 de diciembre de 1997. A la hora de realizar la transposición en la Ley española, habrá de tener en cuenta las materias reguladas en la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, y por la Ley 24/1998, de 13 de julio, del Servicio Postal Universal y de Liberalización de los Servicios Postales, y por supuesto el Régimen de Acreditación Voluntaria, establecido en el Real Decreto-ley 14/1999, de 17 de septiembre, sobre firma electrónica para los prestadores de servicios de certificación de firma electrónica.

E) *En cuanto al artículo 5, relativo a la información general exigida*, lo que se pretende en la Directiva es que tanto los destinatarios del servicio como las autoridades competentes puedan tener de una manera fácil, una serie de datos de los prestadores de servicios, como los relativos al nombre del prestador de servicios, la dirección geográfica donde éste está establecido, las señas, que permitan un contacto rápido e inmediato con el mismo, incluyendo su dirección de correo electrónico. Asimismo, los datos de inscripción en un Registro Mercantil o en otro Registro público de carácter similar, en el caso en que el prestador esté inscrito con el nombre de dicho Registro y su número de inscripción. También si en determinados casos una actividad está sujeta a un concreto régimen de autorización por estar así previsto en la ley nacional, habrá que establecer los datos de la autoridad de supervisión correspondiente. El propio artículo 5 indica que en relación a las profesiones reguladas habrá

que aportar los datos del Colegio Profesional o de la institución similar, cuando el prestador de servicios pertenezca a los mismos, así como el título profesional expedido y el Estado miembro en que se expidió y la referencia a las normas profesionales aplicables en el Estado miembro de establecimiento. Será importante, cuando se realice, por ejemplo, la Ley de Transposición española, no solamente acreditar el Título Académico y el Estado donde se expidió, sino también la homologación correspondiente en España.

Indica también la Proposición de Directiva que para el supuesto de que el prestador de servicios ejerza una actividad gravada por el Impuesto sobre el Valor Añadido, deberá aportarse también el número de identificación. Por último deberá haber una información clara y exacta del precio del servicio, indicando si incluye o no los impuestos y los gastos de envío.

Hay un punto interesante en relación a la letra F del apartado 1 referentes a las Profesiones Reguladas, relativo al Título Profesional expedido en el Estado miembro en que esté establecido, así como a las normas profesionales aplicables a los Estados miembros en que esté establecido y en los Estados miembros en que se suministran de forma regular servicios de la Sociedad de la Información. Este artículo y en este apartado está en íntima relación con la Directiva 89/48/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1988, relativa a un sistema general de reconocimiento de los títulos académicos. Sería necesario y conveniente el incluir en la Directiva, de forma clara, la necesidad del trámite previo del reconocimiento del Título Profesional, no solamente en el Estado miembro en que esté establecido el profesional sino también, por supuesto, en el Estado miembro de recepción de ese servicio del profesional, porque podría ocurrir que no estuviera reconocida esa cualificación profesional para ejercer una actividad que sí fuera posible en el Estado miembro de origen, pero no en el Estado miembro donde se recibe esa Prestación del Servicio.

F) *En cuanto a los artículos 6 y 7, están dentro de la sección dedicada a las comunicaciones comerciales.* En este sentido, el Considerando 29 establece que «...las comunicaciones comerciales son esenciales para financiar los servicios de la sociedad de la información y el desarrollo de una amplia variedad de servicios nuevos y gratuitos en interés de los consumidores y en beneficio de la lealtad de las transacciones, las comunicaciones comerciales —incluidas las rebajas, ofertas y concursos o juegos promocionales— deben respetar algunas obligaciones en cuanto a su transparencia... dichas obligaciones se entenderán sin perjuicio de lo dispuesto en la Directiva 97/7/CE; lo dispuesto en la presente Directiva deberá entenderse sin perjuicio de las Directivas existentes sobre comunicaciones comerciales y, especialmente, la Directiva 98/43/CE...». El artículo 2, ya reseñado, en su letra F define a la comunicación comercial como todas las formas de comunicación destinadas a proporcionar directa o indirectamente, bienes, servicios o la imagen de una

empresa, no considerándose comunicaciones comerciales en sí mismas, los datos que permiten acceder directamente a la actividad de dicha empresa, organización o persona, así como las comunicaciones relativas a los bienes, servicios o a la imagen de dicha empresa.

El *artículo 6* nos incardina en una información exigida de carácter especial en estas comunicaciones comerciales, debiendo cumplir determinadas condiciones como que la comunicación comercial sea claramente identificable como tal, que también lo sea la persona física o jurídica en nombre de la cual se hagan dichas comunicaciones, que las ofertas promocionales, tales como descuentos, premios y regalos, concursos o juegos promocionales, deben quedar claramente identificables como tal, y que las condiciones de acceso, o en su caso, de participación, se presenten de forma clara e inequívoca.

El *artículo 7* que regula la comunicación comercial no solicitada, ha sido uno de los artículos más conflictivos en la propia negociación. Para entrar a comprender el significado de dicho artículo, existen dos posturas para el tratamiento de la comunicación comercial no solicitada. La primera de ellas, y que defendió España durante bastante tiempo, es que el usuario no tiene por qué recibir comunicaciones comerciales no solicitadas, si expresamente así lo manifiesta y presta el consentimiento para recibirlas. Existe otra postura que puede resumirse en el sentido de que el usuario no debe protestar por recibir comunicación comercial no solicitada. Por último, existe la posibilidad de que el destinatario que no quiera recibir determinadas comunicaciones comerciales no solicitadas, tenga que inscribirse o apuntarse en una lista de exclusión voluntaria (opt-out), listas que deberán consultar regularmente los prestadores de servicios de certificación. Esta ha sido la postura adoptada en la Posición Común en la Proposición de Directiva. Este tipo de comunicaciones están en íntima relación con la Directiva de Contratos a distancia y la Directiva 97/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las telecomunicaciones en conexión con el consentimiento del destinatario en determinados casos de comunicación comercial no solicitada. Está claro que a la hora de realizar la transposición de la Directiva en una norma española, habrá que hacer una especial consideración a que el envío esté permitido por la normativa vigente, debiendo el prestador de servicios estar obligado a consultar de forma periódica las listas de exclusión voluntaria o cualquier otro mecanismo de exclusión del censo promocional que se establezca de acuerdo con el artículo 31.3 de la Ley 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de carácter personal.

En este sentido, el Considerando 31 indica que «...Los Estados miembros que permiten el envío de comunicación comercial no solicitada por parte de prestadores de servicios establecidos en su territorio por correo electrónico sin consentimiento previo del receptor, deben garantizar que los prestadores de

servicios consulten periódicamente las listas de exclusión voluntaria en las que se podrán inscribir las personas físicas que no deseen recibir dichas comunicaciones y las respete...»

G) *En cuanto al artículo 8, referente a las profesiones reguladas*, lo está haciendo dentro del concepto de la comunicación comercial, y no en otro campo o ámbito de aplicación, y es por ello el sentido que debe darse a este artículo. El Considerando 32 intenta explicar el sentido de la conexión entre las profesiones reguladas y las comunicaciones comerciales, cuando indica que «...Para suprimir los obstáculos que impiden el desarrollo en la Comunidad de los Servicios Transfronterizos que las personas que ejercen las profesiones reguladas puedan ofrecer sus servicios en Internet, es necesario que se respeten las normas profesionales previstas para proteger especialmente a los consumidores o la salud pública, y que dicho respeto quede garantizado a nivel comunitario; los códigos de conducta a nivel comunitario constituyen un instrumento privilegiado para determinar las normas deontológicas aplicables a la comunicación comercial y que conviene impulsar, en primer lugar su elaboración o, si procede, su adaptación, sin perjuicio de la autonomía de los colegios o asociaciones profesionales... (33) la presente Directiva complementa el Derecho comunitario nacional, en lo que respecta a las profesiones reguladas, manteniendo un conjunto coherente de normas aplicables en la materia...»

Este es el sentido del *artículo 8* de la Directiva, que impone a los Estados miembros garantizar el que esté permitido el uso de comunicaciones comerciales que en todo o en parte constituyan un servicio de la sociedad de la información, facilitado por un miembro de una profesión regulada y con determinados condicionantes de independencia, secreto profesional, etc.

El concepto de profesión regulada lo podemos encontrar en la Directiva 89/48/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1988, relativa a un sistema general de reconocimiento de los títulos de enseñanza superior que sancionan formaciones profesionales de una duración mínima de tres años. En este sentido, la profesión regulada es toda actividad profesional cuyo acceso, ejercicio o alguna de sus modalidades de ejercicio estén sometidas directa o indirectamente en virtud de disposiciones legales, reglamentarias o administrativas a la posesión de un título. Se encuentra también la Directiva 98/5/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, 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 haya obtenido el título. Así pues, habrá que tener en cuenta estas Directivas en el sentido de que no pueden ser alteradas ni modificadas por esta Directiva de comercio electrónico, pues todas son de aplicación. Aunque sólo se refiere a la comunicación comercial, y en concreto a la publicidad, si por cualquier circunstancia se prestara a través de la línea un servicio de una profesión regulada, habrá que tener en cuenta los límites,

el reconocimiento de títulos y el control que existe en las Directivas relacionadas con las profesiones reguladas, ya que no olvidemos que el destinatario del servicio está en un país que puede recibir un asesoramiento legal, vía Internet, de un abogado que se encuentra en otro país Estado miembro, aunque el servicio fuese prestado por Internet, en ningún caso pueden saltarse estas normas de, por ejemplo, reconocimiento de títulos.

Este *artículo 8* de profesiones reguladas, entendemos con claridad que no es de aplicación a las profesiones que contempla el actual artículo 45, antiguo 55 del Tratado, en el sentido de profesiones que participan o están relacionadas con el ejercicio del poder público, como es el caso, por ejemplo, de los notarios.

Referencia sobre todo en el apartado 2 a los posibles principios de Códigos Deontológicos Profesionales, sin olvidar lo que antes indicábamos a la hora de hacer mención a los Títulos Profesionales en el *artículo 5* de la Directiva.

H) *En cuanto al artículo 9 que hace referencia al tratamiento de los contratos por vía electrónica*, nos recuerda en parte al *artículo 5* de la Directiva sobre Firma Electrónica en el sentido de que allí se indicaba que los Estados miembros no podrán negar validez a dicha Firma Electrónica por el simple hecho de no ser Firma Manuscrita, con las matizaciones y problemática que ya se indicaron en los diferentes informes del Ministerio de Justicia sobre los efectos y eficacia de la Firma Electrónica en los distintos supuestos. No olvidemos que en el caso de la Ley Española sobre Condiciones Generales de Contratación, se prevé la validez de los contratos, incluso por esa vía electrónica, existiendo ya el desarrollo reglamentario de dicho *artículo 5* en su apartado 3, en virtud del Real Decreto 1906/1999, de 17 de diciembre, por el que se regula la contratación telefónica o electrónica con condiciones generales en desarrollo del artículo 5.3 de la ya citada Ley 7/1998, de 13 de abril; así como un conjunto de leyes que también se adujeron en los informes sobre Firma Electrónica en el sentido de diversas leyes españolas que han regulado la Comunicación por Vía Telemática tanto, por ejemplo, el Mercado de Valores, Fábrica Nacional de Moneda y Timbre y un largo etcétera. Pero este Principio General debe estar matizado en cada caso concreto en relación con la Legislación interna de cada Estado que no puede ni debe entrometerse en el Sistema Jurídico de Derecho Interno, cuando existen un conjunto de Normas y Leyes que establecen todo el entramado de la contratación, y sobre todo en determinados sectores donde parece esencial y conveniente la exclusión de esta Contratación por Vía Electrónica. Por ello el *artículo 9* en su apartado 2, de manera lógica y concluyente establece la posibilidad de que los Estados miembros puedan disponer el apartado 1 del Principio General de Validez de los Contratos por Vía Electrónica, no se aplique a los contratos que requieran la intervención de un Notario, a los contratos que para ser

válidos deban registrarse ante una Autoridad Pública, los contratos sujetos al Derecho de Familia y los contratos sujetos a los Derechos de Sucesión. La lista, en principio, es adecuada y acorde con nuestro sistema jurídico español, sistema jurídico de Derecho Romano Continental, con los pilares en materia de seguridad jurídica preventiva de las funciones notariales y registrales. Aún hay un ámbito de exclusión, ya que la Directiva 97/7/CE, relativa a la Protección de los Consumidores en materia de Contratos a Distancia, no olvidemos que los Contratos por Vía Electrónica son por esencia Contratos a Distancia, ya que las partes no están presentes simultáneamente, excluye de forma categórica la posibilidad de las ventas a distancia sobre Bienes e Inmuebles y los Derechos Reales sobre ellos constituidos. En este caso no se trata de que los Estados puedan o no aplicar esos contratos a la vía electrónica, como dice el *artículo 9* de esta Directiva, sino que en las ventas a distancia siempre estarán excluidos. Por ello podrían pensarse que no haría falta la inclusión de esa excepción en el *artículo 9*, ya que está la Directiva sobre Contratos a Distancia, y al no derogar esta nueva Directiva, la de los Contratos a Distancia, quedarían excluidos *per se*. No obstante, en la Directiva de Contratos a Distancia se hace mención a las ventas, pero también existe otros posibles Contratos sobre Bienes e Inmuebles, que no son compraventas, y de ahí que fuera conveniente el incluir en la lista del apartado 2 del *artículo 9* los contratos relativos a Bienes e Inmuebles y a los Derechos Reales sobre ellos constituidos.

Profundizando un poco más en este importantísimo artículo 9, sobre la base de la redacción dada en los textos que figuraban en la primera y segunda lectura, se realizaron informes por la Delegación Española en el sentido de matizar y ampliar el número 2 del artículo 7 en el sentido de que los Estados miembros podrán disponer que el apartado 1, relativo a la posibilidad de realización efectiva de contratos comerciales por vía electrónica, no se apliquen a determinados contratos. En este sentido, en la exclusión que aparece en la letra *a*) de los contratos que requieran la intervención de un notario, se proponía hablar también de actos jurídicos, por ser un concepto que engloba otra serie de negocios que no son contratos, por no ser negocios jurídicos bilaterales como, por ejemplo, requerimientos, notificaciones, actas de manifestación, declaraciones de obra nueva y un largo etcétera. Asimismo, se quería ampliar a otros fedatarios públicos que también ejercen la fe pública como los corredores de comercio, por ejemplo. En el apartado *b*) la redacción del texto hablaba de los contratos que, para ser válidos, deban registrarse ante una autoridad pública, proponiéndose la modificación por la de contratos y actos jurídicos que para ser válidos o para producir efectos frente a terceros deban registrarse ante una autoridad pública, teniendo en cuenta que frente a Registros de la Propiedad alemán o el austríaco, que tienen carácter constitutivo, es decir, que los actos y contratos no inscritos, o los derechos en ellos

constituidos, no existen ni son válidos, existen otros Registros de carácter declarativo, en el sentido de que el contrato no inscrito o, mejor dicho, el derecho que se transmite o se constituya, aunque no esté inscrito es válido, pero no produce fuerza ni efecto frente a terceros hasta que no se inscriba; de ahí la necesidad de incluir también a estos Registros que por regla general tienen carácter declarativo, salvo algunos casos, en las excepciones o en las exclusiones de este artículo 9.2. También se propuso introducir dentro de estas exclusiones, que no estaba contemplada en el artículo 9, la de los contratos relativos a la adquisición del derecho de propiedad o a la constitución o transmisión de otros derechos reales sobre bienes inmuebles. Como indicamos anteriormente, esta excepción está ya comprendida en la Directiva sobre contratos a distancia, y es lógica su exclusión debido a la importancia de estos contratos, donde no debe primar en ningún caso la rapidez, y por razones de seguridad la vía electrónica es un método inadecuado. En el documento ya citado de la Presidencia de agosto de 1999, se introducen algunas de estas sugerencias, aunque no todas.

El texto de la Proposición de Directiva en cuanto al artículo 9.2 que hemos comentado, y debido entre otros motivos a una participación activa de la Delegación Española en su discusión, permite la no aplicación a determinados contratos que los Estados miembros quieran excluir de su realización por vía electrónica. En este sentido pueden quedar excluidos los contratos de creación o transferencia de derechos en materia inmobiliaria, con la excepción de los derechos de arrendamiento; los contratos que requieran por ley la intervención de los tribunales, las autoridades públicas o profesionales que ejerzan una función pública; los contratos de crédito y caución y las garantías presentadas por personas que actúan por motivos ajenos a su actividad económica, negocio o profesión; por último, los contratos en materia de derecho de familia o de sucesiones. La lista, creemos, es bastante completa, y en definitiva se permite a través de esta posible exclusión por parte de los Estados miembros, adaptar las distintas particularidades de sus sistemas jurídicos en razón a las propias exigencias de formas y solemnidades requeridas para celebrar determinados actos o contratos, así como por las especiales características del objeto de determinados contratos que requieren una reflexión por las partes contratantes, lejos de la rapidez que pudiera ofrecer el comercio electrónico, pero que en determinados casos produciría una total inseguridad en las partes contratantes.

El contrato formalizado por vía electrónica es el contrato celebrado a distancia o sin que las partes estén simultáneamente presentes, enviado en origen y recibido en destino por medio de equipos electrónicos de tratamientos y almacenaje de datos y que son enteramente transmitidos, encaminados y recibidos por medio de cable, radio, medios ópticos o por otros medios electromagnéticos. Cuando se realice la transposición de la Directiva al De-

recho español, estos contratos formalizados por vía electrónica deberán ajustarse a lo dispuesto en el Código Civil, Código de Comercio, Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista; la Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación; la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de Créditos al Consumo; la Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles, y a las restantes disposiciones de la Legislación Civil y Mercantil sobre contratos, así como sus normas modificativas y de desarrollo, además de a lo establecido en la propia Ley de Transposición y en el Real Decreto-ley 14/1999, de 17 de septiembre, sobre Firma Electrónica.

1) *El artículo 10 hace referencia a la información exigida en los contratos por vía electrónica*, en el sentido de que los Estados miembros dispondrán en su legislación que el prestador de servicios deberá explicar las modalidades de formación de un contrato por vía electrónica de forma clara e inequívoca como los pasos que hay que dar para cerrar el contrato, si el contrato se archiva o no, una vez celebrado, qué medios existen para corregir los errores de manipulación, etc. La Delegación Española, en sus intervenciones y propuestas, introdujo el que los Estados garantizarán, mejor que la expresión dispondrán, y que la forma de explicar la modalidad de formación de un contrato por vía electrónica, además de forma clara e inequívoca, debería ser también comprensible, por ser la expresión que se utiliza en el artículo 4.2 de la Directiva sobre contratos a distancia. Entre otras matizaciones se propuso introducir como información exigida que debería incluirse la de indicar las limitaciones que la legislación nacional establezca a la capacidad para contratar de menores e incapacitados, por razones fundamentales de orden público, en relación a estos grupos más desprotegidos, y que se encuentra también en la ya citada Directiva de contratos a distancia en su artículo 4.2 inciso final. Como punto esencial e importante, cuando la Directiva dice que los Estados garantizarán en su legislación que los pasos que hay que dar para celebrar un contrato por vía electrónica, deberán estar fijados de tal manera que se garantice que las partes lo entienden, se propuso que debería de advertirse en particular, antes del último paso, en el proceso de la contratación electrónica, que no se trata de un juego o simulación de contratación, sino de un contrato real, y que la opción final de aceptación del mismo no podría estar configurada como opción por defecto; con ello se pretende garantizar la posición de la persona que contrata por estas vías electrónicas, garantizando en definitiva el consentimiento real de los contratantes.

El texto de la Proposición de Directiva parte del principio, en este artículo 10, de que los Estados miembros garantizarán, excepto cuando las partes que no son consumidores así lo acuerden, que el prestador de servicios facilite una información al destinatario del servicio que efectúe un pedido de manera clara, comprensible e inequívoca. Esta información consistirá en los diferentes pasos técnicos que deben seguirse para celebrar el contrato, si el prestador

del servicio va a archivar o no el contenido del contrato que eventualmente va a celebrarse y si éste va a ser accesible. Asimismo, los medios técnicos para identificar y corregir los errores de introducción de datos antes de efectuar el pedido, así como las lenguas ofrecidas para la celebración del contrato, y nosotros diríamos que en la Ley de Transposición debería de establecerse a elección del consumidor. Otra información exigida debe ser la de los códigos de conducta correspondientes a los que en su caso se encuentre acogido el prestador y la manera de consultar electrónicamente dichos códigos y las condiciones generales de los contratos facilitados al destinatario, debiendo estar disponibles para que pueda almacenarlas y reproducirlas. En la norma de Transposición Española, todo ello deberá resultar de los términos establecidos por la Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación, y en sus normas de desarrollo, así como el Real Decreto 1906/1999, de 17 de diciembre, sobre Contratación telefónica o electrónica con condiciones generales.

J) *El artículo 11 de la Directiva regulaba la importante cuestión del momento de celebración del contrato.* Este artículo 11 establecía que los Estados miembros dispondrán en su legislación que salvo acuerdo en contrario de las partes y siempre que se trate de profesionales, cuando se pida al destinatario de un servicio que manifieste su consentimiento utilizando medios tecnológicos como, por ejemplo, clicar sobre un icono para aceptar la oferta de un prestador de servicios, el contrato quedará celebrado cuando el destinatario del servicio haya recibido por vía electrónica una notificación del prestador de servicios acusando recibo de la aceptación del destinatario del servicio y haya confirmado la recepción del acuse de recibo. La propuesta de la Delegación española sobre este texto era cambiar la palabra dispondrán por la de garantizarán, añadir a la expresión profesionales la de empresarios, y añadir después de clicar un icono o mecanismos de firma electrónica, así como cambiar la expresión medios tecnológicos por medios electrónicos. La razón de estas alteraciones, unas son de carácter terminológico en cuanto a la de garantizar, y otras como la de medios electrónicos o mecanismos de firma electrónica, por la gran relación que existe con la Directiva sobre firma electrónica, no cabiendo duda de que uno de los mecanismos más normales que se utilizarán para esta contratación electrónica serán los de la propia firma electrónica. Asimismo en el texto se establece que el contrato quedará celebrado cuando el destinatario de servicio haya recibido por vía electrónica una notificación del prestador de servicios, acusando recibo de la aceptación del destinatario del servicio y además haya confirmado la recepción del acuse del servicio. La propuesta de modificación consistía en suprimir la frase haya confirmado la recepción del acuse de recibo, y que fue comentada por varias Delegaciones, e incluso por la propia Comisión y por una enmienda en el Parlamento Europeo. La razón de esa supresión es que se haría demasiado complicado el pro-

ceso en toda la contratación, ya que habría hasta cuatro comunicaciones, que serían la oferta, la aceptación, el acuse de recibo y la confirmación posterior. La introducción también de la frase perfeccionamiento y ejecución hace referencia a indicar que esta Directiva tiene un ámbito de aplicación, siempre que todo el proceso se dé dentro de las redes informáticas, pero en ningún caso cuando sea fuera de las mismas, por ejemplo, la entrega efectiva de un bien o entrega material deberán aplicarse las Directivas correspondientes sobre contratos de distribución, de responsabilidad por producto defectuoso y un largo etcétera. El apartado c) del texto, en primera y segunda lectura, establecía que el acuse de recibo del prestador de servicios y la confirmación del destinatario deberán enviarse lo antes posible; la Delegación española propuso introducir la frase referente a que «Un retraso superior al habitual, según los usos del comercio, genera responsabilidad *in contrahendo*, y la obligación de resarcir los perjuicios ocasionados», tratando con esta ampliación de especificar las consecuencias jurídicas en caso de retraso indebido en la remisión por parte del prestador de servicios del acuse de recibo. Asimismo se indicó la necesidad de suprimir el número 2 del artículo 11, que estaría más adecuado en el propio artículo 10 en relación con la información exigida. En el texto de agosto de 1999, tanto de la Comisión como de la propia Presidencia, se ha suprimido la cuarta comunicación a la que hacíamos referencia anteriormente, o sea, la confirmación de la recepción del acuse de recibo. En cambio, el texto de la Comisión ha suprimido algunos de los apartados, pero en cambio no introduce lo relativo a los medios electrónicos y a los mecanismos de firma electrónica. Sí coinciden el texto reformado de la Comisión y el de la Presidencia, de agosto de 1999, como ya se ha indicado, en introducir en relación con los consumidores, el que las cláusulas contractuales y las condiciones generales que se ofrezcan al consumidor deberán ponerse a su disposición de tal manera que pueda conservarlas y reproducirlas.

Posteriormente, en el debate acaecido en las sesiones, se cambió el título de *este artículo 11 por el de realización de un pedido*, en el sentido de no quererse inmiscuir la Directiva en cuestiones como la de la celebración del contrato por vía electrónica, sobre todo por la diversidad de los sistemas jurídicos y por el distinto tratamiento que en las diferentes legislaciones se daba a esta cuestión. Por ello en el texto de la Posición Común se llegó a una solución menos comprometida, más ambigua, que no entraba de lleno en la auténtica fase contractual, sino más bien en la fase anterior preliminar, y creo que esta solución ha sido acertada. Así, en la redacción de la Posición Común del artículo 11, relativa a la realización de un pedido, se articula que cuando el destinatario de un servicio efectúe su pedido por vía electrónica, los Estados miembros deben garantizar que se apliquen determinados principios, excepto cuando las partes, que no son consumidores, así lo acuerden. Estos principios son:

1.º El prestador de servicios debe acusar recibo del pedido del destinatario sin demora indebida, y nosotros diríamos conforme a los usos y prácticas habituales y por vía electrónica.

2.º Se considerará que se ha recibido el pedido y el acuse de recibo cuando las partes a que se dirigen puedan tener acceso a los mismos.

3.º El prestador de servicios pondrá a disposición del destinatario los medios técnicos adecuados, eficaces y accesibles que le permitan identificar y corregir los errores de introducción de datos antes de realizar el pedido.

Aunque la Directiva no lo diga, en la Ley de Transposición, a los efectos de aclarar el tema, debería establecerse la presunción de 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; así como que se entenderá que la contratación electrónica producirá obligación entre los contratantes cuando hayan utilizado un medio electrónico para emitir su declaración de voluntad, sin necesidad de admisión expresa de esta modalidad de contratación. Con estas dos matizaciones creemos que puede ayudarse a clarificar la problemática existente en este medio de contratación.

De *lege ferenda*, y en la futura Ley de Transposición, debería de hacerse mención específica a la prueba de las obligaciones, al lugar de celebración del contrato y a la ley aplicable y jurisdicción competente, por ser materias esenciales en toda la cuestión de la contratación.

En lo referente a la prueba de las obligaciones, por supuesto de las que nacen de los contratos celebrados por vía electrónica, habrá que estar a las reglas generales del Derecho común y a lo dispuesto sobre el valor de los documentos electrónicos en las normas procesales y en la Norma Española sobre firma electrónica. Puede ocurrir que una determinada ley requiera, a efectos de prueba, que el contrato conste por escrito, y en estos casos siempre que no se exija forma pública, este requisito debe entenderse satisfecho, por supuesto, en el ámbito de los contratos electrónicos, siempre que los mensajes electrónicos que han dado lugar a la celebración del contrato, son archivados y se mantienen accesibles para su ulterior consulta.

En cuanto al lugar de celebración del contrato, el contrato electrónico debe presumirse celebrado en el lugar desde el que el destinatario del servicio efectúe su pedido, salvo que ninguna de las partes contratantes sean consumidores y pacten lo contrario. El lugar de celebración del contrato, fijado en los términos antes indicados, servirá para interpretar el contrato conforme a los usos y costumbres de dicho lugar, así como para determinar la exigencia de requisitos de forma especiales. Con ello se conseguiría, por las propias características del mercado español, que la ley aplicable fuera la española, ya que

somos más bien destinatarios de servicios en este campo, con las ventajas de aplicar nuestra ley y la interpretación del contrato.

En el supuesto de la ley aplicable y jurisdicción competente, debería establecerse en esa futura Ley de Transposición, que en el supuesto de que ese contrato por vía electrónica presentase elementos de extranjería para determinar la ley y jurisdicción, se estará a lo dispuesto en los convenios y tratados internacionales en los que España sea parte, y en su defecto, a las normas de Derecho Internacional Privado establecidas en el Título Preliminar del Código Civil. Con estos tres aspectos ya indicados se conformaría, de una manera armónica y positiva, tres cuestiones esenciales en esta materia de los contratos realizados por vía electrónica.

K) *Los artículos 12, 13 y 14 se hallan incardinados en la sección 4.^a del Capítulo III de la Proposición de Directiva.* Estos artículos son de especial importancia, como también la tuvieron los referentes a la Directiva de Firma Electrónica en cuanto a la responsabilidad de los prestadores de servicios de certificación.

Estos artículos *hacen referencia a la responsabilidad de los llamados intermediarios*, dentro del concepto de los prestadores de servicios de la información, entendiendo por intermediarios a esos prestadores que realicen actividades de mera transmisión, almacenamiento o alojamiento de datos. No obstante, además de esa responsabilidad de estos intermediarios, en la Ley de Transposición española debería hacerse una mención a una responsabilidad en general de los prestadores de los servicios de la sociedad de la información. Responsabilidad derivada de los daños y perjuicios que causen por su actividad, cuando actúen fuera de la ley o sin la debida diligencia y conforme a las normas sobre culpa contractual o extracontractual y corriendo la carga de la prueba de que han actuado con la debida diligencia a cargo del prestador de servicios.

Estos tres artículos del Texto de la Directiva han sido muy discutidos en las diferentes sesiones, existiendo diversas posturas, desde aquéllas que querían partir de un principio de irresponsabilidad total para estos intermediarios, hasta otras que fueron modulándose, en el sentido de que debían tener responsabilidad, en determinados casos y circunstancias, variándose al efecto con matizaciones los diversos textos que se iban proponiendo en cada una de las sesiones. El considerando 40 establece que «...Lo dispuesto en la presente Directiva sobre responsabilidad, no supone un obstáculo para que las distintas partes interesadas desarrollen y apliquen de forma efectiva sistemas técnicos de protección e identificación...»

Las exenciones de responsabilidad de cada uno de los intermediarios y el límite de actuación o de obligación impuesta a los mismos están bastante perfiladas en distintos considerandos del texto, que en definitiva luego queda reflejado en los propios artículos 12, 13 y 14. En este sentido se establecen

en los considerandos que «...las exenciones de responsabilidad establecidas en la presente Directiva sólo se aplican a aquellos casos en que la actividad del prestador de servicios... se limita al proceso técnico de explotar y facilitar el acceso a una red de comunicación mediante la cual la información facilitada por terceros es transmitida o almacenada temporalmente... esa actividad es de naturaleza meramente técnica, automática y pasiva... un prestador de servicios puede beneficiarse de las exenciones por mera transmisión y por la fórmula de almacenamiento automático, provisional y temporal, denominada memoria tampón (caching) cuando no tenga participación alguna en el contenido de los datos transmitidos; esto requiere, entre otras cosas, que no modifique los datos que transmite... un prestador de servicios que colabore deliberadamente con uno de los destinatarios de su servicio a fin de cometer actos ilegales rebasa las actividades de mero transporte o..., denominada memoria tampón y no puede beneficiarse, por consiguiente, de las exenciones de responsabilidad establecidas para dichas actividades...»

Con independencia de que la Directiva establece unas determinadas limitaciones de responsabilidad, ello no afecta en modo alguno a la posibilidad de entablar acciones de cesación de distintos tipos que pueden consistir en acciones o actuaciones de los tribunales o de autoridades administrativas, en virtud de las cuales se ponga fin a la infracción o se impida que se cometa, incluso con la posibilidad de retirar la información ilícita, o bien haciendo imposible el acceso a ella.

Cuando la actividad del prestador de servicios consista en almacenar datos facilitados por el destinatario para que pueda beneficiarse el prestador de la limitación de responsabilidad, éste habrá de actuar con prontitud para retirar los datos o impedir el acceso a ellos cuando tenga conocimiento efectivo de actividades ilícitas. Incluso los Estados miembros podrán exigir en estos casos a estos prestadores que apliquen un deber de diligencia que cabe esperar razonablemente de ellos y que esté especificado en el Derecho nacional del mismo.

Los artículos 17 y 18 de la Directiva hacen referencia a la solución extrajudicial de litigios y a los recursos judiciales, respectivamente.

L) *El artículo 15 de la Proposición de Directiva establece como principio general la inexistencia de obligación de supervisión.* En este sentido, los Estados miembros no impondrán a los prestadores de servicios una obligación general de supervisar los datos que transmitan, ni una obligación general de realizar búsquedas activas de hechos o circunstancias que indiquen actividades ilícitas respecto de los servicios de mero transporte del artículo 12 y de la forma de almacenamiento denominada *caching*, así como en el Texto de la Posición Común también se incluye el alojamiento de datos del artículo 14.

Este principio general, realizado de forma amplia, no parece muy adecuado, sobre todo desde el punto de vista de las actividades ilícitas, y está en

íntima relación con el problema de la responsabilidad de los intermediarios y de los operadores que facilitan y que realizan la transmisión. Este problema se acrecienta más aún en la forma de almacenamiento denominada *caching*, ya que dicho método de almacenamiento automático, provisional y temporal, es un medio para facilitar la rapidez en «internet» en la transmisión de la información a través de copias existentes en la red para facilitar el acceso de otros usuarios a esa información, pero el problema radica muchas veces en las normas del sector que habitualmente se utilizan para procurar este procedimiento, que en muchas ocasiones no han sido pactadas previamente con la persona que aporta la información y el prestador de servicios, sino que son normas convencionales de uso, pero que no tienen ni un origen contractual ni un origen normativo.

La idea de la Comisión en el artículo 15 es que no se someterá a los prestadores de servicios a ninguna obligación general de supervisar o controlar, activamente, el contenido de las informaciones de terceros. Ahora bien, esa no exigencia de supervisión no debe implicar el consentir transmitir datos o hechos que indiquen actividades ilícitas, por ello será necesario el suavizar este principio general, dejando de establecerse esa obligación general de no supervisión cuando se tenga conocimiento efectivo de que la actividad es ilícita, con la obligación en este caso, por parte de los prestadores de servicios, de ponerlo en conocimiento inmediatamente a las Autoridades Judiciales competentes, a fin de que éstas establezcan las medidas cautelares necesarias para que esa información ilícita no esté recorriendo las redes de la información.

Por ello creemos que es negativa la formulación del apartado uno del artículo 15, ya que el prestador de servicios realiza una función esencial para los destinatarios, y si esa actividad es ilícita o así lo presume el prestador de servicios, debe exigírsele un deber general de colaboración que está inmerso en casi todas las Legislaciones Penales de los Estados miembros, además de poder caer en la figura, entre otras, de colaborador necesario a la comisión del delito, e incluso de encubridor. Además debe permitirse, siempre y en todo caso, que cada Estado miembro establezca las medidas necesarias en sus respectivas legislaciones para controlar y exigir responsabilidades al prestador de servicios, sobre todo desde el punto de vista penal, que es cuestión esencial y específica del Derecho interno. De otro modo, como queda redactado el párrafo primero del artículo 15, produciría, en nuestra opinión, un grave peligro a la hora de realizar la Transposición de la Directiva, en concreto al Derecho interno español. Debería aclararse y establecerse específicamente, también en el artículo 15, que los Estados miembros podrán imponer obligaciones específicas a los intermediarios para prevenir o interrumpir las actividades ilícitas que vayan inmersas en los datos o información transmitida.

Por supuesto, el apartado segundo de este artículo 15, que establece que lo indicado en el apartado primero se entiende sin perjuicio de cualquier actividad de supervisión selectiva y transitoria que las Autoridades Judiciales del país soliciten a tenor de lo dispuesto en la legislación nacional para prevenir, investigar, detectar y perseguir infracciones penales; este apartado cae por su propio peso, ya que no puede ser de otra manera el que la Autoridad Judicial puede ejercitar cualquier tipo de actividad para prevenir, investigar y castigar los delitos que se realicen por la vía electrónica.

Por todo ello convendría refundir en un solo apartado el artículo 15 y de una manera enunciada en positivo, y no en negativo, en el sentido de que las Autoridades Judiciales podrán realizar todo lo necesario e intervenir, paralizar o quitar de la red dichos mensajes, así como establecer con claridad el deber general de colaboración de los prestadores de servicios, colaboración con la administración de justicia, cuerpos y fuerzas de seguridad, así como la de tener un mínimo control de las informaciones que transmiten, con la diligencia de un buen padre de familia, y por supuesto con las responsabilidades que de ello se derivan, que están en conexión con los artículos 12, 13 y 14 de esta Directiva. Por supuesto, ese control de las Autoridades Judiciales debe estar prevista tanto para el país emisor como el receptor.

La interceptación de las comunicaciones por razones específicas están permitidas a los Estados miembros y previstas en la Directiva 97/66/CEE sobre datos personales y privados en el sector de Telecomunicaciones.

La redacción del texto ha mejorado después de los comentarios que se han realizado en los primeros textos, ya que si bien es cierto se sigue manteniendo la no obligación de supervisión de carácter general, ello no se refiere a las obligaciones de supervisión en casos específicos y a las comunicaciones que los prestadores deben hacer a las autoridades públicas competentes, los presuntos datos ilícitos o las actividades ilícitas llevadas a cabo por destinatarios de sus servicios, así como la obligación de comunicar a aquellas autoridades, a solicitud de éstas, información por la que se permita identificar a los destinatarios de su servicio.

M) *El artículo 16, relativo a los códigos de conducta* tiene como objetivo fundamental que los Estados miembros y la Comisión fomenten la elaboración de códigos de conducta a nivel comunitario a través de asociaciones u organizaciones profesionales con el fin de contribuir a que se apliquen los artículos 5 a 15 de la Directiva. Este artículo se encuentra en íntima conexión con el artículo 8 apartado 2 de la propia Directiva, en relación a los códigos de conducta, para precisar qué datos podrán facilitarse por las asociaciones y organismos profesionales para el uso en actividades de prestación de los servicios de la sociedad de la información, remitiéndonos en este momento a lo que ya se explicó en el Informe de esta Dirección General en lo que se refiere al artículo 8.

A la hora de abordar esta elaboración de los códigos de conducta se podría plantear la posibilidad de elaborar dos tipos de códigos, uno de carácter general para todas las profesiones, y otros códigos específicos para cada profesión.

No obstante, ello plantea muchas dificultades, sobre todo en ciertas profesiones cuya regulación es diferente en cada uno de los Estados miembros, aunque es de vital importancia que efectivamente se elaboren, ya que por el propio texto de la Directiva y por su filosofía, si esto no se realiza podrá la Comisión llevarlos a cabo. Una primera crítica es la de las grandes facultades que se otorgan a la Comisión, no tanto en las explícitas en el artículo 16 como las del propio artículo 8, existiendo una posible discordancia y ambigüedad en cuanto a las mismas.

A nivel comunitario existe una Recomendación 98/560/CE de 24 de septiembre de 1998, relativa al desarrollo de la Competitividad de la Industria Europea de Servicios Audiovisuales y de Información mediante la Promoción de Marcos Nacionales destinados a lograr un Nivel de Protección Comparable y Efectivo de los Menores y de la Dignidad Humana para la Protección Específica de estos Menores y de los Derechos Humanos. Asimismo existe un Plan de Acción para la Promoción de la Utilización Segura de «internet» 56 de la CE, destinado a fomentar la autorregulación y códigos de conducta para crear un entorno seguro de «internet».

La letra «b» del apartado 1 de este artículo establece el envío de los proyectos de códigos de conducta a nivel nacional o comunitario a la Comisión para examinar si son compatibles con el Ordenamiento Jurídico Comunitario. Ello implica que los proyectos pueden ser aprobados o rechazados tras efectuarse ese filtro por la Comisión.

Pero el problema fundamental radica, primero, en el tiempo que va a transcurrir en la elaboración de esos códigos de conducta; éstos, además, pueden ser rechazados, y mientras el funcionamiento del mercado a través de las redes de «internet» seguirá en marcha, sin tener un control efectivo sobre las actuaciones a las que los códigos deben intentar regular. Asimismo, la obligatoriedad de esos códigos de conducta, tanto a nivel interno como a nivel comunitario, no está especificada ni indicada en la Directiva, en definitiva, su carácter coercitivo.

No olvidemos que aunque el artículo 16, en su apartado segundo, hace referencia a las Asociaciones de Consumidores, a los efectos de que deberán participar en el proceso de elaboración y aplicación de los códigos de conducta, y en general de la tradición autorreguladora del sector, es difícil o casi imposible el llegar a una solución satisfactoria y sobre todo segura y estable, tanto en beneficio de las propias profesiones como de los consumidores, y en su caso de las Autoridades Nacionales pertinentes.

Por todo ello, el artículo 16 debería ser más expeditivo y rotundo, en el sentido de la exigencia de la elaboración de esos códigos de conducta y las consecuencias de su incumplimiento.

En el supuesto de que la Autoridad Pública sea parte contratante en alguno de estos acuerdos voluntarios parece que en virtud de la Directiva 98/34/CE, los mismos deberán notificarse obligatoriamente a la Comisión, siendo necesario el que la misma aclare este punto.

En definitiva, serán las Administraciones Públicas las que deben fomentar la elaboración y aplicación de los códigos de conducta de ámbito nacional, cuando hablen de la Transposición de la Directiva, así como en su caso los códigos de ámbito comunitario, procurándose la participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las organizaciones que representen a los discapacitados, teniendo en cuenta especialmente dichos códigos la protección de los menores y la dignidad humana.

N) *El artículo 17 hace referencia a la solución extrajudicial de litigios*, estableciendo en su apartado primero que los Estados miembros velarán por que en caso de desacuerdo entre un prestador de servicios de la sociedad de la información y el destinatario de los mismos, su legislación permita utilizar de forma efectiva mecanismos de solución extrajudicial, incluso utilizando vías electrónicas adecuadas.

Según la Comisión, este artículo contempla la obligación de permitir el recurso efectivo, especialmente por vía electrónica a los mecanismos de solución extrajudicial siempre que se respeten los principios contemplados en el apartado 2. Continúa indicando la Comisión que este tipo de mecanismo parece particularmente útil para determinados litigios en «internet», habida cuenta de las escasas cuantías de las transacciones y de la envergadura de las partes, que pueden renunciar a utilizar los procedimientos judiciales debido a sus costes.

El marco jurídico, termina indicando la Comisión, en los Estados miembros de estos mecanismos de solución, no debe entrañar la limitación de su uso o volverlos complejos, sobre todo cuando se trate de mecanismos específicos para litigios en «internet» que puedan producirse por vía electrónica. El apartado 2 especifica la solución extrajudicial de litigios de consumo y parece reconducirse por el resumen hecho por la Comisión a lo enunciado en la Recomendación 98/257/CEE de la Comisión, adoptada el 30 de marzo de 1998, relativa a los Principios Aplicables a los Organos Responsables de la Solución Extrajudicial de los Litigios en Materia de Consumo. Y hacemos especial hincapié de la Recomendación, ya que en la práctica no pudo ponerse de acuerdo a los Estados miembros a la hora de dictar una posible Directiva en esta materia de consumo, por la imposibilidad de poner de acuerdo a todo un conjunto de legislaciones en las que ya intervienen normas procedimentales de Derecho interno, aunque sea para solución extrajudicial de litigios.

Como primera objeción y punto de partida debemos indicar que no se pretenderá en esta Directiva el que la solución extrajudicial se realice totalmente por vía electrónica; la complejidad de los sistemas arbitrales y el principio de tutela efectiva de todo ciudadano, consagrado en la Constitución Española, lo harían inviable.

Otro tema podría ser el que determinadas notificaciones y comunicaciones enviadas a las partes contratantes puedan realizarse a través de vía electrónica, como después veremos se ha establecido en algún texto.

Desde el punto de vista del Derecho interno español, la Ley Marco que regula el Arbitraje, es la Ley 36/1998, de 5 de diciembre, de Arbitraje, que en su artículo 1 establece que mediante el arbitraje las personas naturales o jurídicas pueden someter, previo convenio, a la decisión de uno o varios árbitros las cuestiones litigiosas surgidas o que puedan surgir en materias de su libre disposición conforme a Derecho.

El primer punto conflictivo que puede surgir en esta solución extrajudicial de litigios, es el relativo al ámbito de exclusión del arbitraje que, por supuesto, variará en cada uno de los Estados miembros.

El artículo 2 de la citada Ley de Arbitraje establece que no pueden ser objeto de arbitraje las cuestiones sobre las que haya recaído Resolución Judicial Firme y Definitiva, salvo los aspectos derivados de su ejecución (cfr. arts. 245.3 de la LOPJ y 369 de la LEC); asimismo, las materias inseparablemente unidas a otras sobre las que las partes no tengan poder de disposición (cfr. arts. 6.2, 6.3, 151, 716, 1.271, 1.813 y 1.814 del Código Civil); también las cuestiones en que, con arreglo a las leyes, debe intervenir el Ministerio Fiscal en representación y defensa de quienes, por carecer de capacidad de obrar o de representación legal, no pueden actuar por sí mismos (cfr. art. 3.7 EOMF. Los que carecen de capacidad de obrar o de representación legal), y por último, se excluyen los arbitrajes laborales.

Por su parte, el artículo 4 de la citada Ley hace referencia al arbitraje de derecho o de equidad, y el importante artículo 5, relativo al convenio arbitral y sus efectos en cuanto a la expresión de la voluntad inequívoca de las partes de someter a solución todas las cuestiones litigiosas, o algunas de éstas, surgidas o que puedan surgir de relaciones jurídicas determinadas sean o no contractuales; y el artículo 11 en relación a que el convenio arbitral a estar y pasar por lo estipulado, pudiendo las partes renunciar por convenio al arbitraje pactado, quedando expedita la vía judicial, es decir, la posibilidad de poder volver a los Tribunales Ordinarios para defender los derechos.

Estos artículos son normas de Derecho imperativo que en ningún caso podrán ser desvirtuadas por ningún tipo de Recomendación, sea cual sea que pueda surgir en el ámbito de la Unión Europea, y de ahí la dificultad de poder armonizar los distintos Sistemas Jurídicos de los diferentes Estados miembros. Incluso el propio Laudo Arbitral contemplado en el artículo 37 de la

citada Ley, que sea firme, produce efectos idénticos a la cosa juzgada, cabiendo contra el mismo el Recurso de Revisión. Así también prevé la Ley en el artículo 38 la intervención jurisdiccional, es decir, la posible formalización judicial del arbitraje. Y el artículo 45 contempla la anulación del laudo, entre otros supuestos cuando fuese contrario al Orden Público, y por lo tanto habría que acudir a la Vía Judicial Ordinaria.

Por último, y este tema es de vital importancia, el artículo 61 de la Ley de Arbitraje establece la Ley que rige la validez del convenio arbitral y sus efectos, que será la designada por las partes expresamente, siempre que tenga alguna conexión con el negocio jurídico principal, en su defecto por la Ley aplicable a la relación de la que derive la controversia; en defecto por la Ley del lugar en que deba dictarse el Laudo y si no estuviere determinado, por la Ley del lugar de celebración del convenio arbitral. Asimismo el artículo 6 de dicha Ley establece que el convenio arbitral deberá formalizarse por escrito. La mención que se ha realizado de todas estas normas expresan, una vez más, las dificultades en relación con los servicios de la sociedad de la información de la aplicación del arbitraje, mucho más a través de vías electrónicas adecuadas, y sobre todo de los organismos o entes responsables de la solución extrajudicial de litigios de consumo, así como de la operatividad y aplicación práctica que se atribuya a la solución dada por los árbitros y los mecanismos de respuesta en caso de incumplimiento, teniendo en cuenta, también, la variedad de los sujetos u órganos que pueden darse para la solución arbitral.

También, desde el punto de vista del Derecho interno, se encuentra, por ejemplo, en materia de consumo, el Real Decreto 636/1993, de 3 de mayo, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo y la creación de las Juntas Arbitrales de Consumo. En materia de Telecomunicaciones, el Reglamento de la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones, aprobado por Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre, regula los conflictos que puedan surgir entre operadores de redes y servicios del sector de las telecomunicaciones. Asimismo el Reglamento de Régimen Interior de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, aprobado por Orden del Ministerio de Fomento de 9 de abril de 1997.

Desde el punto de vista internacional existen Convenios Multilaterales y Bilaterales. Por ejemplo, el Protocolo sobre Cláusulas de Arbitraje elaborado en Ginebra el 24 de septiembre de 1923. El Convenio sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, elaborado en Ginebra el 26 de septiembre de 1958. El Convenio sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, elaborado en Nueva York el 10 de junio de 1958. El Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional elaborado en Ginebra el 21 de abril de 1961; este último Convenio fue ratificado por España el 12 de mayo de 1975, y en el artículo 1.º se establece el campo de

aplicación del mismo, si bien centrado para solventar controversias surgidas o que puedan surgir en operaciones de comercio internacional.

Por su parte, también existen materiales de práctica arbitral en Instituciones y Reglamentos de Arbitraje Comercial Internacional, así el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Resolución 31/98 de la Asamblea General de 15 de diciembre de 1976. El Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, que en su artículo 3 permite que las notificaciones o las comunicaciones puedan efectuarse por carta, correo... o por cualquier otro medio de telecomunicación. Y por último el Reglamento de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres, que en su artículo 4 también hace referencia a las notificaciones y plazos que podrán ser realizadas por escrito y entregadas por correo ... correo electrónico o cualquier otro medio de telecomunicación.

El considerando 51 indica que «...Corresponderá a cada Estado miembro..., ajustar aquellas disposiciones de su legislación que puedan entorpecer la utilización de los mecanismos de solución extrajudicial de los conflictos por vías electrónicas adecuadas...»

En el caso español, para resolver estos conflictos será de aplicación lo previsto en la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje; en la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de Consumidores y Usuarios; en la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación y en sus normas de desarrollo. Incluso en los contratos celebrados por vía electrónica se podrá incorporar como cláusula adicional un convenio de sumisión a arbitraje, pudiéndose emplear medios telemáticos y electrónicos, siempre que ello no sea incompatible con los principios reguladores de dichos procedimientos arbitrales. Igual consideración puede hacerse cuando se trate de un contrato con condiciones generales de la contratación.

Ñ) *El artículo 18, referente a los recursos judiciales*, tiene por objeto el que los Estados miembros actúen y velen porque los recursos judiciales que existen en cada legislación nacional, cuando se trate de actividades relacionadas con los servicios de la sociedad de la información, estos recursos permitan adoptar rápidamente medidas destinadas a poner término a cualquier presunta infracción y a evitar que se produzcan nuevos perjuicios. En la Ley de Transposición española habrá que indicar la aplicación de la Ley de Enjuiciamiento Civil y Criminal, y la Ley 30/92, de 26 de noviembre, y además se podrán adoptar medidas cautelares que se estimen necesarias para lo que anteriormente indicábamos en los términos del texto de la Proposición de Directiva, siempre de conformidad con los procedimientos establecidos en las normas antes citadas.

O) En cuanto a otros *artículos*, como son del *19 al 24*, están haciendo referencia a la cooperación entre los Estados miembros en relación a los

servicios de la sociedad de la información, las sanciones que determinarán los Estados aplicables a las infracciones de las disposiciones nacionales que se adopten en aplicación de la Directiva, al reexamen, en relación con la necesidad de adaptación de la Directiva, a la evolución jurídica, técnica y económica en el ámbito de los servicios de la sociedad de la información, la transposición, entrada en vigor y destinatarios.

FRANCISCO JAVIER GARCÍA MÁS

Notario

Letrado adscrito de la Dirección General
de los Registros y del Notariado

Miembro de la Delegación Española de la UE,
para la discusión de la Directiva
del Comercio Electrónico

DICTAMENES Y NOTAS

Responsabilidad civil de los profesionales

SUMARIO: 1. ANTECEDENTES NORMATIVOS.—2. COORDINADAS SOCIOLOGICAS Y TECNICAS: LA GLOBALIZACION.—3. RESPONSABILIDAD CIVIL DEL PROFESIONAL: AUTONOMIA Y OBJETIVACION: 3.1. LA RESPONSABILIDAD DEL PROFESIONAL COMO RESPUESTA ÉTICA. 3.2. LA RESPONSABILIDAD DEL PROFESIONAL COMO RESPUESTA SOCIAL. 3.3. LA RESPONSABILIDAD DEL PROFESIONAL COMO RESPUESTA OBJETIVADA EN UNA ACTIVIDAD HABITUAL O ESPECIALIZADA. 3.4. RESPONSABILIDAD PROFESIONAL DE REGISTRADORES Y NOTARIOS.—4. VERIFICACION DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS PROFESIONALES: SUGERENCIAS-CONCLUSIONES: 4.1. REVISIÓN DE LOS SISTEMAS LEGISLATIVOS GENERALES. 4.2. AUDIENCIA Y PARTICIPACIÓN. 4.3. TÉCNICAS JURÍDICAS: 4.3.1. *Preceptos de los Códigos Civiles*. 4.3.2. *Códigos éticos interprofesionales*. 4.3.3. *Normas de los Colegios Profesionales*. 4.3.4. *Leyes o Reglamentos sectoriales o de situación*. 4.3.5. *La aplicación del arbitraje*. 4.3.6. *La cuantificación moral del daño*. 4.3.7. *Responsabilidad del Estado*.

1. ANTECEDENTES NORMATIVOS

Tradicionalmente la «clásica» responsabilidad civil por daños estaba situada en los Códigos Civiles del XIX bajo una rúbrica, no siempre bien definida o singularizada. Porque si bien —como en el Código Civil español de 1888— figuraba dentro del Libro IV «Obligaciones y contratos», sin desgajarlo de él, crean al final de aquel un título, el XVI, *De las obligaciones que se contraen sin convenio*. En el Capítulo I tratará de los *cuasicontratos* («gestión de negocios ajenos», Sección 1.^a, y «cobro de lo indebido», Sección 2.^a). Y es en el Capítulo II en el que se regula *De las obligaciones que nacen de culpa o negligencia*. Y dentro de ella estarán las derivadas, en su caso, del *ejercicio profesional*.

Independientemente del problema de hermenéutica jurídica respecto a su posicionamiento en los Códigos como institución jurídica dentro del «cuasi contrato» para llegar a una definición codificada más precisa, la verdad es que supuso un avance respecto a la respuesta normativa a las situaciones de «daño»

personal. La ambientación liberal y racionalista que inspiró nuestra legislación codificadora —como *pequeñas constituciones declarativas de derechos privados*—, que era la filosofía que ambientan los Códigos Civiles (1) —permitió deslindar el daño doloso que superaba la concepción leonina de ojo por ojo y diente por diente—, sea en el daño culposo en la esfera penal. (Una glosa histórico-comparativa la tenemos en la obra conjunta *Centenario del Código Civil* —5 vols.—, edición numerada, Madrid, 1989.)

El segundo escalón estaba en la señalización de unos tipos no penales, como supuestos, cuya responsabilidad radica en el sujeto del que se derivan los daños. En unos casos por la tenencia, origen, efectos o disposición de medios, no siempre exhaustivos. La jurisprudencia ha sido muy copiosa —en la española, al menos— en la aplicación del clásico artículo 1.902 —«*el que por acción u omisión causa un daño a otro, interviniendo culpa o negligencia está obligado a reparar el daño causado*», tanto para expandir los supuestos y casos como para facultar a los Tribunales para la fijación en último extremo de las cuantías de la *responsabilidad peculiar compensatoria* del daño, que no deberá ser sólo material sino moral»—.

2. COORDINADAS SOCIOLOGICAS Y TECNICAS: LA GLOBALIZACION

El ámbito de la responsabilidad civil por daños, en términos generales, ha tenido y tiene una amplitud y una problemática especiales en nuestro tiempo, que será bueno recordar aquí:

Por de pronto, una mayor *conciencia de los sujetos que intervienen* —como *activo y positivo*— en el daño. El fenómeno de *culturización* ha permitido despertar ese «posible» derecho frente a la prepotencia de situaciones, en un marco y un escenario más amplios de los que hemos visto. Por lo tanto, la *exigencia* de la respuesta al daño emana de aquella concienciación del *ejercicio de derechos* y de la *extensión de situaciones* (2).

(1) Los artículos 1.903 a 1.910 van enumerando: padres, tutores, Estado, maestros, poseedor de animales, propietario de edificios o de los daños causados por explosiones, caída de árboles, cloacas, cabezas de familia, etc.

Como fuente bibliográfica *ad hoc*, ver *Comentario del Código Civil*, dirigido por PAZ ARES, DIEZ PICAZO, BERCOVITZ y SALVADOR CODEX, Ministerio de Justicia, Madrid, Tomo II, 1991, págs. 1971 y sigs., al glosar extensamente y con detalle el capítulo II del Código Civil, 1902 y sigs. En la glosa, con extensa jurisprudencia y doctrina, colaboran entre otros PANTALEÓN, ANGEL JUGUEZ, etc.

Ver también SERRA RODRÍGUEZ, ADELA, *La responsabilidad civil del abogado*.

(2) Véase en *Noticias Jurídicas*, España, 3-2-2000, la sentencia del Juzgado de Instrucción de Oviedo sobre indemnización por «daños morales» de una compañía de aviación al no efectuar el enlace con otro vuelo por retraso en el avión en que viajaba.

En segundo lugar hay que mencionar, por un lado, la *globalización del seguro*, que no sólo alcanza a lo que supuso un avance respecto al Código Civil con la primitiva *Ley de Accidentes de Trabajo*, sino que alcanza a un sinnúmero de «posiciones» que terminan por seguros del seguro o reaseguro. Incluso con la «*seguridad* que se da con la inscripción constitutiva a efectos de tercero» (obras... no se acaban las exigencias de garantías, y es frecuente que además de la hipoteca se impongan fórmulas de seguro complemento).

En tercer lugar, en ese avance de supuestos, situaciones y actividades que la *técnica* o la *modernidad* imponen, la contemplación de la *realidad social* —que con el art. 3 del Código Civil actual es fuente de Derecho— nos lleva a vislumbrar una interpenetración de lo *privado* y lo *público*, tanto en la *normación* como en la objetivación de la respuesta para atender a las necesidades inmediatas —sean tifones, desbordamientos, terrorismo, derrumbe de edificios, guerras, accidentes de tráfico, siniestros múltiples...—. Como es imprevisible predecir las causas y los efectos del daño producido, no será fácil ofrecer las respuestas al daño causado dentro del marco jurídico determinado: en el caso español, el Capítulo II, Sección II del Título XVI del Libro IV.

Finalmente, dentro de esa globalización de la respuesta al *derecho al daño*, hay un campo cada vez más copioso, complejo y difícil de la *profesionalización* de actividades, su tecnificación y sobre todo y además las «*cuantías*» del daño. Ya en los textos vigentes se puede recoger la figura del *padre*, *madre* o *tutor*, respecto de los *daños* de sus hijos menores, y también los *maestros* o propietarios de industrias, etc.

Eso por un lado. De otro, las exigencias de actividades especializadas. No ya del conductor de transportes o del piloto de una aeronave o del controlador aéreo, sino el responsable del botón o del encendido de una pieza termonuclear o de un trasplante de órganos, o del arquitecto de una infraestructura de alta velocidad, o el abogado o asesor de un medio de intercomunicación digital. Es decir, cada vez *más profesiones*, cada vez más especialidades y cada vez con mayores cuantías posibles de daños o de situaciones urgentes y graves a atender.

En resumen, la globalización de la profesionalidad exige una *reconsideración de los planteamientos* de una responsabilidad por daños del profesional.

3. RESPONSABILIDAD CIVIL DEL PROFESIONAL: AUTONOMIA Y OBJETIVACION

Llegados a este punto habrá que deslindar, por tanto, la responsabilidad derivada de una acción u omisión de carácter *penal*, no sólo la *dolosa*, sino

la *culposa*. Esa responsabilidad civil emana de la *penal*. A veces las acciones se presentan en alternativa, e incluso con *renuncia* de acciones penales, como suele ocurrir en la práctica en los accidentes de tráfico o de trabajo.

El que eso sea así no obsta al camino, unas veces *supletorio*, y en otras complementario del seguro que pueda tener el profesional respecto a su actividad.

Hemos de considerar, en principio, la responsabilidad de daños del *funcionario público*, que puede y debe tener su encaje en la *reglamentación* propia de cada Cuerpo o Institución en donde operase el funcionario público (aunque al final de este trabajo hagamos algunas sugerencias al respecto). En el sistema español del Código Civil no se plantea esta responsabilidad de una manera general. Textualmente el artículo 1.903, párrafo quinto, dice:

«El Estado es responsable cuando obra por mediación de un agente especial, pero no cuando el daño hubiese sido causado por el funcionario a quien propiamente corresponda la gestión practicada, en cuyo caso será aplicable lo dispuesto en el artículo anterior», el ya citado artículo 1.902 que tiene un carácter general.

El campo amplio al que nosotros nos referimos es el del profesional, que puede comprender el que actúa en la esfera de la Administración o *fuera* de ella. Nuestra pretensión es caracterizar esa responsabilidad del profesional con dos notas: su autonomización y su objetivación. Es decir, su *naturaleza singular* —dentro de la extensa gama de responsabilidades civiles por daños—. Con el contenido que pueda ser *común* —los *daños*, en su cuantía, las causas y efectos y su relación—, pero al mismo tiempo en su *objetivación*, lo que quiere decir su autonomismo dentro de su contenido.

Nosotros creemos que tal doctrina puede constituirse dentro de los esquemas *normativos* vigentes y de la propia *jurisprudencia*, cada vez más abierta y comprensiva a los efectos y las causas de las responsabilidades. Al darse una mayor *libertad de actuación* y al tiempo existir o exigir una mayor *formación*, la *profesionalidad* del agente constituye un dato. No para llegar al caso de una Ley Penal que imponía como agravante automático ser profesional del volante (3) respecto al que no lo era (4).

Para el logro de esta autonomía cualificadora y al tiempo objetiva, con-vendrá hacer algunas consideraciones que nos parecen fundamentales:

(3) Así ocurría en el antiguo Código Penal de 1945, en los delitos por imprudencia.

(4) El tema está tratado ampliamente en DIEZ PICAZO, LUIS, *Derecho de daños 1999*, en el que se analizan las tendencias actuales de la Jurisprudencia y de la Justicia.

3.1. LA RESPONSABILIDAD DEL PROFESIONAL COMO RESPUESTA ÉTICA

El hecho de que se amplíen y se objetiven las responsabilidades del profesional, e incluso que se *normativice* —con riesgo de su cosificación— con mayor profundidad y eficacia, no nos quita —para nosotros al menos— que se parta de una fundamentación *ético-jurídica* de aquélla. Tanto para el que la sume como para el que se *pueda beneficiar*. En dos recientes estudios sobre nuestro pensamiento jurídico de los profesores PUY MUÑOZ y FRAGA IRIBARNE, titulados respectivamente, *Sobre la dicotomía moral-Derecho, y Dinámica jurídica y dinámica social* (5), se ha analizado e insistido en esa relación de lo moral-realidad profesional, que pesa, en general, en todo el entramado del Derecho y de la Justicia, y que nosotros hemos desarrollado también para el campo específico del profesional Registrador en el trabajo *Ley Hipotecaria y Ley Moral* (6).

Se está preparando en España una obra que pretende incorporar la *responsabilidad deontológica de las profesiones jurídicas* (7), jueces, abogados, notarios... registradores... En gran parte de esos trabajos, aunque no se refieran exclusivamente a la responsabilidad respecto al *daño material*, precisamente la sobrecarga ética, la trascendencia de cada profesión analizada, la conexión y análisis de la relación causal, las exigencias múltiples de todas ellas, son trascendencia interdisciplinaria —por ejemplo, en la bioética o en la delincuencia por ingeniería financiera o digital, etc., son las que facilitan esa tipicidad, que nosotros hemos calificado de *autonomía y objetivación*. No sólo, pues, porque hay una relación entre el daño moral y material —el primero incluso en ser valorado en leyes especiales basadas en el honor— sino porque al pretender precisar, afinar o *cuantificar* la responsabilidad, los elementos que trascienden a lo estrictamente jurídico habrán de ser tenidos en cuenta. Primero, para la formulación *legal* —que tampoco debe ser alegre o de beneficencia—, y se-

(5) En el Libro Homenaje a Jesús LÓPEZ MEDEL, vol. I, págs. 25 y 105 y sigs., Madrid, 1999. Véase también *Hacia un solo orden mundial*, MARTÍNEZ ESTERUELAS y otros. Fundación Moro, Madrid, 1995.

(6) Lleva como subtítulo «Ética y responsabilidad profesional de los Registradores», *RCDI*, 1999. La parte general abarca la problemática amplia del mundo profesional, que sería aplicable, en gran parte, para nuestro estudio.

(7) En esta obra proyectada por AEDOS, *Asociación para el estudio de la doctrina social de la Iglesia*, colaboran entre otros, lo digo a título informativo previo, porque el libro saldrá a fin de 2000: LÓPEZ GUZMÁN, APARISI MIRALLES, FORMENT, MARINA, TORRES DULCE, GALINDO, L. SERRANO, SANDOVAL LÓPEZ, DELGADO DE MIGUEL, DEL MORAL, GIMÉNEZ CABEZAS, DORAL, RÍOS MARTÍN, PÉREZ LUQUE, ALBIÑANA, SÁNCHEZ SOCÍAS, F. PIÑERO, NAVARRO MUÑOZ CAMPOS, MARTÍNEZ CALCERRADA, GABALDÓN, PALOMINO, OLLERO, NAVARRO VALLS, TRONCOSO, SÁNCHEZ PINTADO, etc., y nosotros mismos con la aprobación precisa, «Ética y deontología profesional para Registradores de la Propiedad», a que antes hemos hecho mención. En conjunto, una gama de profesionales juristas y especialistas en cuyos trabajos se abarca toda una gama de responsabilidad civil.

gundo para su aplicación por los *Tribunales*. El tema —muy interesante y complejo— queda meramente apuntado aquí. Aunque se podría advertir que en una concepción positivista, o neokelseniana del Derecho, acaso no fuera muy viable. Pero ese no es el camino. Porque la profesión —lo profesional—, no puede encorsetarse en el automatismo, ni en la máquina, sino dentro de una *concepción humanista del trabajo, de la justicia y del Derecho*.

3.2. LA RESPONSABILIDAD DEL PROFESIONAL COMO RESPUESTA SOCIAL

En diversos trabajos de Filosofía y Ciencia de la Educación (8) he tenido ocasión de exponer el sentido de la trascendencia de la tarea educadora, de calidad y en libertad, que en una sociedad moderna, partiendo del sentido integrador de la escuela —art. 26 de la Declaración de Derechos Humanos de 1948— modela y prepara a los humanos —personas— para la sociedad, siempre a través de una profesión.

En algunas de mis obras, *La educación como empresa social* (9), ya en su momento se puede decir que estábamos en el camino de *nuevas profesiones*. Hay a raíz de los avances técnicos, especialmente en el campo de las Ciencias —Medicina, Física, Genética, Telemática, etc.— ese mundo de la especialización se ha impuesto, aunque no falten —por eso mismo— los generalistas.

Actividades que no tenían una mínima regulación —en España, por ejemplo, el Administrador de Fincas (10)— han pasado a tener su propia nominación y autonomía. En cuanto a la formación ética —en unas más que en otras—, el fenómeno de socialización de las profesiones se presenta no sólo en su mayor variedad, sino en las propias *exigencias* de su función. Paralelamente, pues, a aquella realidad, deben de preverse estas pautas que el Derecho —sea preventivo, o sea «sancionador»— ha de establecer. Tanto para la formulación de las «reglas» —las Morales serían los *códigos éticos profesionales*— como delimitar fundamentalmente el marco de lo profesional, que deberá depender no sólo de las propias exigencias «económicas» o «reivindicativas» en el plano más general del mundo del trabajo o de la empresa.

(8) Especialmente en *Hacia un nuevo Derecho a la educación*, Madrid, 1995, en donde se analiza el impacto que el Tratado de Maastrich tiene para la enseñanza y el mundo profesional.

(9) Madrid, 1974, en *¿Adónde va la educación?*, Ed. 1980, 1981 y 1982. Y en *Familia y educación*, Congreso Internacional, Puerto Rico, 1990.

(10) Me enorgullezco de haber sido promotor en España, en los años 1965-1970, de esta actividad profesional ya colegiada, con una actividad en la propiedad rústica y especialmente urbana, y que como consecuencia de la nueva Ley de Propiedad Horizontal de 1999, con su modificación respecto al papel del *administrador* en la Junta de Vecinos, ha permitido señalar mejor «su responsabilidad».

También para que la propia jurisprudencia —cada vez más intensa— se consolide y equilibre ante el devenir complejo de una responsabilidad del profesional en sus cuantías, daños y efectos. Para que la actuación, con diligencia, buen hacer, competencia y *profesionalidad* —es una redundancia esencial profesional—, colmen las necesidades mínimas o necesarias de todos aquellos —normalmente los de menor nivel o clase— que precisan de sus servicios y de su actividad. Y no sólo en cuanto a número de personas afectadas, sino también en el despertar creciente en la conciencia de sus derechos.

En resumen, en la responsabilidad del profesional hay siempre una fuerza reparadora de errores, acciones u omisiones, y cuya eficacia no estriba sólo en una compensación *individualizada*, sino que esta misma pudiera ser preestablecida en atención a los que representa en una sociedad moderna la profesión como respuesta *social*, mucho *más que un «cuasicontrato»*, o una individualización indemnizatoria o compensatoria, que no ha de faltar.

3.3. LA RESPONSABILIDAD DEL PROFESIONAL COMO RESPUESTA OBJETIVADA EN UNA ACTIVIDAD HABITUAL O ESPECIALIZADA

El tercer peldaño de esta reflexión la encontraremos en la objetivación de la responsabilidad del profesional, dando por sentado la *habitualidad* o la especialidad de una actividad.

El tono individualista del Código Civil español, como tantos otros del XIX, nos pone en guardia sobre la insuficiencia de su regulación, y por eso —como luego veremos— ha hecho inevitable una especie de *pulverización normativa* —como la denominaría FEDERICO DE CASTRO— con una dispersión legislativa, tanto para perfilar los nuevos tipos de «nuevas profesiones» —como los de *nuevas enseñanzas*— que emanan de la sociedad.

Ocurre aquí, un poco, como con el fenómeno educativo, tal como estaba previsto en los Códigos Civiles con una referencia mínima, que la patología de lo familiar ha agrandado respecto a los derechos de los hijos en las diversas situaciones matrimoniales (11). Si se examina el Código Civil de 1888, se mantiene (12) —como antes vimos— los textos normativos de 1902 y siguientes, sustancialmente. Lo que se ha ampliado es el campo de las actividades o de los *supuestos* a través de leyes posteriores (13). No ya la antigua

(11) Véase *Efectos educativos derivados de la patología familiar*, R.C.E., Madrid, junio de 1990.

(12) La glosa inicial en MEDINA Y MARAÑÓN, *Leyes civiles de España*, Madrid, 1949. Ed. preparada por CASTÁN TOBEÑAS y otros, págs. 325 y sigs.

(13) El 1.902 ha de verse interrelacionado con los artículos 1.089, 1.093, 1.101 a 1.104 y 1.968 del Código Civil, y los artículos 19 a 22, 101 a 106 y 117 del Código Penal anterior, 100 y siguientes de la LEC. El 1.903 guarda parecidas interrelaciones; se modifi-

de Accidentes de Trabajo, sino otras de carácter especial (Ley de Pesca Fluvial, art. 51, las Leyes y Reglamentos de uso y circulación de vehículos de motor, la de 4-5-1984 de defensa de los Consumidores y Usuarios, y otras que emanan de la Comunidad Económica Europea (por responsabilidades de productos *defectuosos*, daños derivados de la competencia desleal). Y, sobre todo —que es lo que interesa aquí— se están normalizando, precisamente, en atención a una determinada actividad profesional. Es este un campo que aquí no podemos agotar. [En la aplicación de la Ley 31-12-1945, que era el anterior Código de Justicia Militar, había una responsabilidad civil subsidiaria del Estado, directa para el militar, derivada de la comisión de delitos en el ejercicio de sus funciones (14). Y esto se mantiene esencialmente en la nueva redacción del artículo 48 de la Ley del Código Penal Militar.]

Tal tipo de responsabilidad subsidiaria y directa del Estado —luego ensanchada en el ámbito funcional— fue en su tiempo un «hecho revolucionario» y un ejemplo que luego ha sido emulado en otras actividades.

Como ya anticipamos, de otro lado el mundo de los daños por actividades molestas, nocivas y peligrosas (Reglamento de 30-11-1961); el de la polución o protección del ambiente atmosférico; los derivados de la disciplina urbanística [Ley de Edificación en España de 1999, que impone un seguro obligatorio al constructor (15)]; los productos por mareas negras; los de terrorismo; los que emanan del *soldado profesional* de los Ejércitos, etc... es muy extenso.

No vamos a entrar en detalle porque sería muy prolijo. No sólo en revistas especializadas (v. *Escuela Española*, Madrid, 3-2-2000, trabajo del Magistra-

có únicamente el párrafo segundo por Ley 11/1981, de 13 de mayo, sobre daños causados por los hijos (sin distinción) que estén bajo su custodia. El párrafo sexto (responsabilidades de maestros) y el 1.904 (los de los «dependientes») están modificados por Ley 1/1991, de 7 de enero. La responsabilidad civil del profesorado, derivada de la penal, se modificó por Ley 7-1-1991, precisamente para trasladar las responsabilidades del agente activo (*culpa in vigilando*), a los titulares o *propietarios de los Centros*, y así ser coherente con la reforma del artículo 1.904 del Código Civil, a que antes hemos hecho mención.

(14) Es mi experiencia directa como Auditor de las Fuerzas Aéreas de España en este tipo de responsabilidades civiles subsidiarias del Estado por actos propios del servicio encomendado a aquéllas.

(15) En la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de *Ordenación de la edificación*, se quiere traducir la Directiva 85/384 de la CEE de la Unión Europea en cuanto a «la creación arquitectónica, la calidad de las construcciones, su inserción armoniosa en el entorno, el respeto de los paisajes naturales y urbanos, así como el patrimonio colectivo y privado, reviste interés público. Y en el punto 4 de la Exposición de Motivos habla de que «la responsabilidad civil de los diferentes agentes por daños materiales se exigirá de forma personal e individualizada, tanto por actos propios como por actos de otros agentes por los que, con arreglo a esta Ley, se deba responder». En el artículo 17 y siguientes (Capítulo V, *Responsabilidades y garantías*) se enhebra un cauce de *responsabilidades civiles*, novedoso en España, y aun en Europa, que no es del caso exponer aquí por lo complejo y extenso. Es una información nada más dentro de nuestro tema, y una referencia para el investigador jurista.

do MUÑOZ NARANJO, sobre *Responsabilidad civil y docencia*, sino en Congresos y estudios (en Zaragoza —España— se celebró en febrero de 2000 unas V Jornadas sobre «Responsabilidad civil y seguro», con asistencia de muchos profesionales del Derecho, para analizar los criterios de la Magistratura sobre indemnizaciones en distintos campos *de la actividad y conductas en nuestro tiempo*).

3.4. RESPONSABILIDAD PROFESIONAL DE REGISTRADORES Y NOTARIOS

A título de ejemplo, en España, profesiones de Derecho, tales como Registradores y Notarios, han tenido en sus normas sustantivas —notariales e hipotecarias— unos principios claros y directos de responsabilidad profesional, que han sido o han contribuido a mantener la altura de su función y de su competencia. Así, en el Título XII del RH, *De la responsabilidad de los Registradores, artículo 563 y siguientes*, se habla de la *Jurisdicción disciplinaria*, sanciones, correcciones, etc. En el artículo 563 se establece:

«La sentencia firme que condene al Registrador a indemnizar los perjuicios que con sus actos hubiere irrogado, no se publicará en el BOE ni en los provinciales, si en el término de ocho días, contados desde la notificación, se verificare el pago de lo debido o consignase la cantidad necesaria al efecto».

Pero todos aquellos preceptos reglamentarios son el desarrollo del previo también Título XII de la *Ley Hipotecaria*, «*De la responsabilidad de los registradores*», con un principio meridiano, el artículo 296, mantenido desde la primera Ley Hipotecaria de 1861, en su esencia:

«Los registradores responderán civilmente, en primer lugar con sus fianzas, y en segundo con sus demás bienes, de todos los daños y perjuicios que ocasionen. 1.º Por no asentar en el Diario, no inscribir o no anotar preventivamente en el término señalado en la Ley los títulos que se presenten en el Registro. 2.º Por error o inexactitud cometido en inscripciones, cancelaciones, anotaciones preventivas o notas marginales. 3.º Por no cancelar, sin fundado motivo, algunas inscripciones o anotaciones, u omitir el asiento de alguna nota marginal en el término correspondiente. 4.º Por cancelar alguna inscripción sin el título o los requisitos que exige esta Ley. 5.º Por error u omisión en las certificaciones de inscripción o libertad de los inmuebles o derechos reales, o por no expedir dichas certificaciones en el término señalado en la Ley».

Es, pues, una responsabilidad directa y personal, tomado como dato para otras actividades, y que se detalla en preceptos de rango legal como los artículos 297 a 312. No hacemos más comentarios, pero sí que lo hemos traído como ambientación.

Otro tanto podríamos decir de la responsabilidad de los Notarios, también prevista en su legislación, propia de la Ley del Notariado desde la de 1861. También aquí la doctrina y jurisprudencia están evolucionando (16).

4. VERIFICACION DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS PROFESIONALES: SUGERENCIAS-CONCLUSIONES

En vía de conclusión o de resumen —sin excesiva literatura por mi parte— de cuanto hemos venido exponiendo, dadas las necesidades actuales de la sociedad de bienestar y de cambio (17), las mayores exigencias a los profesionales —sean médicos o arquitectos, o pilotos de líneas aéreas, o controladores de la informatización digital, etc.— y dentro de lo que se viene a llamar el *Derecho preventivo de daños y su reparación*. Nuestras orientaciones son las siguientes:

4.1. Revisión, análisis y estudio de los sistemas legislativos en los que se contemple, o no, la responsabilidad civil por daños de los profesionales.

4.2. Junto a la conciencia social de una responsabilidad creciente y objetiva, hay que fomentar también la solidaridad profesional como mentalidad que estimule, no sólo su propia participación —Códigos éticos y audiencia—, sino además la formación, competencia y especialización para mantener el espíritu corporativo, y a su vez, coadyuvar a la confianza y seguridad de las personas a las que se sirve, sea en la esfera pública, sea en la privada.

(16) Un ejemplo de ello lo tenemos en los supuestos de responsabilidad civil de los Notarios, expresada en preceptos muy concretos del Código Civil español en materia de testamentos abiertos o cerrados declarados nulos y autorizados por notario. RODRÍGUEZ ADRADOS, ANTONIO, en «La responsabilidad civil del notario conforme a los artículos 705 y 715 del Código Civil», en *Revista de Derecho Notarial*, diciembre de 1997, se refiere ampliamente al tema. Hay referencias comparadas interesantes sobre parecidas normas y efectos en los Códigos Civiles portugués de 1867 y el americano de 1870. La tesis de RODRÍGUEZ ADRADOS es que «el Notariado no es un servicio público, es una profesión elegida libremente por su cliente, que ejerce bajo su responsabilidad personal». Entre otros autores citados como doctrina cita a SANTOS BRIZ y GONZÁLEZ PORRAS.

(17) En nuestra obra *Propiedad inmobiliaria y seguridad jurídica*, Madrid, 1995, hemos dedicado el Capítulo X (págs. 213-235) al tema *Filosofía de la Institución Registral y cambio social*, en el que mostramos las distintas fases de ese fenómeno, su globalización y sus efectos en la sociedad moderna, algunos todavía no previstos.

4.3. En el ámbito de la técnica jurídica habría de tenerse en cuenta —entre otros— los siguientes aspectos:

4.3.1. Es preciso y aconsejable mantener en los *Códigos Civiles*, los preceptos normativos suficientes para que en ellos se formulen unos principios generales de responsabilidad civil y que pudieran ser comunes a muchas profesiones, como pautas no sólo de conductas, sino cual criterios que ayudasen a los jueces a la fijación específica del *daño* (18).

4.3.2. En las *Leyes especiales* que regulen —según su importancia o función— junto a los *Códigos éticos interprofesionales*, podrían tener cabida preceptos específicos —como los nominados de Registradores o Notarios— que con rango de *Ley* determinasen la *relación de causa o efecto*, los *supuestos mínimos* de responsabilidad, el cauce procesal, garantías y recursos, para que esa responsabilidad directa y objetiva no sea secuestrada para otros fines.

4.3.3. En cada Comunidad Nacional, y dentro de su propia idiosincrasia o realidad profesional existentes en las *Leyes de Colegios Profesionales*, deben establecerse algunas pautas, valores o estímulos, como principios más concretos en la trilogía que coronase los preceptos de los *Códigos Civiles* y de las *Leyes Especiales* antedichas.

4.3.4. Pudiera existir, también, la necesidad —para determinadas actividades— de una legislación complementaria que llamaríamos *sectoriales*, en la que, al margen de la afectación subjetiva —como *derecho-deber* del profesional— se ayudara a describir o subrayar determinadas *situaciones* en las que pudiera concurrir el profesional por sí o con otras personas, ante responsabilidad conjunta y solidaria en la responsabilidad *civil por daños*. Sería el caso de la Ley de Edificación Española de 1999, antes citada, y algunas otras existentes para materias o situaciones especiales: residuos tóxicos, polución, ruidos, daños de la piratería informática, de la temática digital, de la caza.

4.3.5. Sería conveniente que en aquellas normas por infracciones ecológicas, ambientales, etc., o en otras de carácter procesal, la práctica del *arbitraje* se estimulase, precisamente para solucionar la

(18) Nos referimos, naturalmente, a preceptos específicos y no a los generales de *daños y perjuicios* que están en el Derecho español, en el Libro IV, Título I, artículo 1.101 y siguientes, aunque a su vez hayamos de citar algunas consecuencias derivadas de las condiciones generales de contratación. En la Ley 7 de 13-4-1997 y en el Reglamento que aprueba el Registro de Condiciones Generales de Contratación por Real Decreto 1828/1999, de 3 de diciembre (*BOE* de 23-12-1999).

cuantificación compleja para el señalamiento del daño material, por responsabilidades profesionales con dificultades en el peritaje, tanto privado como judicial (19).

4.3.6. Subrayo —como anteriormente hemos apuntado— no dejar fuera la *cuantificación del daño moral* (20), al lado, en su caso, o inherente al daño material, que es al que hasta hace poco la jurisprudencia —o los interesados— habían prestado más atención.

4.3.7. Debe regularse que *el Estado no pueda quedar marginado* de aquella previsión de responsabilidad civil, tal como se vio en la Legislación Penal Militar española desde 1945, y como la propia jurisprudencia viene estableciendo. Al menos en la responsabilidad objetivada, conjunta y solidaria (sin perjuicio de un resarcimiento posterior). Por eso mismo, la exigencia selectiva del profesional, a niveles institucionales, es decisiva. Y esto es importante para la responsabilidad civil del profesional (21).

JESÚS LÓPEZ MEDEL

(19) Una referencia doctrinal novedosa e interesante, aplicable en este punto en la parte más general, puede verse en CAMPO VILLEGAS, ELÍAS, *Arbitraje y Registro*, y L. MEDEL, MANUEL, en *Arbitraje, jurisdicciones nacionales y cuestión prejudicial*, págs. 1599 del Tomo II del Libro Homenaje a Jesús López Medel, Madrid, 1999.

(20) En España se ha preparado un *Código deontológico de los profesionales de la Educación* por el Consejo General de Doctores y Licenciados en Filosofía y Letras, que trata de los «deberes» respecto a los alumnos, a los padres, a la profesión... y la sociedad. Véase también POLO LEONARDO, *Ética*, Madrid, 1997.

(21) Finalmente, véase SANTAELLA LÓPEZ, *Ética de las profesiones jurídicas. Textos y materiales para el debate deontológico*, Madrid, 1995. En la primera parte hay un dossier comparado y en la segunda una referencia a la responsabilidad.

La protección interdictal frente al incumplimiento de las normas sobre vistas

I. INTRODUCCION

1. EL ARTÍCULO 582 DEL CÓDIGO CIVIL

El artículo 582 del Código Civil regula las distancias mínimas que deben guardar las ventanas, huecos, balcones y otros voladizos en relación con las fincas vecinas. Se trata de un precepto poco afortunado, tanto por su ubicación sistemática como por su deficiente redacción.

En primer lugar, su ubicación es sólo relativamente acertada, pues se inserta dentro de la Sección quinta del Capítulo II del Título VII del Libro II del Código. La rúbrica del título es «de las servidumbres», la del capítulo, «de las servidumbres legales» y la de la sección, «de la servidumbre de luces y vistas». Ciertamente, el artículo 582 trata sobre luces y vistas y más concretamente, sobre vistas, pues precisamente su finalidad es la de evitar que se tengan vistas rectas sobre el fundo vecino a menos de dos metros, y vistas oblicuas o de costado a menos de sesenta centímetros. Pero no puede decirse que el precepto regule una servidumbre ni que establezca una servidumbre legal. Antes al contrario, tanto la jurisprudencia como la doctrina mayoritarias vienen considerando esta norma como una limitación del dominio, determinada por razón de vecindad de los predios. De hecho, de toda la Sección (arts. 580 a 585), solamente el último artículo se refiere a una auténtica servidumbre, pues si bien es cierto que el propio Código Civil define la servidumbre como «un gravamen impuesto sobre un inmueble en beneficio de otro perteneciente a distinto dueño» (art. 530), esta definición sólo toma en consideración un aspecto de la cuestión: el punto de vista pasivo; pero desde el punto de vista activo es también un derecho real, que se traduce en la facultad de obtener una utilidad del predio ajeno en provecho del propio. Considerando la servidumbre como el derecho real que recae sobre una cosa

ajena y que consiste en la facultad de utilizarla y servirse de ella de una manera más o menos plena (DÍEZ PICAZO), hay que concluir que el artículo 582 del Código Civil no regula una servidumbre, porque no otorga al propietario de un fundo la facultad de servirse de otro o de utilizarlo.

En segundo lugar, la redacción del precepto no resulta afortunada ya que parece que el legislador está pensando principalmente en las ventanas o huecos, y que sólo de pasada se alude a los balcones y voladizos, como si, por olvido, se hubiera añadido esta referencia con posterioridad a la redacción del artículo. Efectivamente, se utiliza el mismo verbo (abrir) para las ventanas y para los balcones o voladizos, cuando para estos últimos habría sido más acertado y más preciso emplear otra palabra, como construir, pues un balcón no es algo que se abra en un muro. De igual modo, el párrafo primero *in fine* señala que ha de haber «dos metros de distancia entre la pared en que se construyan» y la propiedad del vecino, siendo así que, como se comprueba con la lectura del artículo siguiente (583), al tratarse de voladizos la distancia no ha de medirse entre la pared en que se construyen y la finca contigua, sino entre ésta y la línea exterior del balcón o voladizo. El primer párrafo cobra pleno sentido si extraemos el inciso «ni balcones u otros voladizos semejantes», pues entonces diría: «no se puede abrir ventanas con vistas rectas sobre la finca del vecino, si no hay dos metros de distancia entre la pared en que se construyan y dicha propiedad». Pero si a este párrafo le añadimos el inciso antes extraído, la frase pierde su sentido y obliga a hacer un cierto esfuerzo interpretativo, conjugándolo con el artículo siguiente, para llegar a la conclusión de que lo que se persigue es ni más ni menos que impedir las vistas rectas sobre fundo vecino a menos de dos metros, ya sea desde huecos o desde voladizos. Más claro resultaría el párrafo si dijera: «no se puede abrir ventanas o huecos ni construir balcones u otros voladizos semejantes con vistas rectas sobre la finca del vecino, si no hay dos metros de distancia». Tal expresión, interpretada en conjunto con el artículo 583 (cuya redacción es también manifiestamente mejorable) daría una idea exacta de lo que pretende el legislador.

2. EL ARTÍCULO 583

Como digo, el artículo 583, que explica la forma en que han de tomarse las medidas, tampoco es especialmente brillante. Señala en primer término que las distancias, en las vistas rectas, se medirán desde la línea exterior de la pared si no hay voladizo, y «desde la línea de éstos donde los haya». A continuación, y como si se estuviera expresando algo diferente de lo anterior, se indica que para las oblicuas, la medida se tomará «desde la línea de separación de las dos propiedades». Naturalmente, se entiende que para las vistas

rectas la distancia habrá de contarse desde la línea exterior de la pared o desde la línea del voladizo y hasta la línea de separación de las dos propiedades. Lo que ocurre es que en ambos casos el legislador nos dice desde dónde ha de arrancar la medición, pero no dice hasta dónde debe llegar; y en cada caso comienza a medir desde un extremo diferente. Decir que para las vistas oblicuas debe medirse desde la línea de separación de las dos propiedades no es decir nada específico de las vistas oblicuas o de costado, pues también en las rectas debe contarse la distancia desde esa línea de separación (o hasta ella). Por consiguiente, debe entenderse que en ambos casos (ya sean vistas rectas o de costado) la medición se hará desde la línea de separación de las dos propiedades y hasta: 1) la línea exterior de la pared, para el caso de vistas rectas con ventana o hueco; 2) la línea exterior del balcón o voladizo, donde lo haya, también para vistas rectas, entendiendo por línea exterior todo el perímetro del voladizo, excepto la parte adosada a la pared, y 3) el punto más cercano del voladizo o del hueco, en el caso de vistas oblicuas o de costado.

3. VISTAS RECTAS Y VISTAS OBLICUAS

En cuanto a qué deba entenderse por vistas rectas y por vistas oblicuas o de costado, señala la STS de 11-11-68 que las vistas, aun llamándose directas, gozan de gran amplitud, pues no se quiere obligar al que disfrute de ellas a que mire sólo de frente, y debe entenderse por tales aquéllas en que el hueco o rompimiento está en pared paralela a la línea divisoria de los predios. Más completa resulta la explicación de MANRESA, para quien son vistas rectas aquéllas que se abren en pared paralela a la línea que divide los predios, o en que el hombre al usarlas tiene la cabeza en su posición natural; y son vistas oblicuas —o de costado, o laterales— aquéllas que se practican en una pared que forma ángulo con la línea divisoria de los predios: para usarlas, el hombre tiene que colocar la cabeza hacia uno de los lados. Así ha de entenderse que en los balcones y terrazas no solamente se tienen vistas rectas por la parte frontal, sino también por los laterales, puesto que desde ellos, una persona puede inspeccionar el fundo vecino de frente, sin necesidad de girar la cabeza.

II. LA PROTECCION INTERDICTAL FRENTE A LA INFRACCION DEL ARTICULO 582

El objeto de este trabajo es, específicamente, la cuestión relativa a si, una vez incumplido lo dispuesto por el artículo 582 del Código Civil en cuanto a distancias mínimas, el propietario del predio contiguo puede acudir a la vía del interdicto de recobrar para restablecer la situación anterior al incumpli-

miento. Es claro que, frente a tales infracciones, cabe ejercitar la acción negatoria de servidumbre, cuya finalidad es la defensa del derecho de dominio frente a quien se arroga una servidumbre (o algún otro derecho real) sobre el predio propio; en este caso, el propietario —y no cualquier otro poseedor— podrá ejercitar, junto a la acción meramente declarativa tendente a que se niegue la existencia de la servidumbre de vistas, una petición de condena para que el infractor repare los efectos de su incumplimiento, mediante la demolición de lo incorrectamente construido, mediante la utilización de materiales traslúcidos o cegando los huecos abiertos a menor distancia de la permitida.

Junto a la posibilidad apuntada, la maltrecha Ley del Suelo (texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, prácticamente «demolido» por el Tribunal Constitucional y derogado en parte por Ley 6/1998) otorga la acción pública «para exigir ante los órganos administrativos y los Tribunales de lo Contencioso-Administrativo la observancia de la legislación urbanística y de los Planes, Programas, Proyectos, Normas y Ordenanzas» (art. 304), además de la posibilidad de «exigir ante los Tribunales ordinarios la demolición de las obras e instalaciones que vulneren lo dispuesto respecto a la distancia entre construcciones» (art. 305).

Ahora bien, el problema estriba en determinar si ante la infracción del artículo 582, puede el vecino perjudicado acudir con éxito a la vía interdictal. DE CASTRO FERNÁNDEZ estudia este tema, referido con carácter general a los huecos para luces y vistas, en su obra *La protección interdictal: amplitud*, donde señala que «en términos generales no ofrece duda que la vulneración de la normativa legal en materia de luces y vistas permitirá acudir al agraviado a la protección interdictal». Pero no es tan clara la doctrina que en esta materia —en especial en referencia al art. 582— mantienen las diferentes Audiencias. A favor de esta tesis se muestran sentencias como la de 26 de noviembre de 1996, de la Audiencia Territorial de Granada, que, citada por el referido autor, señala:

«Es innegable reconocer que la apertura de los meritados huecos a menos distancia de la autorizada por el citado artículo del Código Civil implica un verdadero despojo en cuanto a la situación posesoria que disfrutaba la entidad demandante respecto a su finca antes de abrirse aquéllos, siendo, en consecuencia, adecuada y pertinente la protección interdictal impetrada en su modalidad recuperatoria».

Igualmente favorable se muestra la Audiencia Provincial de Valladolid en sentencia de 15 de diciembre de 1976:

«El artículo 582 [...] otorga a todo titular la finca rústica o urbana el derecho a impedir las vistas de sus vecinos, dentro de estos límites, y en la posesión de este derecho se hallaba la interdictante

[...] cuando el demandado don F. P. L. procedió, en un edificio de su propiedad y de nueva planta colindante con la casa de dicha señora, a construir cinco balcones, uno en cada piso, de los cinco del inmueble, que aun sobrevolando terreno propiedad del señor P., no guardan la distancia de dos metros, desde la línea exterior de los balcones, al límite de la propiedad de la demandante, despojando así a ésta de la legítima posesión en que se encontraba del derecho antes dicho [...] y concurren en el caso los requisitos exigidos por los artículos 1.652 y 1.653 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para que el interdicto de recobrar prospere».

Por último, puede citarse la sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos de 7-7-79:

«...Derribaron en cada planta las paredes o muros de colindancia, instalando en cada uno de ellos unas barandillas hechas *ex professo*, a modo de balconada con vistas y sin vuelo sobre la propiedad contigua [...] Esta somera descripción de los hechos pone de relieve la existencia del despojo posesorio que los interdictantes denuncian, pues hay despojo del derecho que todo poseedor ostenta a que las obras en predios contiguos respeten las distancias y condicionamientos legales».

Frente a las anteriores resoluciones pueden encontrarse otras en sentido contrario. La Audiencia Provincial de Lugo, en sentencia de 2 de junio de 1972, afirma:

«La apertura de los miradores, huecos y ventanas, realizada por la entidad demandada en pared exclusivamente propia, colindante con la finca poseída por la demandante, no perturba, ni mucho menos despoja, en el sentido expresado en los preceptos legales, a la actora, en la posesión que sobre esta finca contigua ostenta, la que permanece incólume, puesto que ni siquiera se le priva parcialmente de la misma, quedando únicamente sujeto el fundo a una situación que puede ocasionar una indiscreta y molesta inspección ajena, al tener dichos huecos, miradores y ventanas, unas dimensiones (sic) superiores a las permitidas en el artículo 582 del Código Civil, contravención legal que, por sí sola, no revela tampoco la presencia del elemento subjetivo e intencional del *animus spoliandi* [...] en consecuencia, tratándose, no de actos de inquietación o despojo, sino solamente de la vulneración de una prohibición legal, el procedimiento utilizado por la demandante, en el que únicamente cabe ventilar controversias que sean de puro y estricto derecho posesorio,

es evidentemente inadecuado para el logro de su pretensión, que sólo puede ser viable ejercitando la acción en el juicio declarativo ordinario».

Igualmente, la sentencia de 25 de noviembre de 1971, de la Audiencia Provincial de Oviedo:

«No procede el interdicto de recobrar cuando para acreditar la posesión vulnerada hay que recurrir a una valoración jurídica, como es el alcance de las restricciones a la facultad de abrir huecos en pared propia contigua a finca ajena».

Es, en efecto, un argumento frecuentemente utilizado en contra de la viabilidad del interdicto el que afirma que en caso de infracción del artículo 582 no se está privando ni despojando de la posesión al vecino, ni siquiera se le está perturbando en la posesión de su finca. Y es perfectamente razonable: la posesión de la finca permanece incólume, como asegura la sentencia de la Audiencia de Lugo más arriba citada. Pero es que el interdicto, como proceso especial y sumario cuyo objeto es la protección del hecho de la posesión, puede venir referido tanto a cosas como a derechos, pues sobre ambos se puede ejercer la posesión, según el artículo 430 del Código Civil; si es así, el interdicto podrá recaer tanto sobre la posesión de cosas como sobre la posesión de derechos, siempre y cuando unas y otros sean susceptibles de apropiación, según exigencia del artículo 437 del Código Civil.

De acuerdo con lo anterior, el interdicto será procedimiento adecuado en los supuestos de infracción del artículo 582 del Código Civil, en tanto en cuanto admitamos que la norma comentada contiene un derecho en favor del titular del predio vecino; si no lo entendemos así, y consideramos que el precepto solamente contiene una limitación del dominio, habremos de concluir que no existe derecho alguno cuya posesión pueda servir de base para la interposición del interdicto. Ciertamente —esto es opinión prácticamente unánime en la doctrina y la jurisprudencia—, no estamos ante una verdadera servidumbre de vistas, sino ante una limitación legal del dominio basada en las relaciones de buena vecindad. Pero, ¿se limita el Código a imponer una limitación a todo titular de una finca, o por el contrario, paralelamente a esa limitación se está protegiendo un correlativo derecho del titular de la finca contigua? Entiendo que el artículo 582 protege un derecho del propietario del fundo vecino, cuya posesión puede ser defendida a través del procedimiento interdictal. Y ello sobre la base de los siguientes argumentos:

1. El artículo 582 no solamente contiene una limitación del dominio, sino también una facultad inherente a éste. Es indudable que con la regulación legal de las distancias mínimas para vistas rectas y oblicuas, lo que pretende el

legislador es imponer una serie de limitaciones al derecho de propiedad; pero junto a esa limitación impuesta al titular de una finca, se está atribuyendo al titular del fundo vecino una acción para obligar al primero a respetar esas distancias o, una vez perpetrada la infracción, para obligarle a reponer la situación al estado anterior. Esa acción no es pública, no puede ser ejercitada por cualquier persona, como sucede con la concedida por la Ley del Suelo en los supuestos de infracciones urbanísticas: solamente el propietario de la finca vecina estará legitimado para formular demanda de juicio declarativo ordinario en ejercicio de la acción negatoria de servidumbre. Con tal acción se pretende, por parte del dueño de la finca contigua, que el Juez declare la inexistencia de servidumbre sobre su finca y podrá solicitarse, además, que se condene al propietario que ha abierto huecos ilegales a reponer la situación al estado de respeto a la ley que reinaba con anterioridad. Esta acción, atribuida en definitiva a todo propietario que se vea perturbado por su vecino infractor, deriva del derecho mismo de dominio y, concretamente, de un derecho o facultad inherente a la propiedad. Esta es definida en el artículo 348 del Código Civil como «el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes», es decir, es un derecho complejo, consistente en un conjunto de facultades, si bien, como declara el Tribunal Supremo en sentencias de 3-12-46 y 7-3-63, el dominio es señorío absoluto y unitario sobre una cosa y no una suma de las facultades que le son propias.

Desde este punto de vista, el artículo 582 no tiene el carácter unilateral que habitualmente se le atribuye, como mera limitación legal del dominio, sino que tiene un carácter bilateral o multilateral: no se fija en un único predio, sino en dos al mismo tiempo. Al tiempo que se está estableciendo un límite al dominio sobre una finca (el propietario no podrá abrir huecos o construir voladizos a menos de dos metros de la línea de separación), se está reconociendo un derecho a los propietarios de todos los fundos contiguos, en cuyo favor se establece la anterior limitación. Y ese doble sentido puede predicarse de la norma respecto de cada uno de los fundos contiguos en su relación con el primero: cada propietario está constreñido a respetar las distancias mínimas de construcción dentro de su fundo, lo que limita su derecho de dominio, pero al propio tiempo, cada propietario tiene, como parte inherente de su derecho de propiedad, la facultad de disfrutar plenamente de su finca, preservado de la fiscalización ajena, y tiene la facultad de impedir que los vecinos construyan en sus respectivos predios a menor distancia de la legalmente permitida. En definitiva, el artículo 582 contribuye a configurar y delimitar el derecho de propiedad, no sólo estableciendo una limitación, sino reconociendo también una facultad que, en cierto sentido, trasciende los linderos de la propia finca. Mi derecho de propiedad, al tiempo que impide a otros disponer o disfrutar de mi finca, impide también a los propietarios colindantes construir huecos o voladizos demasiado cerca de mi predio.

Por eso, cuando una finca limita con una vía pública, no es de aplicación el régimen de distancias mínimas (art. 584). En tal caso, no se produce la limitación del dominio regulada en el 582. ¿Por qué?, precisamente porque no existe derecho de propiedad de un vecino que justifique o exija tal limitación. En una vía pública nadie tiene derecho a esa preservación de la fiscalización ajena que, formando parte inherente del derecho de propiedad, sirve de justificación a la limitación impuesta al colindante.

El propio Tribunal Supremo, en algunas resoluciones, ha entendido que el artículo 582, además de constituir una limitación del dominio, recoge un derecho. Así, la STS de 17 de abril de 1995, afirma que la construcción que no respeta las distancias legales «es limitativa de los derechos de edificación y preservación de la fiscalización ajena, los que asisten a la entidad que creó el pleito, al concurrir clara infracción del artículo 582 del Código Civil»; con esto se está admitiendo que la infracción del precepto comentado vulnera el derecho del vecino a preservarse de la fiscalización ajena.

También la STS de 20 de mayo de 1969, indica: «...sin que tampoco sea admisible que la única finalidad del antes mencionado artículo 583 (sic) sea la de proteger a los propietarios o poseedores de un fundo de la indiscreta inspección ajena, pues también cuenta la seguridad del fundo y su utilización libre y el respeto a los derechos dominicales, tanto en el suelo como en el vuelo, aunque no existiere molestia en el presente». Queda claro, por tanto, que el artículo 582 contiene una delimitación, una modulación del derecho de propiedad, tanto para el propietario, a quien se impide abrir huecos, como para su vecino, que tiene derecho a no soportar las vistas del primero y a la salvaguardia de su intimidad.

2. Ese derecho es susceptible de posesión. Si aceptamos la conclusión anterior, es decir, que todo propietario por el hecho de serlo, tiene esa facultad que, de forma algo vaga e imprecisa hemos llamado derecho a no soportar vistas del vecino, o derecho a la preservación de la fiscalización ajena, hemos de examinar a continuación si tal facultad puede ser objeto de posesión. El interdicto, por su propia naturaleza, es solamente adecuado para defender el hecho de la posesión, sin que quepa entrar a discutir cuestiones diferentes. Por tanto, y teniendo en cuenta que la posesión puede recaer tanto sobre cosas como sobre derechos (arts. 430 y 431 del Código Civil), solamente tendrán cabida en la vía interdictal aquellos derechos que sean susceptibles de posesión. Son diversas las respuestas doctrinales a la pregunta de qué derechos pueden ser objeto de posesión; señala DE CASTRO GARCÍA cómo para un sector doctrinal solamente pueden ser poseídos los derechos reales (CASTÁN), mientras que otros autores prefieren atender más que a la naturaleza del derecho, a su proyección sobre las cosas, extendiéndose así la posesión a derechos como el arrendamiento, la renta vitalicia, el comodato y el depósito (ALBALA-DEJO, DÍEZ PICAZO, HERNÁNDEZ GIL).

El artículo 437 del Código Civil dispone que «sólo pueden ser objeto de posesión las cosas y derechos que sean susceptibles de apropiación». Atendiendo a la literalidad del precepto, podría extenderse excesivamente el concepto de posesión, que abarcaría todas las cosas y los derechos que están en el comercio de los hombres, pero como queda expresado más arriba, la doctrina considera que debe limitarse, o bien a los derechos reales o bien a aquéllos que, aun no siendo propiamente derechos reales, sí tienen una proyección sobre las cosas.

En este sentido, el derecho a la preservación de la fiscalización ajena a que nos venimos refiriendo, aunque relacionado con la intimidad personal y familiar, no participa de los caracteres de irrenunciabilidad, inalienabilidad e imprescriptibilidad que la Ley Orgánica 1/1982 atribuye al derecho fundamental reconocido en el artículo 18.1 de la Constitución. El propio Código Civil, en su artículo 585 reconoce la posibilidad de que aquel derecho se pierda, por renuncia o por prescripción, constituyéndose así una auténtica servidumbre de vistas en favor de quien abrió huecos o construyó voladizos sin respetar las distancias mínimas legales. En efecto, tanto por convenio como por prescripción, puede perder el propietario de una finca su derecho a no soportar vistas del vecino, lo que demuestra que tal derecho está dentro del comercio de los hombres. Siendo así que, además, se proyecta sobre una cosa (sobre la propia finca) y que se trata de una facultad inherente al dominio, debe entenderse que estamos ante un derecho perfectamente subsumible en el artículo 437 del Código Civil.

III. CONCLUSION

De las anteriores consideraciones cabe concluir que el artículo 582, cuya redacción debería mejorarse, ni regula una auténtica servidumbre —lo que es mayoritariamente aceptado— ni regula exclusivamente una mera limitación del dominio. Antes al contrario, contribuye a delimitar o configurar el contenido del derecho de propiedad, mediante una limitación del mismo, pero también mediante una «extensión», en el sentido de que atribuye al propietario una facultad que trasciende los límites de su finca para afectar a los propietarios colindantes, a quienes se impone la «limitación» precisamente para salvaguardar esa facultad.

Facultad que, por ser susceptible de apropiación, de renuncia, de prescripción y de transmisión, así como por formar parte de un derecho real, es susceptible de posesión y, por ende, de protección interdictal.

Esta tesis se ve apoyada por la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de octubre de 1982, que, tras estimar «que la apertura de huecos no guarda la distancia legalmente establecida por el artículo 582, en la forma y modo

exigidos por el 583 del Código Civil, pues la distancia del borde exterior de las terrazas en voladizo o balcones a la línea divisoria de las propiedades, variable en los extremos, es de 0,74 y 0,60 metros [...] infracción que ha quedado plenamente probada en la instancia», asegura que tal infracción constituye «una clara inmisión (sic) prohibida en la propiedad ajena, que de permitirse por los Tribunales, se traduciría en la imposición de hecho de auténticas servidumbres para el titular de la finca afectada por ellas, pudiendo estas inmisiones ser eficazmente rechazadas mediante el ejercicio de la acción negatoria de servidumbre, como se hizo en el supuesto ahora contemplado, o en su caso, mediante los interdictos de retener o recobrar, de obra nueva y de obra ruinoso en la forma prevista en la Ley de Enjuiciamiento Civil».

RAMÓN GUTIÉRREZ DEL ALAMO GIL
Juez sustituto
Collado Villalba (Madrid)

ACTUALIDAD JURIDICA

I. Información legislativa

A) Derecho de la Unión Europea

1. *Informe de la Comisión sobre la Directiva relativa a las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores.*—La Comisión Europea envió al Parlamento y Consejo de Ministros de la Unión un informe sobre la aplicación de la Directiva 93/13 CE de 5 de abril de 1993, relativa a las cláusulas abusivas recogidas en los contratos concluidos con los consumidores. Todas las partes interesadas podrán transmitir sus observaciones sobre el particular.

2. *Aprobación de la Directiva sobre comercio electrónico.*—El Parlamento Europeo, en su sesión de 4 de mayo en Bruselas, ha aceptado la propuesta de Directiva relativa a ciertos aspectos legales del comercio electrónico en el mercado interior, por lo que esta Directiva se considera aprobada para la transposición a los ordenamientos jurídicos nacionales.

3. *Métodos alternativos para la resolución de conflictos en Derecho civil y mercantil.*—El artículo 65 del Tratado CE prevé que las medidas adoptadas por el Consejo de Ministros en el ámbito de la cooperación judicial deben tener como objetivo la mejora y simplificación del reconocimiento y ejecución de las decisiones dictadas en asuntos de Derecho civil y mercantil, incluyendo las decisiones de los órganos extrajudiciales. La Comisión Europea será invitada a presentar a lo largo del año 2001 un informe recapitulando la situación existente e iniciando una consulta para adoptar las medidas oportunas.

B) Legislación nacional

1. Real Decreto legislativo 1/2000, de 16 de junio. Se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

2. Real Decreto-ley 2/2000, de 23 de junio, por el que se modifica la Ley 19/1994, de 6 de julio, de modificación del Régimen Económico y Fiscal de Canarias.

3. Real Decreto-ley 3/2000, de 23 de junio, por el que se aprueban medidas fiscales urgentes de estímulo al ahorro familiar y a la pequeña y mediana empresa.

4. Real Decreto-ley 4/2000, de 23 de junio, de medidas urgentes de liberalización en el sector inmobiliario y de transportes.

5. Real Decreto-ley 6/2000, de medidas urgentes de intensificación de la competencia en mercados de bienes y servicios.

C) Normativa autonómica

Baleares.—Ley de 31 de mayo, de modificación de la Ley de 18 de junio de 1993, del Consejo Consultivo de las Islas Baleares.

Cataluña.—Decreto de 13 de junio de 2000, por el que se aprueba el Reglamento del Jurado de Expropiación de Cataluña.

Madrid.—Ley de 19 de junio, de rehabilitación de espacios urbanos degradados y de inmuebles que deban ser objeto de preservación.

La Rioja.—Ley de 19 de junio, de Desarrollo Rural.

Valencia.—Ley de 29 de mayo, de Mutualidades de Previsión Social.

II. Información de actividades

1. Jornadas sobre contratación electrónica y telemática

Organizadas por el Colegio de Registradores y la Universidad de Cantabria, se han celebrado estas Jornadas en Santander durante los días 5, 6 y 7 de julio, con el siguiente programa:

1.ª SESION: FIRMA ELECTRONICA

Módulo 1. El marco legal de la firma electrónica

- «Nuevas perspectivas de regulación europea sobre firma electrónica», por doña ANA DE PALACIO VALLELERSUNDI, Diputada del Parlamento Europeo.

Módulo 2. Firma electrónica, Registro Mercantil y Sociedades

- «Registro Mercantil, firma electrónica e internet: hacia un espacio registral europeo», por don LUIS FERNÁNDEZ DEL POZO, Registrador de la Propiedad y Mercantil.

- «Firma electrónica y sociedades mercantiles: las facultades de los representantes», por doña APOLONIA MARTÍNEZ NADAL, Profesora Titular de Derecho Mercantil de la Universidad de las Islas Baleares.

Módulo 3. Fiscalidad

- «Aspectos tributarios de la contratación electrónica y telemática», por doña ANA MUÑOZ MERINO, Catedrática de Derecho Financiero y Tributario de la Universidad de Cantabria.

2.ª SESION: CONTRATACION ELECTRONICA

Módulo 4. Régimen jurídico

- «Aspectos jurídicos más relevantes de la Directiva y del Proyecto de Ley de contratación electrónica», por don JUAN MARÍA DÍAZ FRAILE, Letrado de la Dirección General de Registros y del Notariado.
- «Nombres de dominio: Régimen jurídico», por don LORENZO PRATS ALVENTOSA, Profesor Titular de Derecho Civil de la Universidad de Valencia.

Módulo 5. Derecho de la contratación

- «La contratación electrónica en el marco de la dogmática contractual», por don VICENTE L. MONTÉS PENADÉS, Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Valencia.
- «Condiciones generales y contratación electrónica», por don FRANCISCO JAVIER ORDUÑA MORENO, Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Cantabria.

Módulo 6. Derecho de consumidores y contratación electrónica

- «Contratación electrónica y protección del consumidor», por don MARIO CLEMENTE MEORO, Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Valencia.
- *Mesa redonda sobre el tema:* «Límites, seguridad y protección en la contratación electrónica». Moderador: don AGUSTÍN MADRID PARRA.

2. Curso de especialización en Derecho Inmobiliario Registral

Se ha impartido por el Colegio de Registradores en colaboración con la Universidad de Valencia en el pasado mes de junio, con el siguiente programa:

MARTES 6 DE JUNIO DE 2000

Ponencia en el Centro de Estudios Registrales.

TEMA: *El procedimiento registral: el principio de prioridad. Asiento de presentación: su regulación y duración.*

El llamado principio de prioridad: Su fundamento en las adquisiciones de los derechos reales. La prioridad en el orden registral. El artículo 17 de la LH. El rango hipotecario.

Ponentes: Don ENRIQUE GARCÍA GARCÍA (Registrador de la Propiedad).
Doctor don MARIO CLEMENTE (Catedrático de Derecho Civil).

MIÉRCOLES 7 DE JUNIO DE 2000

Ponencia en el Centro de Estudios Registrales.

TEMA: *El principio de legalidad: La calificación registral. Ambito de la facultad calificadora del Registrador, medio y plazos. Defectos subsanables e insubsanables. El recurso gubernativo.*

El título inscribible.

La inscripción: Concepto y naturaleza. Inscripción y asiento. Clases de inscripción. La relación entre inscripción y tradición.

Ponentes: Don JOSÉ LOSADA MORELL (Registrador de la Propiedad).

Doctora doña ESPERANZA FERRANDO (Profesora de Derecho Civil de la Universidad Cardenal Herrera).

JUEVES 8 DE JUNIO DE 2000

Seminario en el Departamento de Derecho Civil.

TEMA: *Aplicación del Derecho extranjero en el Derecho alemán.*

MARTES 13 DE JUNIO DE 2000

Ponencia en la Facultad de Derecho (Aula P17).

TEMA: *Principio de tracto sucesivo. El titular registral. Derechos que acceden al Registro de la Propiedad.*

Ponentes: Don VICENTE DOMÍNGUEZ CALATAYUD (Registrador de la Propiedad y Decano Autonómico de los Registradores de la Propiedad en la Comunidad Valenciana).

Don LORENZO PRATS ALBENTOSA (Profesor Titular de Derecho Civil).

MIÉRCOLES 14 DE JUNIO DE 2000

Ponencia en el Centro de Estudios Hipotecarios.

TEMA: La finca en el Registro de la Propiedad. Sus modificaciones y su acceso al Registro. La inmatriculación: concepto, medios de inmatriculación, efectos.

Ponentes: Doña CRISTINA CARBONELL (Registradora de la Propiedad).

Doña MERCEDES TORMO (Registradora de la Propiedad).

JUEVES 15 DE JUNIO DE 2000

Curso de doctorado en el Departamento de Derecho Civil.

TEMA: Régimen económico-matrimonial y Registro de la Propiedad.

Ponente: Don JUAN MANUEL LLOPIS GINER (Registrador de la Propiedad).

MARTES 20 DE JUNIO DE 2000

Ponencia en la Facultad de Derecho (Aula P17).

TEMA: Coordinación Catastro-Registro: Antecedentes y situación actual de la cuestión.

Ponentes: Don ADRIÁN JAREÑO (Registrador de la Propiedad).

Don MANUEL UÑA (Registrador de la Propiedad).

MIÉRCOLES 21 DE JUNIO DE 2000

Ponencia en el Centro de Estudios Registrales.

TEMA: Otros asientos registrales: La anotación preventiva, concepto, clases y efectos. La cancelación: su concepto, significado y efectos. La nota marginal: concepto, clases y efectos.

Ponentes: Don JUAN CARLOS RAMÓN CHORNET (Registrador de la Propiedad).

Don CARLOS CARROMOLINO GÓMEZ (Profesor de Derecho Civil de la Universidad Cardenal Herrera).

MARTES 27 DE JUNIO DE 2000

Ponencia en el Centro de Estudios Hipotecarios.

TEMA: *Mercantil: concepto y eficacia del Registro Mercantil.*

Ponentes: Don CARLOS ORTOS CALABUIG (Registrador Mercantil).

Don RODOLFO BADA (Registrador Mercantil).

TEMA: *Publicidad registral. Publicidad material:* La legitimación registral. Sus consecuencias: Sustantivas y procesales. La fe pública registral: su ámbito en nuestro sistema. La noción de tercero en nuestro sistema hipotecario. III.3.4. Requisitos que ha de tener el tercero para que goce de la fe pública registral. La publicidad formal.

Ponentes: Don VICENTE DOMÍNGUEZ CALATAYUD (Registrador de la Propiedad).

Don MANUEL GOMIS (Registrador de la Propiedad y Director del Centro de Estudios Hipotecarios de la Comunidad Valenciana).

3. Cursos de verano de la Universidad Complutense

La participación del Colegio de Registradores de la Propiedad en estos cursos, que han tenido lugar en El Escorial en los días 25, 26 y 27 de julio, se han desarrollado con arreglo al siguiente programa:

- «La salvaguardia judicial de los asientos: fundamento y alcance», por don IÑIGO COELLO DE PORTUGAL, Letrado del Consejo de Estado.
- «El Registro de la Propiedad en el sistema procesal de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», por don VALENTÍN CORTÉS DOMÍNGUEZ, Catedrático de Derecho Procesal.
- Mesa redonda: «El Registro en el sistema de seguridad jurídica», por don IÑIGO COELLO DE PORTUGAL, don VALENTÍN CORTÉS DOMÍNGUEZ, don VÍCTOR MORENO CATENA, y don ANTONIO PAU, Decano-Presidente del Colegio de Registradores de España.
- «Acciones reales derivadas del derecho inscrito: artículo 41 de la Ley Hipotecaria», por don VÍCTOR MORENO CATENA, Catedrático de Derecho Procesal.
- «El ejercicio de la hipoteca por vía judicial», por don CARLOS LASARTE ALVAREZ, Catedrático de Derecho Civil.
- Mesa redonda: «Efectividad de los derechos reales inscritos», por don VÍCTOR MORENO CATENA, don CARLOS LASARTE ALVAREZ, don FERNANDO CURIEL LORENTE, don MANUEL AMORÓS GUARDIOLA, Director del Seminario de Derecho Registral Jerónimo González.
- «La ejecución sobre inmuebles y los terceros titulares de derechos inscritos o anotados», por don JAIME VEGAS TORRE, Profesor Titular de Derecho Procesal.

- «El registro de bienes muebles», por don JAVIER GÓMEZ GÁLIGO, Letrado adscrito a la Dirección General de los Registros y del Notariado.

4. Cursos de la Universidad Internacional Menéndez Pelayo

Entre los diversos cursos de verano de esta Universidad, se han desarrollado los siguientes con temas jurídicos:

- «1979-1999: veinte años de Derecho Administrativo postconstitucional», por don LUIS MARTÍN REBOLLO.
- «La seguridad jurídica en las transacciones electrónicas». Director: JOSÉ LUIS PERALES SANZ.
- «La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil». Directores: JOSÉ LUIS GONZÁLEZ MONTES y JOSÉ JAVIER ABAD-PÉREZ.

JURISPRUDENCIA

I. Sentencias del Tribunal Constitucional

POR FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

Sentencia de 27 de septiembre de 1999.—RETRACTO DE COMUNEROS.—No se puede pedir amparo por indefensión cuando no se han agotado todos los recursos anteriores como el de casación.—Sala 2.^a—Ponente: Sr. González Campos.

Hechos.—a) A instancia de doña Catalina Mari Bisquerra se siguió en el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Palma de Mallorca, juicio sobre retracto de comuneros contra don Melchor García Cabrer, en el que recayó sentencia de 28 de junio de 1994, por la que se declaró el derecho de la demandante a retraer la mitad indivisa de un terreno sito en una urbanización de Llucmajor, previa la consignación procedente.

b) Interpuesto recurso de apelación por la representación de don Melchor García Cabrer, por providencia de 23 de septiembre de 1994, el Juzgado acordó la remisión de las actuaciones a la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, con emplazamiento de las partes para comparecer ante la misma en plazo de diez días. Esta resolución fue notificada el 27 de septiembre de 1994 a la representación de la demandante de amparo, que compareció el día 30 del mismo mes ante la referida Audiencia Provincial para que se le tuviera como parte apelada. El escrito de personación en dicho recurso fue presentado en la Oficina de Reparto y Notificaciones del Tribunal Superior de Justicia de Baleares y registrado bajo el número 10.914.

c) Sin que se le diera traslado de ninguna actuación judicial posterior a la fecha últimamente indicada, la demandante de amparo conoció por el «Boletín Oficial de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears», de 26 de marzo de 1996, que, tramitada la apelación sin su comparecencia, la Sección Tercera de la Audiencia Provincial había dictado sentencia el 26 de febrero de ese año, por la que se estimó la apelación y se revocó la sentencia de instancia, con desestimación de la demanda de retracto e imposición a la actora de las costas de la primera instancia.

En la demanda de amparo se alega escuetamente que la ausencia de notificación a la representación procesal de la señora Mari Bisquerra de las actuaciones judiciales posteriores al escrito de personación en el recurso de apelación ha conducido a una vulneración por la sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca de los derechos constitucionales de la recurrente a la igualdad y a la tutela judicial efectiva sin indefensión (arts. 14 y 24.1 CE), citando en apoyo de estas quejas varias decisiones de este Tribunal.

Por providencia de 3 de junio de 1996, la Sección Tercera de este Tribunal, antes de resolver sobre la admisibilidad, acordó recabar de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca la remisión de certificación o copia verdadera de las actuaciones correspondientes al rollo de apelación número 1034/94 en el que recayó la sentencia impugnada en este proceso constitucional, así como que el Procurador señor Llorens Valderrama acreditase, en el plazo de diez días, la representación que decía ostentar de la recurrente en amparo.

Fallo.—El Tribunal Constitucional ha decidido no admitir el recurso de amparo interpuesto, basándose en los siguientes

Fundamentos jurídicos.—1. La queja de la recurrente en amparo está dirigida contra la sentencia dictada el 26 de febrero de 1996 por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca. Resolución judicial a la que imputa la vulneración de sus derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva y sin indefensión (art. 24.1 CE) y a la igualdad (art. 14 CE) dado que, pese a personarse en tiempo y forma en el rollo de apelación en el que recayó dicha resolución judicial, el órgano jurisdiccional no le tuvo por comparecida ni le notificó ninguna actuación posterior. Y esta omisión, imputable a dicho órgano, ha determinado, en definitiva, que la mencionada sentencia de la Audiencia Provincial fuera dictada *inaudita parte*.

El Ministerio Fiscal concurre en la solicitud de otorgamiento del amparo, si bien sólo por la vulneración del derecho fundamental reconocido y garantizado por el artículo 24.1 CE. Mientras que la representación de quien fuera demandado en el proceso *a quo* alega, en primer lugar, que no ha existido el previo agotamiento de los recursos judiciales, puesto que tenía abierta la vía del recurso de casación y, en segundo término y subsidiariamente, que se opone al otorgamiento del amparo por cuanto la indefensión que se dice producida sólo es imputable a la negligencia de la recurrente o de su representación en el proceso, dado que durante año y medio se desentendió de su curso y no se interesó ni por la apelación ni por su resultado.

2. Fijado así el objeto del recurso y expuestas en lo esencial las pretensiones de las partes, una precisión es necesaria, con carácter previo, para limitar el fundamento de la pretensión de la recurrente a la vulneración del artículo 24.1 CE pese a invocarse también expresamente una lesión del artículo 14 CE. A lo que necesariamente conduce la circunstancia de que la demanda de amparo, como ha señalado el Ministerio Fiscal, está huérfana de cualquier razonamiento que permita conocer cómo la omisión del órgano jurisdiccional que constituye la circunstancia que fundamenta una y otra queja, ha podido producir una lesión del derecho a la igualdad. Por lo que se ha incumplido, en cuanto a esta segunda queja, la exigencia establecida por el artículo 49.1 de nuestra Ley Orgánica.

3. Es procedente examinar a continuación la causa de inadmisibilidad que ha sido alegada por la representación procesal de don Melchor García Cabrer. Pues dicha representación considera, como se ha indicado antes, que la recurrente no ha agotado todos los recursos utilizables dentro de la vía judicial [art. 44.1.a) LOTC] al no haber interpuesto recurso de casación contra la sentencia dictada en apelación por la Audiencia Provincial, pese a tener abierta la posibilidad de formular dicho recurso.

De la extensa jurisprudencia de este Tribunal en relación con el mencionado precepto de nuestra Ley Orgánica ha de recordarse, de un lado, que la STC

196/1995, fundamento jurídico 1.º, ha declarado que «el recurso de amparo no es un medio ordinario de protección de los derechos fundamentales» y, en consecuencia, que no cabe acudir directamente a este Tribunal «sin que los órganos jurisdiccionales hayan tenido la oportunidad de reparar la lesión por los cauces que el ordenamiento jurídico ofrece, ya que en otro caso se producirían dos consecuencias no conformes con la Constitución: en primer lugar, la desnaturalización del recurso de amparo al perder su carácter subsidiario y pasar a la primera línea de defensa de los derechos fundamentales presuntamente vulnerados en el proceso (SSTC 185/1990, 204/1990, 82/1991, 162/1991, 71/1992 y 211/1992, entre otras muchas) y, en segundo lugar, y en correspondencia con lo anterior, una injustificada alteración de las funciones que respectivamente corresponden a los Tribunales ordinarios y a este Tribunal en materia de defensa de los derechos fundamentales con merma de la encomendada por la Constitución a los primeros».

De este modo, hemos de reiterar que la protección de los derechos y libertades a los que se refiere el artículo 53.2 CE sólo puede ser demandada en esta sede constitucional cuando las vías legalmente previstas para impugnar una resolución judicial fueron utilizadas sin éxito y, por tanto, los órganos jurisdiccionales no repararon, pese a poder hacerlo, la lesión del derecho o libertad fundamental denunciada por el recurrente. Si bien ha de tenerse presente, de otra parte, que el deber de un previo agotamiento de la vía judicial que el artículo 44.1.a) LOTC impone a los demandantes de amparo cuando la violación del derecho o libertad fundamental tenga su origen inmediato y directo en un acto u omisión judicial, ni puede conducir al empleo de recursos manifiestamente improcedentes (SSTC 10/1998 y 201/1998, por todas) ni tampoco se identifica con la utilización formal de los recursos legalmente previstos (STC 196/1995). Pues sólo han de ser utilizados aquellos cuya procedencia se desprenda de modo claro y terminante del tenor de las previsiones legales y, además, que dada su naturaleza y finalidad sean adecuados para reparar la lesión presuntamente sufrida (SSTC 364/1993, 377/1993, 27/1994, 140/1994, 56/1995 y 84/1999, entre otras muchas). Doctrina que es aplicable en supuestos como el presente al recurso de casación, según pone de relieve una amplia jurisprudencia de este Tribunal que, por su reiteración, excusa su cita.

4. A la luz de la doctrina antes expuesta, hemos de determinar, pues, si en el presente caso se ha cumplido o no el presupuesto inexcusable que el artículo 44.1.a) LOTC requiere para que pueda solicitarse amparo de este Tribunal por la omisión del órgano jurisdiccional en la que se basa la queja de la demandante.

A) A este fin es oportuno, en primer lugar, recordar ciertas circunstancias del presente caso. Entre ellas, que la sentencia dictada por la Audiencia Provincial el 26 de febrero de 1996, resolviendo el recurso de apelación, fue notificada en estrados el 7 de marzo siguiente, «por no haberse solicitado su notificación personal a los litigantes declarados en rebeldía». Si bien en esta última fecha también se acordó librar testimonio del encabezamiento y parte dispositiva de dicha sentencia para su publicación en el «Boletín Oficial de la Comunidad de las Illes Balears». Lo que se llevó a cabo en el número del 26 de marzo con la indicación «para que sirva de notificación en forma a la actora apelada no comparecida en esta alzada». Y cabe señalar, de otra parte, que si bien la representación de la recurrente en amparo afirmó en su escrito de 9 de abril de 1996 que «en el día de hoy» había tenido conocimiento de

dicha resolución por su lectura en el citado «Boletín Oficial», sin embargo se limitó a dejar constancia de los preceptos constitucionales que a su juicio se estimaban vulnerados por la mencionada sentencia y a solicitar certificación del registro de entrada, el 30 de septiembre de 1994, del escrito de personación en la apelación a los fines de interponer recurso de amparo ante este Tribunal. De lo que claramente resulta que la recurrente, tras conocer la sentencia dictada por la Audiencia Provincial, no procedió a la preparación del recurso de casación, acudiendo directamente al amparo de este Tribunal, pese a encontrarse en plazo para efectuarlo.

B) En segundo término, del tenor de los artículos 1.687 a 1.693 LEC se desprende sin gran esfuerzo que debió intentar el recurso de casación en este caso, al tratarse de sentencia recaída en la apelación de juicio de retracto, revocatoria de la dictada en primera instancia y, además, en un juicio cuya cuantía litigiosa, como ha alegado la parte comparecida en este proceso constitucional, excedía de la prevista en el artículo 1.687.1, apartado c) LEC. A lo que se agrega, por último, que dicho recurso era una vía impugnatoria adecuada en atención a la lesión del derecho fundamental presuntamente sufrida por la recurrente en amparo, como resulta claramente del tenor del motivo 3.º del artículo 1.692 tras la redacción del mismo por la Ley 10/1992, de 30 de abril y, además, de lo previsto con carácter general en el artículo 5.4 LOPJ. De suerte que la recurrente pudo impugnar por esta vía no sólo la indefensión que dice haber sufrido sino, también, lo resuelto en cuanto al fondo del litigio por la Audiencia Provincial.

5. Ha de llegarse, pues, a la conclusión de que en el presente caso se ha incumplido el presupuesto que el artículo 44.1.a) de nuestra Ley Orgánica exige para que este Tribunal pueda conocer del recurso de amparo. Lo que necesariamente ha de conducir, en definitiva, a su inadmisión en este trámite, sin que proceda por tanto hacer pronunciamiento alguno en cuanto al fondo de la pretensión de la actora.

II. Resoluciones de la Dirección General

A) RESOLUCIONES PUBLICADAS EN EL *BOE*

POR JACINTO DE CASTRO GARCÍA

Registro de la Propiedad

Resolución de 26 de abril de 2000.

Registro de la Propiedad de Calpe

(*BOE de 9 de junio de 2000*)

GANANCIALES. PROCEDIMIENTO PENAL SOLO CONTRA CONYUGE ADQUIRENTE.

La inscripción practicada como resultado de una subasta judicial, en el curso de un procedimiento de ejecución individual, puede cancelarse cuando aquel procedimiento es declarado nulo en proceso penal seguido sólo contra el cónyuge que intervino en la adquisición anulada.

Resolución de 17 de abril de 2000.

Registro de la Propiedad de Pravia

(*BOE de 10 de junio de 2000*)

HIPOTECA. INTERESES. LIMITE ARTICULO 114 LH.

Nuevamente se plantea en esta resolución el problema de la determinación del tope de los intereses ordinarios y moratorios. La Dirección confirma, una vez más, su criterio ya fallado en las Resoluciones de 14 y 17 de marzo de 2000.

Resolución de 18 de abril de 2000.

Registro de la Propiedad de Jerez de la Frontera

(*BOE de 10 de junio de 2000*)

HERENCIA. PRETERICION.

En un testamento ológrafo se instituye heredero a un hijo y se alude a otro hijo habido durante anterior matrimonio del testador, para impugnar el reco-

nocimiento de este segundo hijo. En las operaciones particionales sólo interviene el hijo instituido heredero, siendo preciso acreditar el éxito de la acción de impugnación de la filiación mencionada en el testamento.

Resolución de 19 de abril de 2000.
Registro de la Propiedad n.º 2 de Zaragoza
(BOE de 10 de junio de 2000)

ANOTACION DE DEMANDA.

La anotación preventiva de demanda, como se expresa en el número 1 del artículo 42 LH, se refiere a los litigios en los que se ejercita una acción real relativa al dominio y demás derechos reales, pero no puede extenderse su aplicación a supuestos que muy indirectamente puedan afectar a dichos derechos, pero que directamente se refieren a cualidades personales como la de socio de una SA.

Resoluciones de 28, 29 de abril y 17 de mayo de 2000.
Registro de la Propiedad de Pravia
(BOE de 13 y 30 de junio de 2000)

HIPOTECA. INTERESES. LIMITE ARTICULO 114 LH.

Se plantea de nuevo la cuestión de la extensión de los intereses, resuelta en Resoluciones de 18 de diciembre de 1999, 14 y 17 de marzo y 17 de abril de 2000.

Resolución de 3 de mayo de 2000.
Registro de la Propiedad n.º 17 de Madrid
(BOE de 13 de junio de 2000)

HIPOTECA SOBRE VARIAS FINCAS. SOBRE HIPOTECA POSTERIOR. SU POSIBILIDAD SIN APLICARSE ARTICULO 119 LH.

El sistema hipotecario español tiene como uno de sus rasgos más característicos el negar la posibilidad de la hipoteca solidaria. Así nuestra LH, en su artículo 119 lo consagra cuando se hipotecan varias fincas en garantía de un solo crédito. En el presente recurso se extiende este principio en el caso de que, constituida una hipoteca sobre varias fincas cumpliéndose el artículo 119 LH, posteriormente se hipoteque otra finca más en garantía del mismo crédito. Es decir, la posible «sobrehipoteca».

Resolución de 8 de mayo de 2000.
Registro de la Propiedad n.º 2 de Madrid
(BOE de 13 de junio de 2000)

CAPITULACIONES MATRIMONIALES. CAMBIO DE REGIMEN ECONOMICO.

La aportación de bienes que ambos cónyuges realizan al patrimonio común con ocasión del cambio de régimen (de separación de bienes a gananciales) es inscribible sin necesidad de que se exprese otra causa que el propio cambio de régimen.

Resolución de 18 de mayo de 2000.
Registro de la Propiedad de Pravia
(BOE de 28 de junio de 2000)

HIPOTECA. INTERESES. LIMITE ARTICULO 114 LH.

De nuevo se plantea la cuestión de si la suma de los intereses pactados (remuneratorios) y los moratorios puede o no exceder del tope máximo del artículo 114 LH, reiterándose la doctrina de anteriores Resoluciones.

Resolución de 22 de abril de 2000.
Registro de la Propiedad n.º 10 de Madrid
(BOE de 23 de junio de 2000)

SRL EN FORMACION. ADQUISICION E INSCRIPCION DE BIENES DURANTE EL PROCESO DE FORMACION DE LA SRL.

La constitución de una sociedad mercantil, en este caso una SRL, puede extenderse en el tiempo en fases que provocan situaciones jurídicas complejas que afectan fundamentalmente a la personalidad jurídica de ese nuevo sujeto de Derecho, la falta de inscripción en el Registro Mercantil sólo debe impedir la inscripción de la adquisición a favor de la nueva sociedad, pero no debe impedir la inscripción provisionalmente a favor de los socios constituyentes.

Resolución de 24 de abril de 2000.
Registro de la Propiedad de Castro Urdiales
(BOE de 23 de junio de 2000)

INMATRICULACION. DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

La inmatriculación de fincas, cuando al Registrador se le ofrecen dudas fundadas sobre la identidad de la finca que se pretende inmatricular, lleva inevitablemente a la suspensión de la inmatriculación, se trata de una cuestión de hecho que no puede decidirse en el recurso gubernativo, sino por resolución del Juez de la instancia competente.

Resolución de 27 de abril de 2000.
Registro de la Propiedad de Alcalá de Guadaira
(BOE de 23 de junio de 2000)

ANOTACION DE EMBARGO. DE FINCA DIVIDIDA HORIZONTALMENTE.

En el presente caso se pretende el embargo de una porción indivisa de una finca que ha sido dividida horizontalmente en cuatro nuevas fincas. Cabe anotar el embargo sobre la finca adjudicada en la división al condómino contra el que se sigue el procedimiento.

Resolución de 4 de mayo de 2000.
Registro de la Propiedad n.º 1 de Soria
(BOE de 23 de junio de 2000)

GANANCIALES. NULIDAD DE COMPRAVENTA DECRETADA EN PROCESO PENAL: EXIGE LA CITACION DE LA ESPOSA DEL CONDENADO.

La declaración de nulidad de una compraventa voluntaria dictada en un proceso penal por alzamiento de bienes y de la inscripción practicada a favor del adquirente con carácter presuntivamente ganancial, requiere para inscribirse que la esposa del condenado haya sido parte en el procedimiento para poder ser efectivo el principio de tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución Española, no bastando la comunicación *a posteriori* de la resolución judicial.

Resolución de 6 de mayo de 2000.
Registro de la Propiedad n.º 1 de El Escorial
(BOE de 23 de junio de 2000)

CANCELACION. ANOTACION PREVENTIVA PRORROGADA.

La cancelación de la anotación preventiva sólo se puede verificar por virtud de documento en el que conste la extinción del derecho anotado y del asiento que a la misma se refiere. El mero transcurso del plazo de vigencia no extingue la anotación prorrogada hasta que no recaiga resolución firme en el procedimiento en el que la anotación y su prórroga hubiesen sido decretadas.

Resolución de 9 de mayo de 2000.
Registro de la Propiedad de Laguardia
(BOE de 23 de junio de 2000)

URBANISMO. REPARCELACION. INSCRIPCION DE RESTO DE FINCA APORTADA AL EXPEDIENTE.

La complejidad que todo proceso de reparcelación urbanística implica, se agrava en este supuesto en el que se está operando con datos referidos a fincas aportadas al expediente y las mismas, objeto de una partición hereditaria que no se tuvo en cuenta en aquel expediente. El resultado es la imposibilidad de inscribir restos de finca cuyo historial quedó cerrado al aportarse al proceso de reparcelación.

Resolución de 20 de mayo de 2000.
Registro de la Propiedad de Pravia
(BOE de 23 de junio de 2000)

HIPOTECA. PACTOS ADMITIDOS Y PACTOS RECHAZADOS.

Cancelación anticipada. Primas del seguro. Vencimiento anticipado por deterioro. Intereses.

Resolución de 26 de mayo de 2000.
Registro de la Propiedad de Majadahonda
(BOE de 30 de junio de 2000)

CANCELACION DE CARGAS. ANOTACION DE EMBARGO CADUCADA.

La inexistencia de anotación de embargo, en este caso por haberse cancelado por caducidad, no es obstáculo para la inscripción de la adjudicación aprobada en el procedimiento correspondiente, como tampoco lo es la discrepancia entre las cantidades que se dicen aseguradas por la anotación y las que constan en ésta, por estar ya caducada.

Registro Mercantil

Resolución de 18 de abril de 2000.
Registro Mercantil n.º IV de Valencia
(BOE de 9 de junio de 2000)

TRANSMISION. MORTIS CAUSA. DE PARTICIPACIONES SOCIALES.

La Ley de SRL, en su artículo 32.2 recoge el principio fundamental del derecho sucesorio español que se contiene en los artículos 657 y 661 del Código Civil.

Resolución de 13 de abril de 2000.
Registro Mercantil n.º XIII de Madrid
(BOE de 10 de junio de 2000)

DISOLUCION. INEXISTENCIA DE ELEMENTOS PATRIMONIALES.

El acuerdo de disolución de una SRL, con el nombramiento de un liquidador único, facultado para la solicitud de la quiebra voluntaria, no existiendo pluralidad de acreedores, y por otra parte no existiendo, según el balance final, ningún elemento patrimonial en el activo, no puede llevar al absurdo de no poder cancelarse la hoja de dicha sociedad. La cancelación de asientos no implica la extinción de la personalidad jurídica, ni tal extinción puede anticiparse al agotamiento de todas las relaciones jurídicas pendientes de la sociedad.

Resolución de 15 de abril de 2000.
Registro Mercantil XIV de Madrid
(BOE de 10 de junio de 2000)

ADMINISTRADORES. RETRIBUCION.

La retribución de los administradores es una de las cuestiones que pueden resultar más conflictivas en la SRL, por lo que, partiendo del principio de que, a falta de regulación estatutaria, la administración será gratuita, se exige en el artículo 66-1 LSRL fijar quién (qué órgano de la Sociedad) ha de fijar la retribución y la forma de señalar la retribución.

Resolución de 17 de abril de 2000.
Registro Mercantil XIV de Madrid
(BOE de 10 de junio de 2000)

REDUCCION DE CAPITAL. POR PERDIDAS.

La reducción de capital de una SRL para restablecer el equilibrio entre el capital y el patrimonio contable disminuido por pérdidas, plantea el problema de cuál sea el momento en que en el balance de la sociedad aparecen tales pérdidas.

Resolución de 19 de abril de 2000.
Registro Mercantil n.º XIII de Barcelona
(BOE de 10 de junio de 2000)

PODER. ENUMERACION DE FACULTADES.

La enumeración de las facultades que se confieren al apoderado por el administrador único de la sociedad, puede hacer referencia a las facultades de los administradores que se contienen en los estatutos, pero es necesario que tal enumeración se contenga en el texto de la escritura de apoderamiento y no como simple referencia a los estatutos sociales.

Resolución de 29 de abril de 2000.
Registro Mercantil n.º 1 de Vizcaya
(BOE de 13 de junio de 2000)

JUNTA GENERAL. CONVOCATORIA POR AUTORIDAD JUDICIAL.

Los requisitos para convocatoria, celebración y toma de acuerdos de una Junta extraordinaria, los determinan con detalle los artículos 45.5, 46.1.2 y 49 de la LSRL.

Resolución de 26 de abril de 2000.
Registro Mercantil n.º III de Madrid
(BOE de 13 de junio de 2000)

CIERRE REGISTRAL. DIMISION DE ADMINISTRADORES.

La nota prevista en el artículo 96 del RRM impide practicar la inscripción de cese de administrador.

Resolución de 22 de abril de 2000.
Registro Mercantil n.º V de Murcia
(BOE de 13 de junio de 2000)

JUNTA GENERAL. REQUISITOS DE CONVOCATORIA.

La Ley de SRL, en sus artículos 46 y 68, y en los 97.2.º y 112.2 del RRM establecen los requisitos para la convocatoria, toma de acuerdos y certificación de la celebración de la Junta, que en el presente caso no se cumplen.

Resolución de 24 de abril de 2000.
Registro Mercantil n.º II de Valencia
(BOE de 13 de junio de 2000)

RECURSO. SU INADMISION POR NO APORTARSE DOCUMENTOS ORIGINALES O DEBIDAMENTE TESTIMONIADOS.

En todo recurso contra la calificación registral se exige que ha de ostentarse notoriamente o acreditarse en forma auténtica la representación legal o voluntaria de los interesados en el asiento que se solicita.

Resolución de 25 de abril de 2000.
Registro Mercantil n.º 4 de Valencia
(BOE de 21 de junio de 2000)

DENOMINACION SOCIAL.

El cambio de la denominación social tiene que cumplir el principio fundamental de que la nueva denominación no coincida con la denominación ya preexistente en el Registro Central y en el Mercantil correspondiente, aunque aquel cambio se base en el legítimo derecho a un rótulo o marca comercial.

Resolución de 28 de abril de 2000.
Registro Mercantil n.º XIII de Barcelona
(BOE de 17 de junio de 2000)

CALIFICACION. DOCUMENTOS PRESENTADOS CON POSTERIORIDAD.

Sólo pueden tomarse en consideración, al calificar un documento, otros distintos si han sido debidamente presentados, lo que no ocurre en el caso del recurso en el que el documento posterior no debió ser presentado por no ser susceptible de causar asiento alguno.

Resolución de 17 de mayo de 2000.
Registro Mercantil n.º 11 de Madrid
(BOE de 23 de junio de 2000)

ADAPTACION. CIERRE DE SU HOJA.

Los problemas de la adaptación de las SA a la nueva Ley de SA, en su relación con la baja provisional en el índice de entidades del Ministerio de Hacienda, surgen en este caso con gran vigor provocando la extinción de la SA por el incumplimiento de los plazos para acreditar el cumplimiento de los requisitos de aquella adaptación.

Resolución de 19 de mayo de 2000.
Registro Mercantil n.º IX de Barcelona
(BOE de 23 de junio de 2000)

AUDITOR. NOMBRAMIENTO.

El nombramiento de Auditor tiene que estar incluido en el orden del día de la Junta, salvo en Junta Universal.

Resolución de 1 de junio de 2000.
Registro Mercantil n.º XI de Madrid
(BOE de 30 de junio de 2000)

JUNTA GENERAL. CONVOCATORIA. COMPUTO DEL PLAZO.

El día de la publicación de la convocatoria debe incluirse en el cómputo del plazo de quince días que debe transcurrir hasta la celebración de la Junta.

Registro Mercantil Central

Resolución de 14 de abril de 2000.
Registro Mercantil Central de Madrid
(BOE de 10 de junio de 2000)

RECURSO GUBERNATIVO. CERTIFICACIONES YA EXPEDIDAS. IDENTIDAD DE DENOMINACION.

El acierto o error del Registrador Mercantil, al valorar la identidad de una denominación, no puede ser discutido por el cauce del recurso cuando la calificación ha sido positiva y se ha aceptado la nueva denominación.

Resolución de 10 de mayo de 2000.
Registro Mercantil Central
(BOE de 23 de junio de 2000)

RECURSO GUBERNATIVO. CERTIFICACIONES YA EXPEDIDAS. IDENTIDAD DE DENOMINACION.

Doctrina idéntica a la de la Resolución de 14 de abril de 2000.

Registro de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento

Resolución de 14 de abril de 2000.

Registro de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento de Pravia
(BOE de 9 de junio de 2000)

ANOTACION DE EMBARGO. SUSPENSION DE PAGOS.

No es obstáculo a la práctica de la anotación preventiva de embargo de bienes muebles en un procedimiento de apremio la declaración de suspensión de pagos del ejecutado, ya que los procedimientos concursal y el de apremio no son incompatibles y tienen distinta finalidad.

Resolución de 5 de mayo de 2000.

Registro de la Propiedad de Hipoteca Mobiliaria de Alcalá de Henares
(BOE de 13 de junio de 2000)

HIPOTECA. EXTENSION OBJETIVA. POSIBILIDAD DE HIPOTECA MOBILIARIA FRENTE AL PACTO. ARTICULO 111 LH.

La extensión objetiva de la hipoteca que regulan los artículos 110, 111 y 112 LH, juntamente con lo dispuesto en los artículos 2, 73 y 75.3.º de la Ley de Hipoteca Mobiliaria, impide la constitución de hipoteca mobiliaria sobre bienes muebles que en virtud de pacto están ya hipotecados con el inmueble en el que estén instalados o colocados.

B) RESOLUCIONES COMENTADAS

POR FERNANDO DE LA PUENTE Y ALFARO
y JOAQUÍN MARÍA LARRONDO LIZÁRRAGA

HIPOTECA. MODIFICACION DE INTERES VARIABLE A FIJO. FIJACION DE LA RESPONSABILIDAD.—AL PASAR DE INTERES VARIABLE A FIJO ES PRECISO SEÑALAR CLARAMENTE LA NUEVA RESPONSABILIDAD HIPOTECARIA DE LAS FINCAS, SIN QUE PUEDA QUEDAR DEFINIDA POR REFERENCIA A UN TIPO DE INTERES DISTINTO DEL ESTIPULADO (RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 5 DE NOVIEMBRE DE 1999. BOE DE 1 DE DICIEMBRE DE 1999).

RESOLUCION de 5 de noviembre de 1999, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por «Banco Guipuzcoano, Sociedad Anónima» contra la negativa de la Registradora de la

Propiedad de Alicante, número 2, doña María Pilar Planas Roca, a inscribir una escritura de cancelación parcial de hipoteca, novación, modificación y superposición de garantía, en virtud de apelación del recurrente.

En el recurso gubernativo interpuesto por la Procuradora de los Tribunales, doña Ana María Arias Nieto y en nombre del «Banco Guipuzcoano, Sociedad Anónima» contra la negativa de la Registradora de la Propiedad de Alicante, número 2, doña María Pilar Planas Roca, a inscribir una escritura de cancelación parcial de hipoteca, novación, modificación y superposición de garantía, en virtud de apelación del recurrente.

Hechos.—I. El 22 de marzo de 1992, mediante escritura pública autorizada por el Notario de Alicante, don Julio Sáinz Rodríguez, el «Banco Guipuzcoano, Sociedad Anónima» concedió a «Edificio Maristas, Sociedad Anónima», un crédito de determinada cantidad a un interés inicial del 15 por 100, variable posteriormente en base al tipo Mibor y reembolsable en un plazo de ciento veinte meses, mediante unas cuotas mensuales acumulativas del pago conjunto del principal e intereses, siendo la última del 22 de octubre de 2002, pactándose la garantía hipotecaria de diversas fincas de la prestataria. Dicha escritura fue objeto de tres subsanaciones (en escrituras de 7 de julio de 1992, 28 de febrero de 1994 y 2 de mayo de 1995) mediante las cuales quedaron definitivamente establecidas las responsabilidades garantizadas por cada finca y sus precios de tasación a efectos de subasta. De las citadas escrituras se desprende que se constituye hipoteca en garantía de un préstamo a interés variable y definiéndose la cobertura hipotecaria de sus intereses remuneratorios en los correspondientes tres años, al tipo máximo del 19 por 100.

El 1 de diciembre de 1995, ante el Notario de Alicante, don Ramón Alarcón Cánovas, se otorgó escritura de cancelación parcial de hipoteca, novación, modificación y superposición de garantía, que tiene por objeto otorgar carta de pago parcial de créditos anteriores y de cancelación parcial de hipoteca sobre una de las fincas, superponer diversas garantías personales por el resto pendiente de la operación impagada y novar modificativamente dicha parte pendiente del crédito en los siguientes términos: prorrogar el vencimiento final de la operación y establecer unas nuevas cuotas de pago acumulado de principal e intereses con dos años de carencia a partir de la fecha de otorgamiento; cambiar a semestres naturales los iniciales vencimientos anuales para el cálculo de los intereses devengados; sustituir el sistema de interés variable pactado en la operación por un sistema de interés fijo remuneratorio del 10 por 100 anual, y, por último, dar carácter expreso de bonificación al interés fijo, del 10 por 100, por ser inferior al máximo interés variable pactado hasta entonces para la operación (19 por 100) y acordándose no modificar los límites de la responsabilidad hipotecaria pactada para cada finca por concepto de interés.

II. Presentada copia de la anterior escritura en el Registro de la Propiedad de Alicante, número 2, fue calificada con la siguiente nota: «Inscrito el precedente documento en unión de escritura de subsanación del mismo otorgada en Alicante el 17 de enero de 1996, ante su Notario don Ramón Alarcón Cánovas, en el tomo 1.742 del archivo, libro 712 de Alicante, Sección 2.ª, folio 210, finca número 43.660, inscripción 9.ª, de cancelación de hipoteca, único practicado; no habiéndose practicado operación alguna por lo que respecta a la modificación de hipoteca de las restantes fincas que comprende el docu-

mento por no constar en el mismo la nueva fijación de responsabilidad hipotecaria de tales fincas, al pasar el interés variable de la hipoteca a un interés fijo. Alicante, 29 de febrero de 1996. La Registradora. Firma ilegible».

III. La Procuradora de los Tribunales, doña Ana María Arias Nieto, en representación del «Banco Guipuzcoano, Sociedad Anónima», interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación, y alegó: 1.º Que la denegación del señor Registrador a la inscripción de la novación modificativa, aparte de ser absolutamente excesiva es totalmente disconforme a derecho, por no corresponder a una aplicación ecuaníme y proporcionada de los principios jurídicos registrales, aplicables para resolver la cuestión. Que se considera que al indicarse claramente en el otorgamiento que la novación del tipo de interés se hace... «sin modificación en ningún caso de los límites de responsabilidad que actualmente garantiza la presente hipoteca...» y vincularse dicho otorgamiento al motivo de establecerse este nuevo interés fijo del 10 por 100 «...con carácter de bonificación al actual sistema de interés variable», el grado de especificación de la cláusula y el cumplimiento del principio de especialidad en la misma son notables. 2.º Que quizá sea impropia la imputación que se ha hecho al Registrador en el párrafo anterior, de apreciar tácitamente una falta de cumplimiento del principio de prioridad, y lo que éste atribuye más bien sea una infracción al principio de accesoriedad, por no responder coherentemente la responsabilidad hipotecaria por intereses a la nueva obligación acordada. Que parece que en opinión del Registrador, el otorgamiento novatorio debería contener también una nueva fijación de unas responsabilidades en pesetas coherentemente resultantes del cálculo de aplicar al importe de la deuda el nuevo tipo de interés pactado por el número de los años garantizados, a tenor de lo dispuesto en el artículo 114 de la Ley Hipotecaria. Que de ser ello cierto resultaría desproporcionado e incumpliría los criterios emanados de la Dirección General de los Registros y del Notariado (Resoluciones de 11 de enero de 1995 y 19 de enero, 11, 12 y 13 de marzo de 1996). Que si en un otorgamiento hipotecario formalizado *ex novo*, la Dirección General citada, a los efectos de la aplicación de los principios de especialidad y determinación, permite que se establezca la responsabilidad por intereses mediante la fijación de una cifra máxima y siempre que dicha cifra máxima no exceda de la resultante de aplicar al principal el tipo de interés pactado, durante el período máximo de cinco años, no será necesario que la cifra pactada en concreto deba responder coherentemente al resultado de aplicar al principal el tipo de interés pactado por el período de garantía pactado, por los mismos motivos, en el caso de un instrumento novatorio, del que se desprende que el nuevo interés pactado, aplicado al principal durante el período de garantía resulta en una cifra superior a la ya establecida como de responsabilidad hipotecaria, podía esta última mantenerse como válida, por pacto expreso entre las partes, como en este caso se ha hecho, sin que haya, consiguientemente, que modificarle a una cifra resultante de aplicar al principal el nuevo tipo de interés pactado por el período garantizado.

IV. La Registradora de la Propiedad, en defensa de la nota, informó: 1.º Que la calificación no es excesiva, porque la novación del préstamo hipotecario contemplada en el artículo 9 de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, al referirse a la mejora de las condiciones del tipo de interés inicialmente pactado o vigente, añade: «conjuntamente con esta mejora se podrá pactar la alteración del plazo...», de forma que la variación en el plazo se realiza conjuntamente con la mejora en el tipo de interés como acto unitario, de tal

manera que si no se inscribe la novación del tipo de interés, tampoco podrá inscribirse la alteración del plazo, pues de admitirse sólo esta última se haría al margen de la citada Ley 2/1994, como una modificación ordinaria de hipoteca y sin acogerse a los beneficios fiscales y demás bonificaciones que la misma otorga. Que, por tanto, o se inscribe la cláusula de novación en su totalidad o no se inscribe. Que la calificación tampoco es disconforme a derecho, sino plenamente ajustada al mismo. Que el hecho de que en la nota no se hagan constar los motivos en que se basa dicha calificación, es debido a la simplicidad formal que caracteriza al procedimiento de la misma y que en la práctica se traduce en una permanente accesibilidad a la información registral y a la comunicación oral con el presentante, a la cual se notifica personal y verbalmente los motivos de la calificación desfavorable (cfr. arts. 39 y 429 del Reglamento Hipotecario y Resolución de 6 de junio de 1991). Que el título presentado en cuanto a la novación modificativa, como se explicó al presentante, se entiende vulnerado, no sólo en los principios de especialidad y de accesoriedad, sino también en los fundamentos mismos del sistema inmobiliario español. En cuanto al principio de especialidad, se entiende vulnerado porque, si por cualquier causa se modifica el tipo de interés, ha de variar la responsabilidad hipotecaria y debe necesariamente determinarse la nueva responsabilidad por intereses, con su correspondiente tope legal de cinco años, para no infringirse lo que dispone el artículo 114 de la Ley Hipotecaria. Que toda hipoteca, incluso la ordinaria, en cuanto a derecho real, implica un máximo que se traduce en la cantidad de la que responde la finca hipotecada y que será la suma aritmética de sus conceptos fundamentales (capital, intereses y costas). La fijación concreta y monetaria de la cifra de responsabilidad hipotecaria es requisito esencial para la inscripción de cualquier tipo de hipoteca (cfr. arts. 12 y 219 del Reglamento Hipotecario) y, si «a priori» no se dan todos los factores, como ocurre en el caso que se estudia, en que se pacta como más favorable un interés fijo del 10 por 100, el tipo máximo será el 10 por 100 y la responsabilidad máxima se calculará con base en ese 10 por 100, sin que exista ninguna razón para mantener una responsabilidad máxima correspondiente al anterior tipo máximo de interés (19 por 100), por resultar injustificada esa cifra como límite de garantía hipotecaria, abusiva, incongruente con el contenido de la novación, perjudicial para terceros y contravendría el citado principio de especialidad, cuyo alcance señaló la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 1991, y en el mismo sentido se pronuncian las Resoluciones de 4 de julio de 1984, 22 de marzo de 1988, 23 de marzo de 1994 y 11 de enero de 1995. 2.º Que se infringe el principio de accesoriedad, por cuanto que en nuestro sistema la hipoteca es un derecho accesorio del crédito asegurado, lo que atribuye al crédito la cualidad de elemento principal de la relación jurídica que accede al Registro en cuanto que está garantizado con la hipoteca (art. 9 del Reglamento Hipotecario y 98 de la Ley Hipotecaria). La hipoteca vive al servicio de un crédito al cual está íntimamente ligada y subordinada en su existencia, extensión y extinción, de manera que si se baja el tipo de interés que rige el crédito, simultáneamente se reducirá la responsabilidad hipotecaria, y, por tanto, no podrá mantenerse la primitiva responsabilidad hipotecaria. En este sentido, cabe señalar las Resoluciones de 23 y 26 de octubre de 1987. Que de acceder a lo pretendido por el recurrente también se contravendría el principio de legitimación registral en cuanto que presume la existencia, pertenencia y alcance de los derechos, tal y como figuran en la inscripción y, que traducido en este caso, exigiría pactar

adecuadamente la responsabilidad hipotecaria resultante de la modificación y luego inscribirla como tal (Resolución de 16 de febrero de 1990). Que también se contravendría el principio de legalidad que implica que el derecho que se inscribe consta de manera indubitante y que es característica común de los registros de seguridad jurídica que los diferencia de los de información administrativa. Que en caso de prosperar la pretensión del recurso se contravendría asimismo el principio de publicidad como exteriorización constante, real y paralela con la realidad extrarregistral. Si hay una novación debe llegar completa, con todas sus consecuencias, para lograr la determinación precisa e inequívoca del contenido y extensión de los derechos que pretenden su acceso al Registro, a fin de facilitar la fluidez y seguridad del tráfico jurídico (Resoluciones de 23 de marzo de 1994, 20 de mayo y 5 de junio de 1987). Que las Resoluciones citadas por el recurrente vienen a confirmar la argumentación expuesta. Que, en definitiva, los principios que rigen el sistema hipotecario español imponen la exacta determinación de la naturaleza y extensión del derecho que se inscribe.

V. El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana confirmó la nota de la Registradora fundándose en las alegaciones expuestas por ésta en su informe.

VI. La Procuradora del recurrente apeló el auto presidencial, manteniéndose en las alegaciones contenidas en el escrito de interposición del recurso gubernativo.

Fundamentos de Derecho.—Vistos los artículos 1.285 y 1.857 del Código Civil; 9, 12, 104 y 114 de la Ley Hipotecaria y la Resolución de 23 de septiembre de 1996.

1. Constituida hipoteca en garantía de un préstamo a interés variable y definiéndose la cobertura hipotecaria de sus intereses remuneratorios en los correspondientes a tres años, al tipo máximo del 19 por 100, equivalentes a cierta cantidad que se especifica (que coincide con el 57 por 100 del principal), se otorga escritura de novación modificativa en la que se cambia el plazo de amortización y se estipula un interés fijo del 10 por 100, pero se añade, «sin modificación en ningún caso de los límites de responsabilidad hipotecaria que actualmente garantiza la presente hipoteca...». El Registrador suspende la inscripción por «no constar la nueva fijación de responsabilidad hipotecaria... al pasar el interés variable de la hipoteca a un interés fijo».

2. El carácter accesorio de la hipoteca respecto del crédito garantizado (cfr. arts. 104 de la Ley Hipotecaria y 1.857 del Código Civil) implica la imposibilidad de discrepancia entre los términos definitivos de la obligación asegurada y los de la extensión objetiva de la hipoteca en cuanto al crédito (cfr. arts. 9 y 12 de la Ley Hipotecaria), de modo que siendo fijo el tipo de interés remuneratorio estipulado, no cabe que su cobertura hipotecaria quede definida por referencia a un tipo de interés distinto del estipulado, como ocurriría en el caso debatido, vulnerándose con ello la exigencia de claridad y precisión en el contenido de los asientos registrales, dada la transcendencia *erga omnes* de sus pronunciamientos.

Téngase en cuenta, además, que ni siquiera la interpretación sistemática de las cláusulas del contrato (cfr. art. 1.285 del Código Civil) podría permitir al Registrador entender implícitamente modificada la cobertura hipotecaria (aunque sobre esta cuestión no se prejuzga ahora), pues, explícitamente se ha convenido el mantenimiento de los anteriores límites de dicha cobertura; y sin

que el hecho de ser éstos superiores, incluso, a cinco años (tope legal máximo en la dimensión temporal —cfr. art. 114 de la Ley Hipotecaria—) de interés al 10 por 100, tenga virtualidad alguna, pues precisamente tal alegación pone de manifiesto la incertidumbre que se crearía sobre el actual alcance temporal —tres o cinco años— de la cobertura hipotecaria de los intereses remuneratorios.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso interpuesto y confirmar el auto apelado.

Madrid, 5 de noviembre de 1999.—El Director general, *Luis María Cabello de los Cobos y Mancha*.

Excmo. Sr. Presidente del Tribunal Superior.

COMENTARIO

La Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre Subrogación y Modificación de Préstamos Hipotecarios, ha dado lugar a pocas resoluciones de la Dirección y prácticamente todas ellas dirigidas a solventar problemas relacionados con la subrogación y a su procedimiento. Bienvenida sea, por tanto, esta resolución que tiene además la ventaja de tratar sobre la cuestión más importante, a mi juicio, que provoca la escasa regulación que la Ley hace del supuesto que más normalmente se da en la práctica diaria: la denominada novación modificativa del artículo 9.º La cuestión hace referencia a si la cobertura hipotecaria se ha de ver alterada como consecuencia de las modificaciones obligacionales llevadas a término o, por el contrario, como parece deducirse del espíritu de la Ley, si la alteración de la obligación no debe llevar aparejada la del derecho de hipoteca.

La Ley no impone ninguna limitación a las modificaciones que pueden operarse en el ámbito de la obligación garantizada con hipoteca, salvo que se realice una mejora en las condiciones del tipo de interés (1) que puede ir acompañada de una modificación en el plazo de amortización. Toda limitación, por tanto, que en este sentido quiera establecerse, deberá derivarse de la regulación general del Código Civil (2) o de las específicas derivadas de la legislación hipotecaria, que son las que ahora nos interesan.

Nada obsta a que las partes pacten un tipo de interés superior al vigente sin perjuicio de que la concreta modificación se encuentre por ello fuera del ámbito de la Ley 2/94. Lo que nos importa es si eso supone o no un impedimento a la inscripción de la novación en el Registro de la Propiedad: si es exigible una correlativa modificación de la hipoteca. Si tenemos en cuenta que es perfectamente admisible la cobertura parcial de la obligación garantizada (3) y que, de hecho, la propia naturaleza del máximo parte de la base de que puede existir una cobertura parcial de la obligación garantizada no debe

(1) Cuestión que además debe verse relativamente tal y como reconoce recientemente la propia Dirección General en su Resolución de 29 de junio de 1999.

(2) Artículo 1.204.

(3) Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 2 y 3 de enero de 1996.

ser exigible ninguna modificación en el derecho de hipoteca. Sólo cuando se pacte un tipo de interés máximo superior al inscrito deberá modificarse, porque se amplía la cobertura hipotecaria (4).

Cuando la cosa es, como exige la Ley 2/94, al revés, cuando el tipo es inferior al pactado como máximo. En términos generales, éste es un supuesto que debería resultar irrelevante hipotecariamente, pues aunque el tipo inicial sea inferior al vigente en el momento de la modificación, puede oscilar hacia arriba hasta el máximo que delimita el derecho de hipoteca y que se pactó como tal en su día (5).

Existen sin embargo dos excepciones a esta regla de irrelevancia: una, cuando se modifica el tipo de interés variable a uno fijo que está por debajo del máximo inscrito. Es el supuesto de la resolución que comentamos y en el que la Dirección General concluye que es imprescindible la modificación del derecho de hipoteca. En el supuesto de hecho, la hipoteca garantizaba por pacto expreso un número de tres años de intereses ordinarios, por lo que en puridad la responsabilidad hipotecaria estaba perfectamente delimitada: si se pacta un nuevo tipo fijo del 10 por 100 y la cobertura hipotecaria es de tres años no hay indeterminación alguna, sólo se pueden reclamar los intereses del 20 por 100 durante tres años. Sin embargo, el Registro de la Propiedad está publicando otra cosa, pues el pacto de constitución de hipoteca seguirá diciendo que la hipoteca cubre esos tres años pero hasta un máximo superior, lo cual es imposible tras el pacto de modificación a tipo fijo; esta imposibilidad intrínseca es lo que impide que la novación pueda inscribirse sin más, el Registro no puede publicar una cosa y la contraria aunque pudiera deducirse que de las dos cosas es la segunda la que ha de prevalecer: la claridad que debe presidir los asientos del Registro de la Propiedad y el principio de especialidad se verían claramente perjudicados si así no se hace. El pacto de modificación a la baja del tipo de interés adoptando la modalidad de interés fijo implica *per se* una reducción del ámbito de cobertura del derecho de hipoteca: un préstamo de un millón de pesetas al 19 por 100 de interés máximo durante tres años garantizado con hipoteca equivale a decir (art. 220 del Reglamento Hipotecario) que ésta cubre por intereses ordinarios hasta 570.000 pesetas. Esa misma cantidad al tipo fijo del 10 por 100 durante tres años equivale a decir que la hipoteca cubre hasta 300.000 pesetas; el Registro de la Propiedad no puede publicar a la vez que la cobertura hipotecaria es una y otra (6).

(4) Y salvo que el presentante o interesado se conforme con la inscripción parcial de su título, comprendiendo la modificación obligacional pero no la real.

(5) No hay discrepancia entre el Registro y la realidad, no hay sufrimiento de la accesoriedad hipotecaria: sigue siendo posible que el tipo ascienda hasta el máximo y aún más allá. La cobertura hipotecaria es exactamente la misma.

(6) Es por tanto equivoco el argumento que utiliza la Dirección en el último párrafo de la resolución: si la cláusula de constitución de hipoteca dice que están garantizados tres años, no hay duda posible sobre esto cuando se fija posteriormente y por novación un tipo fijo, no hay incertidumbre sobre la cobertura temporal. Aun así no debe acceder al Registro de la Propiedad la modificación de la obligación sin la correlativa modificación de la hipoteca si no queremos crear confusión sobre el *ámbito económico* de la cobertura que es el que se ha reducido (mientras que el temporal sigue igual).

Para que la confusión a que hace referencia la Dirección pueda producirse es preciso que la cláusula de constitución de hipoteca no especifique el número de años de cobertura si no que exprese una cifra en pesetas. Si en el ejemplo anterior la hipoteca estu-

El otro supuesto en que la reducción del tipo de interés puede plantear problemas es cuando se fija un tipo de interés variable inferior al vigente y se fija un máximo a su vez inferior al pactado en la escritura de constitución de la obligación garantizada con hipoteca. En el fondo la situación es idéntica, la obligación tendría un límite en cuanto a los intereses ordinarios que no se correspondería con la cobertura hipotecaria. No debe inscribirse la modificación de la obligación sin, simultáneamente, modificar la hipoteca, si no se quiere evitar una disgresión entre realidad y Registro.

En definitiva, y aunque posiblemente el legislador no pensó en ello (7), es necesario concluir que en estos supuestos la modificación del pacto de constitución de hipoteca es inevitable. La hipoteca puede cubrir menos importe que el de la obligación garantizada pero no más (8) y esto es así tanto en el supuesto de constitución de la garantía como en el supuesto de modificación posterior de la obligación que no puede suponer la alteración de tal principio.

Para terminar podemos hacer un cuadro de posibles situaciones en la novación de una obligación garantizada con hipoteca cuya inscripción se pretenda:

1.º Modificación de tipo de interés variable a otro tipo también variable. Tanto si el tipo pactado es inferior como superior al existente en el momento de la novación, la cobertura hipotecaria permanece invariada. Se exceptúan los casos en que el nuevo tipo máximo exceda del pactado en la escritura de constitución de hipoteca y aquél en que se fija un nuevo tipo máximo inferior al pactado en su día. En ambos casos será precisa la modificación del pacto de hipoteca si no se desea una discordancia entre la obligación garantizada y su garantía.

2.º Modificación del tipo de interés variable a otro tipo de interés fijo. Tanto si el nuevo tipo es superior al inscrito como si es inferior, debe modificarse la responsabilidad hipotecaria (9).

3.º Modificación del tipo de interés fijo a otro tipo de interés igualmente fijo. La modificación del tipo implica siempre una modificación de la cuantía económica de la cobertura hipotecaria que ha de ser modificada.

4.º Modificación del tipo de interés fijo a otro variable. Tanto si el tipo variable es superior como si es inferior, es precisa la modificación del derecho de hipoteca.

FERNANDO DE LA PUENTE Y ALFARO
Registrador de la Propiedad de Badalona

viera inscrita de forma que por intereses ordinarios la hipoteca cubriera la cantidad de 570.000 al tipo máximo del 19 por 100 (lo que equivale a tres años) y luego se pactara el interés fijo a diez años surgiría la duda de si la hipoteca sigue cubriendo tres años o cinco años y siete meses.

(7) Por las consecuencias fiscales y arancelarias que pueden producirse.

(8) Lo cual es propio del régimen de las garantías de nuestro ordenamiento: el artículo 1.826 del Código Civil permite al fiador obligarse a menos, pero no a más que el obligado principal, *mutatis mutandi* la hipoteca puede cubrir menos pero no más que la obligación garantizada.

(9) Cabe preguntarse si siendo superior cabe practicar la inscripción por consentimiento del interesado y actuando el tipo fijo inscrito como máximo en el sentido que admitió la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 16 de julio de 1996.

PROCEDIMIENTO DE APREMIO ADMINISTRATIVO. ADJUDICACION FORMALIZADA EN ACTA.—AUNQUE ES PRECISA ESCRITURA PUBLICA DE ADJUDICACION, LA PRESENTACION SOLO DEL ACTA ES UNICAMENTE DEFECTO SUBSANABLE Y PUEDE PROPORCIONAR LA CORRESPONDIENTE PRIORIDAD HASTA QUE SE REALICE EL OTORGAMIENTO (RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 23 DE OCTUBRE DE 1999. BOE DE 1 DE DICIEMBRE DE 1999).

RESOLUCION de 23 de octubre de 1999, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por don Gonzalo Pastor Navarro, contra la negativa del Registrador de la Propiedad de Yecla, don Angel Ogueta Fernández, a inscribir un acta de subasta en virtud de apelación del recurrente.

En el recurso gubernativo interpuesto por la Procuradora de los Tribunales, doña María Belda González, en nombre de don Gonzalo Pastor Navarro, contra la negativa del Registrador de la Propiedad de Yecla, don Angel Ogueta Fernández, a inscribir un acta de subasta en virtud de apelación del recurrente.

Hechos.—I. En el procedimiento de apremio seguido por la Comunidad de Regantes «Román Pozo Nostrum número 3», de Jumilla, contra don Juan Gamariz Rodríguez se celebró subasta el 6 de mayo de 1996 en la que se adjudicó, en primera licitación, a don Gonzalo Pastor Navarro, una finca del deudor, inscrita en el Registro de la Propiedad de Yecla, y 19 y 36 por 100 de acciones o dotaciones de agua del Pozo Nostrum número 3 adscritas a dicha finca. En el acta de la subasta se hace constar: «Por la presidencia se procedió a la devolución de los depósitos constituidos, reteniendo el perteneciente al adjudicatario, a quien se instó a que completara el pago del remate efectuándolo en el acto». El texto literal de esta llamada dice: «Si el adjudicatario no completara en el acto el pago del remate, este párrafo concluirá así: Advirtiéndole que de no completar el pago en el término de cinco días, perderá el importe de su depósito y quedará obligado a resarcir a la Administración los perjuicios ocasionados. Dicha acta fue firmada por el presidente de mesa, el secretario, el recaudador ejecutivo y el adjudicatario».

II. Presentado un ejemplar del acta en el Registro de la Propiedad de Yecla, fue calificado con la siguiente nota: «Se deniega la inscripción a que se refiere el documento que precede, por ser necesario el otorgamiento de escritura pública, conforme al artículo 151 del Reglamento General de Recaudación y artículo 26 del Reglamento Hipotecario. Yecla, 13 de mayo de 1996. El Registrador. Firmado: Angel Ogueta Fernández».

III. Don Gonzalo Pastor Navarro interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación por considerar que ésta debió haber sido de suspensión y no de denegación, y alegó: Que si el Registrador pide —y se entiende que es totalmente acertado su criterio— el previo otorgamiento de la escritura, es evidente que la falta es subsanable, y ello basado en el artículo 65.4 de la Ley Hipotecaria, que nos remite al contenido, formas y solemnidades del título y a los asientos con él relacionados. Es decir, aquí se trata de traer y otorgar escritura. Que según la información que llega al recurrente, el deudor, sujeto pasivo de la subasta, se agita en torno a eventuales transmisiones, que aparte del carácter delictivo que pudieran entrañar, tratarían de «crear» la figura del

«tercer hipotecario» en perjuicio de quien legalmente adquirió en subasta pública, de buena fe, satisfaciendo el importe de la adquisición y tomando posesión de los bienes, de ahí que amparándose en el artículo 19 *in fine* de la Ley Hipotecaria, se interpone recurso dentro del tiempo hábil previsto por el artículo 113 del Reglamento, para mantenerse el recurrente bajo los efectos del asiento del libro Diario, evitando el fraude y daño de posibles maniobras y lograr entretanto que se alcance cuanto previenen los artículos 151 del Reglamento General de Recaudación y 26 del Reglamento Hipotecario. Nótese que no está en manos del recurrente ni acelerar la actividad administrativa ni exigir un otorgamiento que requiera de otro previo trámite.

IV. El Registrador de la Propiedad en defensa de la nota, informó: Que el último párrafo del artículo 65 de la Ley Hipotecaria no es demasiado explícito en cuanto a la distinción entre faltas subsanables e insubsanables, por lo que la doctrina y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado han ido perfilando el concepto: son faltas insubsanables las que requieren un nuevo otorgamiento sustancial; las que superen un impedimento absoluto para la registración, y, en cuanto a los negocios jurídicos en formación, en los que falta un elemento sustancial para que el mismo esté completo, la actuación complementadora sólo origina efectos desde que se completa el elemento que falta y, en el orden registral, sólo desde la presentación de este último documento (y no desde la fecha de presentación del documento incompleto). Que el artículo 151 del Reglamento General de Recaudación y el 26 del Reglamento Hipotecario son taxativos al exigir escritura pública para la inscripción; escritura que recogerá los trámites esenciales del procedimiento pero que no complementa a ningún otro documento administrativo previo ni subsana a éste. Por eso su falta es insubsanable y la presentación previa de un documento administrativo del mismo procedimiento no puede causar asiento de inscripción alguno. Que la Dirección General ha considerado insubsanable la falta cuando la ley exige con carácter imperativo la forma pública (entre otras, Resolución de 5 de septiembre de 1990) y, por otra parte, reitera y precisa la necesidad y circunstancias de la escritura pública en procedimientos de apremio fiscal en Resoluciones como las de 5 de marzo de 1953 y 4 de abril de 1957. Por último, las Resoluciones de 12 de febrero de 1916 y 31 de julio de 1917 consideraron insubsanable la falta de escritura pública en el caso similar de adjudicaciones derivadas de procedimientos ejecutivos ordinarios (bajo la redacción vigente entonces de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

V. El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Murcia confirmó la nota del Registrador fundándose en que si bien el artículo 65, último párrafo de la Ley Hipotecaria, no es demasiado explícito en la clasificación de las faltas subsanables e insubsanables, refiriéndose tanto al contenido como a las formas y solemnidades del título y a los asientos del Registro con él relacionados, en nuestro derecho, estas formas por solemnidades pueden ser exigidas como elementos constitutivos del negocio jurídico o como simple manifestación de su existencia. En el primer caso la —forma (el título)— «es» el negocio y éste no existe si no va configurado como prescribe la ley, y su falta hace que el negocio devenga inexistente, y su inexistencia determina su insubsanabilidad. Al imponer el artículo 3 de la Ley Hipotecaria que sólo serán inscritos los títulos que consten en escritura pública, ejecutorio o documento auténtico expedido por autoridad judicial, el gobierno o sus agentes, en la forma que prescriben los reglamentos, está dando eficacia constitutiva, *ad solemnitatem*,

a este tipo de instrumentos que pretendan ingresar en el Registro, y para las subastas públicas, «la forma que prescriben los reglamentos» (arts. 151 del Reglamento General de Recaudación y 26 del Reglamento Hipotecario) es la escritura pública y, por tanto, es insubsanable la falta de esta solemnidad, pues el acta de la subasta es sólo un paso previo —negocio jurídico en formación— al otorgamiento de la escritura pública, que «es» el título inscribible.

VI. La Procuradora de los Tribunales, doña María Belda González, en nombre del recurrente, apeló el auto presidencial manteniéndose en sus alegaciones, y añadió: Que en cuanto a la referencia que hace el auto al artículo 3 de la Ley Hipotecaria y a que la subasta no pasa de ser «acto previo» al negocio jurídico «en formación» impidiendo el acceso al Registro de la transmisión operada, hay que tener en cuenta que el artículo 15 del Reglamento General de Recaudación, al exigir el examen del Abogado del Estado con carácter previo a la inscripción, está, de alguna manera, confirmando que mientras no se cumplan determinadas formalidades no es inscribible, pero ello no autoriza a pensar que ésta carezca de validez. Que el artículo 1.278 del Código Civil reconoce la validez del acto en que concurren «las condiciones» esenciales para ello, «condiciones» que remiten implícitamente al artículo 1.261, y por eso el artículo 1.279 previene que se pueda exigir el otorgamiento debido y no cumplido aún, y lo mismo cabría entender en el ámbito administrativo (art. 148-5b del Reglamento General de Recaudación), ya que la entrega de la certificación de acta tiene trascendencia y se dio ya la tradición. Por tanto, operada la transmisión e ingresado el dominio en el patrimonio del adjudicatario, aquélla no se inscribirá hasta que se otorgue la escritura, pero el interesado que aporta al Registro su certificación del acta de la subasta sí puede beneficiarse de los efectos de la anotación que se le otorgue al tiempo de suspender la inscripción.

Fundamentos de Derecho.—Vistos los artículos 1.218, 1.261 y 1.262 del Código Civil; 923 y 924 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; 1, 2, 4-3 de la Ley Hipotecaria; 46.4, 54-1 y 2 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común; 110, 125, 128, 148, 173 y 1.482 de Reglamento General de Recaudación; 26 y 118 del Reglamento Hipotecario y las sentencias del Tribunal Supremo de 11 de julio de 1992, 10 de junio de 1994, 8 de junio, 1 y 9 de septiembre de 1997 y 6 de abril de 1999.

1. En el presente recurso se debate exclusivamente sobre el carácter subsanable o insubsanable de la falta de escritura pública para la inscripción de una adjudicación alcanzada en procedimiento de apremio administrativo, inscripción que se solicita en virtud de un ejemplar del acta de la subasta en la que consta literalmente que «se insta (al adjudicatario) a que completara el pago de remate, efectuándolo en este acto». El texto literal de esta llamada dice: «Si el adjudicatario no completara en el acto el pago de remate, este párrafo concluirá así: Advirtiéndole que de no completar el pago en el término de cinco días, perderá el importe de su depósito y quedará obligado a recurrir a la Administración los perjuicios ocasionados».

2. Es cierto que los artículos 151 del Reglamento General de Recaudación y 26 del Reglamento Hipotecario exigen la escritura pública para la inscripción de las enajenaciones forzosas alcanzadas en procedimiento de apremio administrativo; pero no lo es menos que en tales casos la consumación de la transmisión dominical que la escritura documentará, habrá precedido ordinariamente a su otorgamiento, pues, al efecto sería suficiente la adjudicación del

bien (que implica el concurso de la oferta y la aceptación —cfr. art. 1.261 y 1.262 del Código Civil—), el pago íntegro del precio (pues la eficacia de la adjudicación está subordinada a este requisito —cfr. art. 148-b del Reglamento General de Recaudación—) y la tradición (cfr. art. 609 del Código Civil), que conforme a reiterada jurisprudencia está ínsita en la propia adjudicación (cfr. sentencias del 11 de julio de 1992, 10 de junio de 1994, 8 de junio de 1997 y 1 de 9 de septiembre de 1997).

Por otra parte no puede desconocerse que el acta de la subasta es un documento público administrativo (cfr. art. 46-4 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, en relación con el art. 148-5 del Reglamento General de Recaudación), que por ello acredita fehacientemente el hecho que motiva su otorgamiento (cfr. art. 1.218 del Código Civil), esto es, la adjudicación operada, la cual produce sus efectos desde el momento del pago íntegro del precio (cfr. art. 57-1 y 2 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común en relación con el 148-5-b del Reglamento General de Recaudación —y de ahí que no se admita la tercera de dominio después de «...consumada la venta de bienes de que se trate...» cfr. art. 173 del Reglamento General de Recaudación—), pago cuya efectiva realización puede también quedar reflejado en el acta.

3. En consecuencia, no puede entenderse que la falta del vehículo formal adicional que en el caso debatido implica la escritura pública, suponga un defecto insubsanable cuando la verificación de la transmisión dominical que en definitiva será el objeto de la inscripción (cfr. arts. 1 y 2 de la Ley Hipotecaria) ha podido ser acreditada fehacientemente por la propia documentación pública-administrativa emanada del procedimiento seguido; téngase en cuenta que el alcance de la calificación del defecto como subsanable se traduce básicamente en la posibilidad de acogerse a la prioridad ganada con la presentación de esa documentación administrativa si durante la vigencia del asiento respectivo se otorgare y presentare la correspondiente escritura pública, evitándose de este modo la anticipación de títulos contra el ejecutado presentados en el tiempo intermedio; y si tal prioridad podía haberse conseguido igualmente por mandamiento, ordenando la anotación del embargo del bien en cuestión o la prórroga de la ya tomada en su caso (cfr. arts. 148-2, 128-2 y 110-1 del Reglamento General de Recaudación), con no menor razón ha de lograrse en virtud del documento expedido por quien podría dictar aquel mandamiento (cfr. arts. 110-1, 125-2 y 1.482 del Reglamento General de Recaudación), en el que se afirma inequívocamente, no ya el embargo del bien por deudas de su titular sino su forzosa realización en favor de determinada persona para la satisfacción de aquéllas. Adviértase en fin: La posibilidad de tomar anotación preventiva de la propia sentencia ejecutoria cuando ésta deba llevarse a efectos por los trámites de la Ley de Enjuiciamiento Civil (cfr. art. 42-3 de la Ley Hipotecaria) y la sustancial analogía entre la sentencia por la que se condena al demandado a elevar a escritura pública un contrato privado de venta cuya existencia y validez se ha declarado (cfr. arts. 923 y 924 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), y la adjudicación definitiva del bien embargado en el procedimiento de apremio administrativo.

Por lo demás y dada la concreción del recurso gubernativo a las cuestiones directamente relacionadas con la nota impugnada (cfr. art. 117 del Reglamento Hipotecario), no ha de debatirse ahora si el acta aportada satisface las exigencias puestas de manifiesto en los anteriores considerandos.

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar el auto y la nota.

Madrid, 23 de octubre de 1999.—El Director general, *Luis María Cabello de los Cobos y Mancha*.

Excmo. Sr. Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Murcia.

COMENTARIO

La cuestión suscitada en esta resolución es si constituye defecto subsanable o insubsanable la falta de escritura pública de la adjudicación dimanante de procedimiento de apremio administrativo, cuando se presenta en el Registro un ejemplar del acta de la subasta en la que obra el pago del remate por el adjudicatario. Tres consideraciones llevan a la DG a sostener el carácter subsanable del defecto, con la consiguiente protección por el principio de prioridad registral: de una parte, la afirmación de que el acta de subasta es un documento público administrativo (apto para la publicidad material registral, cf. art. 3 L.H); de otra, la fehaciencia de la adjudicación; por último, el pago del precio. Como consecuencia, el acto dispositivo se da por verificado, faltando sólo la forma en tanto que vehículo adicional de acceso registral.

Como afirma la DG, la consumación de la transmisión patrimonial administrativa se produce merced a la adjudicación del bien y el pago íntegro del precio (cf. arts. 2 y 57.2 de la LRJAP, en relación con el art. 148.2 RGR), cuya efectiva realización puede quedar reflejada en el acta de adjudicación. Así, convergen el título público y el modo traslativo, merced a la equiparación del acta de adjudicación administrativa a la judicial, con los mismos efectos que la tradición instrumental de la escritura (cf. SSTs 11-7-92 y 10-6-1994, entre otras). El único escollo para la inscripción definitiva es la escritura pública, exigida por los arts. 26 del RH y 151 del RGR para la formalización del acto dispositivo, y consecuentemente de su inscripción registral.

Resulta esencial el considerando de la STS de 11 de julio de 1992: «con la aprobación del remate y la subsiguiente adjudicación al rematante de la finca subastada, se opera la consumación del contrato, pues a la referida adjudicación que el Juez hace al rematante no hay obstáculo legal alguno en atribuirle el carácter de tradición simbólica o ficta, al no ser *numerus clausus* la enumeración de formas espiritualizadas de tradición que hacen los artículos 1462.2.º a 1.464 del Código Civil [cf. sentencias de 31-10-1983 (RJ 1983/5852) y 20-10-1989 (RJ 1989/6945)], entre otras, con lo que, consumada ya la venta por la concurrencia de título (aprobación del remate) y modo (adjudicación al rematante de la finca subastada), el posterior otorgamiento de la escritura pública, aunque imprescindible para otros efectos trascendentes (entre otros, el acceso de la adquisición al Registro de la Propiedad), no será necesaria para que, a los efectos aquí estudiados, concorra el requisito de la tradición (la instrumental del art. 1.462.2.º del Código Civil), al haberse producido ya la misma con anterioridad en la forma ficta o simbólica antes expresada».

Continúa afirmando la sentencia que, «la cuestión no varía con la redacción actual del artículo 1.514 LEC, que tiende a la simplificación del sistema, pero no a su modificación, convirtiendo en directamente inscribible en el Registro de la Propiedad el auto de aprobación del remate, adornado de los

requisitos que la disposición menciona, sin necesidad de escritura pública judicial de venta. Lo decisivo es que la aprobación del remate se considera título de la transmisión y que el modo viene representado por el auto de adjudicación, tras los trámites procesales oportunos, con lo cual, sea el título inscribible este último o la escritura pública judicial, lo cierto es que el efecto traslativo de la propiedad, por aplicación de la doctrina del "título y del modo", sólo se produce si concurren los dos primeros elementos».

Es, por tanto, en el acta de adjudicación cuando se produce el resultado traslativo y el título público que permiten la protección registral del principio de prioridad, si bien con el defecto subsanable de la falta de formalización de la escritura. Acaso la novedad estriba en que un título formal (acta administrativa) concede prioridad registral provisional, no al mismo título presentado, sino a otro distinto que no se presenta *ab initio* (escritura). Como consecuencia, la eficacia retroactiva de la inscripción a la fecha del asiento de presentación da cobertura registral a la escritura posterior al asiento de presentación, lo que no está previsto en sede de prioridad registral. Esto es precisamente lo peligroso: la «ratonera» queda abierta a títulos públicos traslativos del dominio que requieran una forma complementaria para su acceso registral y no se acompañe en el momento de su presentación, en perjuicio de títulos presentados posteriormente que sean directamente inscribibles.

JOAQUÍN M.^a LARRONDO LIZÁRRAGA
Director del Centro de Estudios
Registrales de Cataluña

VIVIENDA FAMILIAR. ADQUISICION TRAS LA SEPARACION MATRIMONIAL. INSCRIPCION DEL DERECHO DE USO.—SEA O NO TAL USO Y DISFRUTE UN DERECHO REAL, ES UNA LIMITACION QUE PRODUCE EFECTOS ERGA OMNES Y DEBE TENER ACCESO AL REGISTRO, AUNQUE LA FINCA SE ADQUIRIESE DESPUES DE LA SEPARACION (RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 25 DE OCTUBRE DE 1999. BOE DE 1 DE DICIEMBRE DE 1999).

RESOLUCION de 25 de octubre de 1999, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por doña María Cruz García, contra la negativa del Registrador de la Propiedad de Madrid, número 36, don Luis María Stampa y Piñeiro, a inscribir un derecho de uso y disfrute en virtud de apelación de la recurrente.

En el recurso gubernativo interpuesto por doña María Cruz García, contra la negativa del Registrador de la Propiedad de Madrid número 36, don Luis María Stampa y Piñeiro, a inscribir un derecho de uso y disfrute, en virtud de apelación de la recurrente.

Hechos.—I. El 7 de febrero de 1989, en autos de separación número 216/88, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 22 de Madrid, fue dictada sentencia estimando la demanda conjunta de separación conyugal de doña María Cruz García y don Rafael Tuesta Villa, declarando procedente la separación conyugal solicitada y aprobando el convenio regulador de los efectos civiles de tal separación, de fecha 12 de diciembre de 1988, en el que se

establece el derecho de uso y disfrute sobre la vivienda arrendada que fue domicilio conyugal a favor del señor Tuesta, el cual perderá por las causas que se establecen en citado convenio el citado derecho. La referida vivienda fue adquirida por doña María Cruz, mediante escritura pública, el 24 de marzo de 1991, por compra al Instituto de la Vivienda de Madrid, la cual fue inscrita en el Registro de la Propiedad.

II. Presentados en el Registro de la Propiedad de Madrid número 36, testimonio de la sentencia de separación, junto con el convenio regulador y acta de manifestación otorgada el 6 de junio de 1996 por dicha señora en la que reiteran los términos del convenio en cuanto al derecho de uso y disfrute vitalicio de la vivienda a favor del señor Tuesta, para que se inscriba dicho derecho, fue calificado con la siguiente nota: «Examinado el precedente documento, junto con Acta de Manifestación otorgada por doña María Cruz García, se deniega su inscripción, ya que el inmueble que se dice fue domicilio conyugal, según consta en la inscripción 1.ª, al folio 29 de la finca 10.525 del tomo 1555 del libro 154, fue adquirido por título de compra por la manifestación cuando su estado civil era el de separada, por lo que está inscrito a su nombre exclusivamente (arts. 94 y 20 de la Ley Hipotecaria). Madrid, 3 de julio de 1996. El Registrador. Firmado: Luis María Stampa y Piñeiro.

III. Doña María Cruz García interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación, y alegó: Que la doctrina en lo referente a los efectos de la atribución del derecho de uso a un cónyuge de la vivienda familiar, considera que tal derecho debe ser entendido como un verdadero derecho real oponible a terceros y susceptible de inscripción. En este punto hay que tener en cuenta lo que dicen las sentencias del Tribunal Supremo de 18 de octubre de 1994 y 11 de diciembre de 1992. Que de dichas sentencias se deduce: a) Que el derecho de uso es un derecho real oponible frente a terceros; b) Que es inscribible en el Registro de la Propiedad; c) Que está sometido a las reglas propias del derecho inmobiliario registral. Entre ellas, que deberá aparecer vinculado a la propiedad del inmueble; d) Que podrá atribuirse al cónyuge no titular, para sí, en cuyo caso será éste el titular del derecho de uso, con fijación de un plazo de duración.

IV. El Registrador de la Propiedad, en defensa de su nota, informó: 1.º Que según consta en la inscripción de la compra de la vivienda, doña María Cruz García adquirió la misma cuando ya estaba separada, por lo que la sociedad de gananciales ya estaba disuelta (art. 1.392.4 del Código Civil) y había cesado la vida en común de los esposos (art. 83 del Código Civil), y por eso se practicó la inscripción exclusivamente a nombre de la compradora. Que en materia patrimonial el cónyuge separado tiene plena autonomía, no vincula los bienes que adquiera a una inexistente comunidad y actúa como si estuviese soltero. Que el piso que adquirió doña María Cruz no puede calificarse de vivienda familiar, pues para que tuviera tal condición debería constar en el Registro que la adquisición se produjo antes de la separación, y por tanto, el piso, según aparece inscrito, no puede considerarse que en ningún momento haya servido de residencia común de los esposos. Que como el Registrador debe atenerse exclusivamente a lo que resulta del Registro (art. 18 de la Ley Hipotecaria) y conforme a los artículos 1, 9, 20 y 38 de dicha ley, hace imposible que se considere que la finca tenga el carácter de vivienda familiar. 2.º Que, por tanto, si la finca registral no es ni ha sido vivienda familiar, no puede inscribirse el pretendido derecho de uso sobre la misma que surge del convenio regulador, basándose en el artículo 96 del Código

Civil. Que, por otra parte, quedaría pendiente determinar la naturaleza de ese derecho de uso. Que es difícil que tal derecho pueda considerarse que es un derecho real, únicos que pueden ser objeto de inscripción en el Registro (arts. 2 y 9-3 de la Ley Hipotecaria). Que no se trata del derecho real de uso que se regula en los artículos 523 y siguientes del Código Civil. Que tanto la doctrina como la jurisprudencia se muestran prudentes a la hora de caracterizar este derecho (Resolución de 31 de marzo de 1995 y sentencias del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 1992 y 18 de octubre de 1994). 3. Que de todo ello y de los artículos 90 y 96 del Código Civil no puede entenderse que la atribución del uso de la vivienda que fue el domicilio familiar a uno solo de los cónyuges, tenga siempre contenido real. Que si sobre la vivienda no existiese derecho de dominio y los cónyuges sólo fueran arrendatarios, como el arrendamiento es un derecho personal, no cabría constituir sobre el derecho real de goce. 4. Que cuando se atribuye el uso y goce del piso al señor Tuesta en la sentencia de separación, antes de que la mujer hubiere adquirido sobre él el derecho de dominio, los cónyuges tenían sobre ese inmueble únicamente un derecho personal, derecho que por la sola separación no puede convertirse en real (art. 609 del Código Civil). Que, además, tal como se configura en el convenio, resulta que el derecho a disfrutar de la vivienda está condicionado a la conducta del marido, lo que es incompatible con los derechos reales que ostenta poder directo e inmediato sobre las cosas sin que se tenga en cuenta la conducta del titular y precisamente lo que caracteriza a los derechos personales es la exigencia de una prestación por parte de una persona, por ello los artículos 2 de la Ley Hipotecaria y 8 y 9 de su Reglamento, hace que sea imposible la inscripción del documento solicitado.

V. El Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia número 22, de los de Madrid, consideró la imposibilidad legal de emitir el informe prevenido en el artículo 115 del Reglamento Hipotecario, toda vez que en los autos de separación conyugal tramitados en este Juzgado, bajo el número 216/88-G, no se ha llegado a acordar en ningún momento la inscripción de asiento alguno que pudiera haber sido denegada por el Registro de la Propiedad correspondiente.

VI. El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Madrid confirmó la nota del Registrador, fundándose en que el recurso carece de base, puesto que no hay título inscribible que sirva de soporte a la pretensión de la recurrente y que se encuentre en alguno de los supuestos enumerados en el artículo 2 de la Ley Hipotecaria, y en que, por otra parte, los términos del convenio regulador se reducen a atribuir al exmarido «el derecho al uso y disfrute del domicilio», sin que se configure este derecho como real, pudiendo reducirse su configuración a la de un simple derecho obligacional, sin trascendencia real.

VII. La recurrente apeló el auto presidencial, manteniéndose en sus alegaciones, y añadió: 1.º Que el título es el testimonio presentado, documento auténtico expedido por la autoridad judicial, y 2.º Que en cuanto al carácter real u obligacional sin trascendencia real del derecho de uso y disfrute, como se ha expresado en el escrito de interposición del recurso, hay amplia jurisprudencia que considera el carácter real de dicho derecho.

Fundamentos de Derecho.—Vistos los artículos 90, 96 y 1.320 del Código Civil, 2 de la Ley Hipotecaria, y 7, 91 y 100 de su Reglamento, y las Resoluciones de este Centro Directivo de 31 de marzo de 1995 y 1 de septiembre de 1998.

1. Son hechos a tener en cuenta en la resolución del presente recurso los siguientes: *a)* Se presenta en el Registro una sentencia firme de separación judicial, a la que se acompaña el Convenio Regulador aprobado judicialmente; *b)* En dicho convenio, después de expresar que todos los hijos son mayores de edad, y que continuarán viviendo con su madre, se atribuye el uso de la vivienda «que fue familiar», y que es privativa de la esposa, al marido; *c)* En la escritura, por la que la esposa adquirió la vivienda al Instituto de la Vivienda, se hizo constar que la citada adquirente era «separada», por lo que la repetida vivienda se inscribió como privativa de la adquirente; *d)* El Registrador deniega la inscripción de la atribución de uso y disfrute de la vivienda al marido, ya que, cuando fue adquirida por la esposa, ésta ya estaba separada.

2. Dada la vaguedad e imprecisión de la calificación del informe del Registrador y del Auto recurrido, se deducen dos pretendidos obstáculos para la inscripción: el de que la vivienda nunca pudo ser familiar, pues cuando se adquirió los cónyuges estaban ya separados, y el de que la atribución del uso y disfrute de la misma no es un derecho real y, por lo tanto, no puede inscribirse.

3. En cuanto a que la vivienda nunca fue familiar, ha de señalarse, por una parte, el Registrador no puede calificar dicho aspecto del convenio, que está aprobado judicialmente (art. 100 del Reglamento Hipotecario) y que ha de interpretarse en su conjunto, y, por otra, la comprobación de la realidad de esta circunstancia escapa a las posibilidades de dicha calificación, pues se trata de una circunstancia de hecho siendo así, además, que tratándose de Vivienda de Protección Oficial, es normal que la entrega de la cosa precede al otorgamiento de la escritura de adjudicación.

4. Respecto a la inscribibilidad de la atribución de la vivienda al cónyuge que no es propietario, es algo indiscutible, pues, sin necesidad de entrar en si tal uso y disfrute es o no un derecho real, en todo caso constituye una limitación a las facultades dispositivas del cónyuge propietario (cfr. art. 90 del Código Civil) que produce efectos *erga omnes*, por lo que debe tener acceso al Registro, ya que, de no tenerlo, una afirmación falsa del propietario disponente podría dar lugar a la aparición de un tercero protegido por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria que haría perder tal uso al cónyuge a quien se hubiera atribuido.

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso interpuesto con revocación del Auto presidencial y de la calificación del Registrador.

Madrid, 25 de octubre de 1999.—El Director general, *Luis María Cabello de los Cobos y Mancha*.

Excmo. Sr. Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

COMENTARIO

Cuando una regulación está mal hecha, por precipitada, por ambigua o por incompleta, da problemas, y entre ellos judiciales y registrales. Esto es lo que sucede con la atribución del uso sobre la vivienda habitual familiar, cuya naturaleza jurídica y acceso registral no han sido objeto de una regulación exhaustiva que demanda su interés familiar. Pero ello no exonera al Registra-

dor de la Propiedad de una calificación diligente que resuelva la oponibilidad de este derecho respecto de terceros, en cada caso.

En este supuesto se pretende la atribución del uso sobre la vivienda familiar respecto de la adquirida por uno de los consortes, con carácter privativo, en estado de separación. El Registrador deniega la inscripción, porque la atribución del uso no se realiza sobre vivienda familiar. La DGRN revoca la nota de calificación por entender que, tratándose de documentos judiciales, el Registrador no puede entrar a calificar el fondo del asunto (art. 100 RH). De otra parte, mientras no conste registralmente tal carácter, la calificación del Registrador no puede extenderse a este aspecto convivencial, que es una mera circunstancia fáctica que se desprende de la realidad extrarregistral.

Hasta aquí todo claro. Pero la DG remata faena al aseverar que la atribución de la vivienda (del uso de la vivienda), es una limitación de las facultades dispositivas del cónyuge propietario que produce efectos *erga omnes*, por lo que debe tener acceso al Registro, ya que, de no tenerlo, una afirmación falsa del propietario disponente podría dar lugar a la aparición de un tercero protegido por el artículo 34 LH, que haría perder tal uso al cónyuge a quien se hubiera atribuido. Lo primero es cierto, pero apunta una incoherencia del sistema: constante matrimonio, existe el deber de declarar si la vivienda dispuesta es o no habitual de la familia (cf. art. 1.320 del Código Civil en relación con el art. 91.1 del RH). Pero, si existe crisis familiar, ya no se aplica ni la limitación del artículo 1.320, ni el artículo 91 RH que le sirve de cobertura, porque procede la observancia de la limitación dispositiva del artículo 96.4 del Código Civil, que no tiene la debida cobertura hipotecaria.

En consecuencia, la protección del hogar familiar es inferior en situación de crisis matrimonial (cuando debería ser lo contrario), porque, en tal caso, al atributivo del uso corresponde la carga de solicitar el acceso registral de su derecho, si quiere oponerlo a tercero. Si esto no se hiciera, el dueño de la vivienda no debe disponer aisladamente (art. 96 del Código Civil), pero sí puede hacerlo, sin necesidad de declarar si constituye o no vivienda familiar. Esta imprevisión reglamentaria puede provocar el advenimiento de un tercero protegido por el artículo 34 LH.

Mayor complejidad presenta la segunda cuestión: inscrita la disposición unánime sobre la vivienda familiar, ¿queda siempre protegido el adquirente que reúne los requisitos del artículo 34 LH? Desde luego, ningún precepto procesal hasta la fecha dice que la vivienda familiar sea inembargable. Parece que, como todo derecho real sobre cosa ajena, debe cesar cuando lo haga el dominio de ésta. Pero, al margen de que se constituya sobre derecho arrendaticio urbano, cuestión ya resuelta, ¿cabe que se trate de un estado posesorio oponible al tercero hipotecario? La STS de 11-12-92 declara al respecto que la atribución judicial del uso de la vivienda habitual a uno de los cónyuges se erige en título legítimo, justificativo de la ocupación incluso frente a propietarios que traen causa del cónyuge, primitivo titular, en determinadas condiciones. Es por ello que parece que tal posesión, al menos transitoriamente, afecta al tercero protegido, lo que constituye una excepción al principio de fe pública, que merecería una especial regulación para la evitación de conflictos.

III. Sentencias del Tribunal Supremo

1. DERECHO CIVIL

B) OBLIGACIONES Y CONTRATOS

POT JOSÉ QUESADA SEGURA, ISABEL DE LA IGLESIA MONJE,
ISABEL MORATILLA GALÁN y M.^a DEL CARMEN CORRAL GIJÓN

RECURSO DE APELACION: NO PUEDEN RESOLVERSE PROBLEMAS DISTINTOS A LOS PLANTEADOS EN PRIMERA INSTANCIA. (SENTENCIA DE 25 DE SEPTIEMBRE DE 1999.)

Doctrina de la Sentencia.—El recurso de apelación en nuestro ordenamiento jurídico, aunque permita al Tribunal de segundo grado examinar en su integridad el proceso, no constituye un nuevo juicio, ni autoriza a aquél a resolver cuestiones o problemas distintos a los planteados en primera instancia, dado que a ello se opone el principio general del derecho: *pendente appellatione, nihil innovetur*.

No pudiendo nunca olvidarse que el concepto de pretensiones nuevas comprende tanto a las que resulten totalmente independientes a las planteadas ante el Tribunal *a quo*, como a las que suponen cualquier modo de alteración o complementación de las mismas. En resumen, que en todo caso, una posición contraria atacaría al principio procesal de prohibición de la *mutatio libelli*.

COMPETENCIA DESLEAL: LA PERTURBACION DEBE SUBSISTIR EN EL MOMENTO EN QUE SE EJERCITA LA ACCION. (SENTENCIA DE 27 DE SEPTIEMBRE DE 1999.)

Hechos.—El «Corte Inglés» es demandado por competencia desleal por realizar durante una semana un descuento del 10 por 100 en el precio de los libros. El Tribunal Supremo desestima la demanda.

Doctrina de la Sentencia.—La Ley 3/1991 comprende en su artículo 18 un amplio catálogo de acciones que pueden ser ejercitadas contra el autor de un acto de competencia desleal. La primera de ellas, regulada en el artículo 18.1.º,

pretende que se declare la deslealtad del acto en cuestión, si bien su ejercicio está legalmente condicionado a que persista, en el momento en que se ejercite la acción, la perturbación creada por el acto de competencia desleal. Consecuentemente, sólo cabe el válido ejercicio de esta acción cuando al ejercitarse continúen los efectos perturbadores provocados por el acto desleal.

Es posible, desde luego, que en el momento de ejercitarse la acción declarativa haya cesado el acto desleal, pero que subsistan, sin embargo, sus efectos desleales o anticompetitivos, en cuyo caso subsiste también en ese momento su perturbación. Lo que no cabe es ejercitar esta acción contra un acto desleal cuyos efectos desleales hayan cesado en el momento de interponerse la demanda. Frente a los efectos producidos (no que se estén produciendo) por el acto, sólo cabe la «acción de remoción de los efectos producidos por el acto».

VENTA A CUERPO CIERTO: EL VENDEDOR DEBE ENTREGAR TODO LO QUE SE COMPRENDA DENTRO DE LOS LINDEROS. ES INEXCUSABLE EL ERROR CUANDO PUEDE EVITARSE CON UNA DILIGENCIA NORMAL. (SENTENCIA DE 30 DE SEPTIEMBRE DE 1999.)

Doctrina de la Sentencia.—El Código Civil dedica los artículos 1.469 a 1.472 a fijar la cantidad de la cosa enajenada. La extensión del deber de su entrega a cargo del vendedor resulta, por regla general, de lo que conste en la correspondiente relación contractual. Tratándose en este caso de una venta a cuerpo cierto, en la que además de expresarse los linderos, se consignó la cabida, el vendedor está obligado a poner a disposición del comprador todo lo que se comprenda dentro de los linderos establecidos y, en otro caso, se le otorga al adquirente la opción de anulación del contrato u obtener rebaja proporcional del precio.

Sucede que se produjo con anterioridad a la compraventa del pleito, la cesión de 2.661 metros cuadrados a favor del Ayuntamiento, con destino a zonas verdes.

La base fáctica demostrada viene integrada con la inscripción y constancia en el Registro de la cesión al Ayuntamiento, muchos años antes de efectuarse la venta.

El error no puede confundirse con la falta de diligencia negocial requerida en cada supuesto y que aquí hay que referir a una posible consulta deficiente o no lo bastante atenta y precisa al Registro de la Propiedad.

Resulta inexcusable el error cuando pudo ser evitado, empleando una diligencia normal, por lo que si aparece acreditado un actuar negligente o incorrecto, como aquí sucede en la consulta del Registro, impide la alegación de error.

CONTRATO DE CORRETAJE: EL MEDIADOR DEBE INFORMAR AL CLIENTE DE LA IMPOSIBILIDAD DE CELEBRARSE LA COMPRAVENTA POR UN PRECIO SUPERIOR AL PERMITIDO POR LA LEY. (SENTENCIA DE 2 DE OCTUBRE DE 1999.)

Doctrina de la Sentencia.—El contrato de mediación o corretaje es un contrato atípico en nuestro derecho, que aunque tenga similitud o analogía con el

de comisión, con el de mandato o incluso con el de prestación de servicios, sin embargo nunca responderá a una combinación formada con los elementos de dichas figuras contractuales típicas. Pero a pesar de ello, su enorme práctica comercial y la importancia que ha adquirido en dicha área, hace preciso que se fijen las normas por las que se ha de regir su nacimiento, desarrollo y producción de efectos. Para ello habrá que recurrir a lo pactado por las partes, después a las normas generales de las obligaciones y contratos comprendidos en los Títulos I y II del Libro Cuarto del Código Civil, más tarde a los usos comerciales y normas complementarias, así como a la jurisprudencia.

Se puede afirmar que en el contrato de mediación o corretaje, el mediador ha de limitarse en principio a poner en relación a los futuros comprador y vendedor de un objeto determinado, pero en todo caso tal actividad ha de desplegarse en lograr el cumplimiento del contrato final, y así se entiende por la moderna doctrina en cuanto en ella se afirma que la relación jurídica entre el cliente y el mediador no surge exclusivamente de un negocio contractual de mediación, pues las obligaciones y derechos exigen además el hecho de que el intermediario hubiera contribuido eficazmente a que las partes concluyeran el negocio.

El corredor, para cumplir los encargos encomendados, debe mantener informado al cliente de todos los detalles que pudieran influir sobre la valoración y consecuencia del negocio, obligación esta propia de los contratos de comisión y de mandato, y perfectamente asumible dentro del contenido del contrato de corretaje.

El corredor tenía que haber realizado la información al cliente sobre la imposibilidad de celebrarse la compraventa por un precio superior al permitido por ley, al tratarse el objeto concreto de la futura compraventa de una vivienda construida al amparo de una protección oficial y con precio tasado e inalterable.

CONTRATOS COLIGADOS: TIENEN CARACTER ONEROSO. (SENTENCIA DE 4 DE OCTUBRE DE 1999.)

Doctrina de la Sentencia.—Los denominados por la doctrina contratos coligados son aquellos en los que la relación no deriva de su propia naturaleza y estructura obligacional, como sucede con los conexos, sino de la voluntad de los interesados, en cuanto a que la adquisición de la mercadería les permite participar en el juego, destacando su intenso carácter oneroso y no gratuito, —especialmente para la empresa patrocinadora— al requerirse para participar en el concurso o juego la previa adquisición de los productos incluidos en la promoción, respondiendo los premios ofrecidos a una publicidad calculada y proyectada para la difusión de tales mercaderías y productos, implantación en el mercado y obtención, en definitiva, de mayores ventas.

A esta tipología corresponden los contratos de ventas con obsequios, que responden a la finalidad esencial de promover las adquisiciones, ofertando a los compradores otro producto o servicio gratuito, ya sea en forma automática o mediante la participación en un sorteo o concurso, enmarcándose dentro de la normativa general para la defensa de los consumidores y usuarios, y gozando por tanto de la protección de los instrumentos específicos creados para descartar, entre otros aspectos, la existencia de comportamientos o cláusulas abusivas.

LA DOCTRINA DEL LEVANTAMIENTO DEL VELO ES UN PALIATIVO PARA EL USO ABUSIVO DE LA PERSONALIDAD JURIDICA FORMAL DE LOS ENTES SOCIALES. (SENTENCIA DE 11 DE OCTUBRE DE 1999.)

Doctrina de la Sentencia.—La doctrina del levantamiento del velo (*«to lift the veil»*) surge después de la primera guerra mundial en la perspectiva de protección de las economías nacionales, y se desarrolla en múltiples y variadas manifestaciones que no constituyen *numerus clausus*. Con la misma no se trata de afectar en modo alguno al derecho de propiedad, a la autonomía patrimonial o a la personalidad jurídica, ni siquiera cabe hablar de una crisis de estas instituciones jurídicas, aceptadas por la generalidad de los países que integran la comunidad internacional. Sólo se pretende corregir en determinadas circunstancias el uso torticero de ciertas figuras y fórmulas jurídicas. El peligro, como enseña la buena doctrina, no está en la persona jurídica, sino en una concepción de la misma que se intente caracterizar por un hermetismo intangible y suficiencia formal. La doctrina cuenta con un profuso apoyo en la jurisprudencia, y un sólido cimiento en el ordenamiento jurídico (el Código Civil acoge en el art. 7.1 el principio de la buena fe; en el 3.2 la equidad; en el 7.2 rechaza el abuso de derecho y el ejercicio antisocial del mismo, y en el 6.4 sanciona el fraude de ley).

La doctrina del levantamiento del velo es precisamente un paliativo para el uso abusivo de la personalidad jurídica formal de los entes sociales.

LITISCONSORCIO PASIVO: FINALIDAD. (SENTENCIA DE 18 DE OCTUBRE DE 1999.)

Doctrina de la Sentencia.—Con el litisconsorcio pasivo necesario se trata de evitar que personas no litigantes se vean afectadas por la sentencia recaída en proceso en el que no han sido parte. En este sentido, las sentencias de 30-6-1989, 4-1-1999 y 15-2-1999; esta última dice: El litisconsorcio pasivo necesario es una creación jurisprudencial derivada de las sentencias de esta Sala y perfectamente asumida por las corrientes doctrinales del derecho procesal, y la misma se deriva de las vinculaciones subjetivas que resultan de los derechos deducidos en juicio, por ello será preciso demandar a todos los sujetos cuyos derechos se integran en la relación jurídica de derecho material que se debate, dado que todos ellos se verán afectados por la sentencia que se dicte. Ya que si el actor no demanda a todos los que están vinculados por dicha relación jurídica, se produce lo que comúnmente en la doctrina se denomina «defectuosa constitución de la litis».

SI EL ARRENDATARIO RENUNCIA AL DERECHO DE TRASPASO, TAL DERECHO NO LO ADQUIERE EL ARRENDADOR, SINO QUE SE EXTINGUE. (SENTENCIA DE 18 DE OCTUBRE DE 1999.)

Doctrina de la Sentencia.—El derecho de traspaso de los locales de negocio arrendados es un derecho del que única y exclusivamente puede ser titular el correspondiente arrendatario, pues dicho derecho consiste en la cesión, mediante precio, de tales locales sin existencias, hecha por el arrendatario a un tercero, el cual quedará subrogado en los derechos y obligaciones nacidos del contrato de arrendamiento.

Si el arrendatario renuncia a su exclusivo derecho de traspaso (renuncia que es legalmente factible) el expresado derecho se extingue o deviene inexistente, pero no pasa a ser titular del mismo el arrendador, ya que éste, una vez extinguido el arrendamiento, puede volver a arrendar a otra persona, pero no a virtud del expresado derecho de traspaso (extinguido o inexistente como consecuencia de la renuncia que hizo al mismo el anterior arrendatario), sino simplemente con base en su derecho de propiedad sobre el local que nuevamente se propone arrendar.

Si, no obstante, la renuncia hecha por el arrendatario a su derecho de traspaso, un acreedor de tal arrendatario traba embargo sobre dicho inexistente derecho de traspaso, tanto el propio arrendatario como el mismo arrendador podrán hacer valer sus derechos a través del proceso adecuado o por la vía de los recursos correspondientes, para que se alce dicho embargo indebidamente trabado, pero en ningún caso a través de una tercera de dominio ejercitada por el arrendador, el cual no es titular de ese derecho de traspaso.

DIFERENCIAS ENTRE EL CONTRATO DE SOCIEDAD Y EL DE COLABORACION. (SENTENCIA DE 25 DE OCTUBRE DE 1999.)

Doctrina de la Sentencia.—Para que exista una sociedad se exige la concurrencia de unos elementos objetivos y subjetivos, a saber: aportaciones de actividades o bienes que pasan a formar un patrimonio común, un fin común y una *affectio societatis*. Este requisito subjetivo —intención de constituir la sociedad—, de esencial concurrencia, supone un plus añadido al simple consentimiento contractual, y consiste en la voluntad de unión paralela y dirigida a un mismo fin negocial, o voluntad de unión de una pluralidad de sujetos para correr en común ciertos riesgos.

La naturaleza de los correspondientes derechos y obligaciones del contrato litigioso hace pensar en una especie de intercambio recíproco de clientes a cambio de comisiones individualizadas por cliente, lo que se cobija jurídicamente bajo la fórmula de un contrato que denominan de «colaboración de servicios». El contrato de colaboración es una figura contractual atípica, consensual, bilateral y onerosa, diferente del arrendamiento de servicios, con una gran variedad de posibilidades en el tráfico jurídico, lo que determina además que su función económico-social se halle especialmente relacionada con la finalidad comúnmente perseguida en cada caso (causa subjetiva o del contrato). Dado el carácter atípico, su régimen jurídico se sujeta en primer lugar, a salvo las normas imperativas, a las estipulaciones de los interesados, con especial atención al fin o resultado perseguido, y en lo no expresado por la voluntad contractual, y a falta de previsión de una figura típica similar, se han de tener en cuenta las disposiciones generales de los contratos y de las obligaciones.

SOLIDARIDAD EN LAS OPERACIONES MERCANTILES. (SENTENCIA DE 27 DE OCTUBRE DE 1999.)

Doctrina de la Sentencia.—Por mor de la necesidad de ofrecer las necesarias garantías a todas las operaciones mercantiles —precisión esta además exigida paradigmáticamente en el acervo comercial de la Unión Europea—, la

actual doctrina jurisprudencial ha proclamado, con base en el artículo 3.1 del Código Civil, el carácter solidario a las obligaciones derivadas de la contratación de esa naturaleza, con lo que añade un tema específico más al Derecho mercantil en relación al tronco común del Derecho Civil (sentencias de 7-3-1992 y 14-2-1997).

PRESTAMO USURARIO. PRUEBA. (SENTENCIA DE 23 DE NOVIEMBRE DE 1999.)

Doctrina de la Sentencia.—Es cierto que con arreglo al artículo 2 de la Ley de Usura de 23 de julio de 1908, en los recursos de casación que versan sobre su aplicación puede entrar el Tribunal Supremo en el estudio y análisis de la prueba practicada en el pleito; y también es cierto que rige en la materia una mayor libertad apreciativa en orden a la fijación de los hechos y su calificación; pero para estimar el recurso de casación es preciso que resulte demostrada debidamente la concurrencia de circunstancias justificativas de la incorrecta apreciación de los juzgadores de instancia.

RESOLUCION DE COMPRAVENTA DE INMUEBLE POR INCUMPLIMIENTO EN PAGO DEL PRECIO: NO PROCEDE SI EL INCUMPLIMIENTO ES MINIMO. (SENTENCIA DE 26 DE NOVIEMBRE DE 1999.)

Doctrina de la Sentencia.—Es necesaria la concurrencia en el incumplimiento para que pueda avalar la resolución contractual, que sea indubitado y revelador de una voluntad manifiestamente rebelde y obstativa al cumplimiento por parte del deudor, bastando que al incumplidor pueda atribuírsele una conducta voluntaria obstativa al cumplimiento del contrato en los términos en los que se pactó, y siendo aconsejable la resolución en los que concurren el impago prolongado, duradero, injustificado, o quedar frustrados el fin económico-jurídico que implica el negocio de compraventa y las legítimas aspiraciones del vendedor, y aconsejable asimismo mantener el pacto en homenaje a la voluntad contractual, cuando no aparezca definida e incuestionable una decidida voluntad negativa.

Es mínima, en relación a lo ya pagado por los compradores, la cantidad que, erróneamente o no, se detrae de la última partida a abonar, y sería máxima la sanción de resarcimiento.

NO PUEDE DEJARSE PARA LA FASE DE EJECUCION DE SENTENCIA LA DEMOSTRACION DE LA EXISTENCIA DE DAÑOS. (SENTENCIA DE 26 DE NOVIEMBRE DE 1999.)

Doctrina de la Sentencia.—La doctrina de esta Sala viene declarando sin vacilación alguna que la demostración de la existencia real de los daños y perjuicios no puede dejarse para la fase de ejecución de sentencia.

La sentencia de instancia declara probada la existencia de los perjuicios materiales o patrimoniales —lucro cesante— y deja la determinación de su cuantía para ejecución de sentencia. El criterio no vulnera la doctrina de esta Sala.

Cuestión distinta es la que se plantea con los daños morales. La resolución recurrida dice: «más el daño moral si se probare en período de ejecución de sentencia el haberse causado». Claramente se defiende para ejecución la demostración de la propia realidad del daño, lo cual contradice la doctrina jurisprudencial antes expuesta, de tanto mayor aplicación en materia de daños morales por cuanto se trata de daños de no apreciación tangible, cuya valoración no puede obtenerse de una prueba objetiva, o cuya relatividad e imprecisión impide una exigencia judicial respecto de su existencia y traducción económica o patrimonial y exige la utilización de un prudente criterio, resolviendo jurídicamente con pragmatismo y aproximación (sentencias de 9 de mayo de 1984 y 5 de octubre de 1988), lo que, obviamente, implica una función más propia de la declaración que no del período de ejecución.

PRINCIPIO «IN ILLIQUIDIS NON FIT MORA»: EL SUPREMO HA ATENUADO EL AUTOMATISMO DE DICHO PRINCIPIO. (SENTENCIA DE 29 DE NOVIEMBRE DE 1999.)

Doctrina de la Sentencia.—El recurso alega que la sentencia de apelación no ha aplicado la doctrina contenida en el principio «*in illiquidis non fit mora*». Este motivo se desestima porque, si bien el referido axioma supone que si la cantidad adeudada no fuera líquida, es decir, cuando para su determinación se requiera un litigio, el abono de intereses sólo procederá desde el instante de la firmeza de la sentencia resolutoria de dicha contienda judicial, sin embargo, a partir de la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de abril de 1992, esta Sala ha atenuado el automatismo de dicho principio, al establecer que junto a la consideración de la condena de abono de intereses por las cantidades debidas como una indemnización o sanción que se impone al deudor moroso, precisamente por su conducta renuente en el pago que da lugar a la mora, cabe también concebir que si se pretende conceder al acreedor a quien se debe una cantidad, una protección judicial de sus derechos, no basta con entregar aquello que en su día se le adeudaba, sino también lo que, en el momento en que se le entrega, debe representar tal suma, y ello no por tratarse de una deuda de valor, sino también y aunque no lo fuera, porque si las cosas, incluso fungibles y dinerarias son susceptibles de producir frutos, no parece justo que los produzcan a favor de quien debió entregarlas ya con anterioridad a su verdadero dueño, es decir, al acreedor.

La completa satisfacción de los derechos del acreedor exige que se le abonen los intereses de tal suma, aunque fuera menos de la por él reclamada, desde el momento mismo en que se procedió a su exigencia judicial.

Como establece la sentencia de 1 de abril de 1997, el no devengo de intereses a partir de la interpelación judicial de una cantidad adeudada y declarada así a través del proceso, aunque fuera inferior en su *quantum* a la solicitada en la demanda iniciadora de una pretensión de reclamación de cantidad, podría configurar incluso una situación de enriquecimiento injusto, figura odiosa en relación a los principios de igualdad y seguridad jurídica, y que no precisa partir de un acto ilícito o de mala fe, sino simplemente del dato de obtener una ganancia indebida, lo que conseguiría el deudor moroso al que no se le obligara desde el momento mismo de ser requerido judicialmente a través de un proceso, a pagar los frutos civiles o intereses de una cantidad que está obligado a pagar, sea cual sea el montante definitivo de la misma.

EN LA VENTA DE NUDA PROPIEDAD CON RESERVA DE USUFRUCTO PARA EL VENDEDOR, LA TRADICION ES FORMAL. (SENTENCIA DE 3 DE DICIEMBRE DE 1999.)

Doctrina de la Sentencia.—La venta con reserva de usufructo a favor del vendedor es una hipótesis típica de *constitutum possessorium*. Es la situación inversa a la *traditio brevi manu*. El transmitente continúa en la posesión de la cosa pero en concepto distinto; se opera un cambio en la *causa possessionis* y el vendedor pasa de poseer *pro suo* a poseer *pro alieno*. El supuesto se contempla en el artículo 1.463 del Código Civil y aunque allí se refiere a los bienes muebles, la mejor doctrina entiende que ningún obstáculo hay para extender su aplicación a los bienes inmuebles.

Tampoco debe haber obstáculo para admitirlo respecto de una venta realizada en documento privado; en su favor se cuenta con que nuestro derecho admite la adquisición de la posesión (mediata en este caso), por los actos y formalidades propios para adquirir tal derecho.

En nuestro derecho positivo, para que se produzca la adquisición del derecho real de nuda propiedad por el comprador, ha de cumplirse con la, en cierto modo, vetusta exigencia de la teoría del título y el modo, que pese a un devenir que la rechaza dentro del moderno tráfico negocial, sin embargo persiste en nuestro Código Civil —art. 609—, por lo que en esa hipótesis contractual en documento privado, se cuestiona cómo es posible que el comprador, cuyo título es el contrato de compraventa, pueda convertirse en titular de esa nuda propiedad, al precisarse también el requisito del modo o tradición.

La solución ha de obtenerse mediante la flexibilización del presupuesto posesorio, que no tiene por qué siempre consistir en la entrega material de la cosa, ya que ello impediría el efecto traslativo, porque en esta compraventa esa posesión material la retiene el vendedor en su calidad de nuevo usufructuario; por ello a través de las especies de *traditio* formal o de creación legal, distantes de esa material, será cuando se conseguirá el repetido efecto adquisitivo, con lo que en definitiva, se empalma con ese instituto doctrinal del *constituto*, ya que es claro que, tras la compraventa, el vendedor pasa a poseer en concepto distinto de dueño al que antes poseía, pues ya retiene sólo la posesión inmediata, mientras que el comprador recibirá la posesión mediata del inmueble transferido.

J. Q. S.

CUANDO EXISTE PRUEBA DIRECTA SUFICIENTE NO DEBE ACUDIRSE A LA PRUEBA DE PRESUNCIONES. (SENTENCIA DE 21 DE OCTUBRE DE 1999.)

Tiene la categoría de axioma y se halla plasmado por la jurisprudencia emanada de las sentencias de esta Sala, el principio que determina que no debe acudirse a la prueba de presunciones que establece el artículo 1.253 del Código Civil, cuando exista prueba directa suficiente. Circunstancia negativa que se da en la presente contienda judicial.

El núcleo de la misma tiene como objeto el determinar y concretar si la muerte violenta sufrida por J, cuyo cadáver apareció en un monte, tuvo como origen una actuación suicida, fue un accidente o se debió a una acción homicida externa. Descartada esta última hipótesis por reconocimiento expreso de

la parte afectada, habrá que determinar cuál de las otras dos posibilidades es la que se debe proclamar.

Y es aquí cuando, para ello, en la sentencia recurrida, con la actuación hermeneútica efectuada con base en la interpretación de la prueba pericial médica y la técnica de armas, se llega a la conclusión de que la muerte sobrevino por una acción suicida. Pues bien, dicha prueba pericial interpretada no es susceptible de control casacional, ya que la misma debe ser apreciada y controlada definitivamente por el Tribunal de Instancia, según las reglas de la sana crítica, a no ser que las conclusiones vertidas en la sentencia recurrida sean contrarias a la racionalidad y conculquen las más elementales directrices de la lógica.

NO CABE LA CONDENA AL PAGO DE INTERESES CUANDO YA SE LE HA CONDENADO A LA INDEMNIZACION DE DAÑOS Y PERJUICIOS, PUES ELLO SUPONDRIA UNA DUPLICIDAD DE INDEMNIZACION. (SENTENCIA DE 25 DE OCTUBRE DE 1999.)

Hechos.—En el convenio regulador de separación asumido por los cónyuges se formalizó la contribución a la construcción de una vivienda para domicilio de las hijas del matrimonio. No se acredita en autos que la cantidad que se obligaba a aportar el demandado era otra distinta a la que figura en la escritura de capitulaciones matrimoniales de ocho millones.

Doctrina.—Producido el incumplimiento por el demandado de su obligación de pago en el plazo previsto en las capitulaciones matrimoniales, tal incumplimiento ha dado lugar a la paralización de las obras de construcción de la vivienda familiar, lo que implica un aumento del precio de ejecución una vez que aquéllas sean reanudadas, con el consiguiente perjuicio para la actora cuya reparación deberá correr a cargo del demandado incumplidor. Por ello deberá satisfacer el demandado la cantidad que, como indemnización de daños y perjuicios, se determinará en ejecución de sentencia, teniendo en cuenta el tanto por ciento que representa la cantidad dejada de abonar por el demandado y a cuyo pago es condenado (5.100.000 ptas.) en relación a la que se obligó a pagar en la escritura de capitulaciones matrimoniales (8.500.000 ptas.), aplicando ese tanto por ciento al aumento del precio de la obra que falta por ejecutar, partiendo del precio inicial de la totalidad de la obra ascendente a 15.940.000 pesetas que se establece en el informe pericial obrante en autos. No ha lugar a la condena al pago de intereses de la cantidad líquida a cuyo abono se condena al demandado, ya que ello supondría una duplicidad en la indemnización por los daños y perjuicios causados por el incumplimiento.

UNA VEZ CONDENADO AL PAGO DE LOS INTERESES PACTADOS Y VENCIDOS DESDE LA INTERPOSICION DE LA DEMANDA CABE APLICAR EL ANATOCISMO LEGAL, QUE PERMITE CAPITALIZAR TALES INTERESES VENCIDOS A FIN DE QUE PRODUZCAN NUEVOS INTERESES. (SENTENCIA DE 30 DE OCTUBRE DE 1999.)

Pactado en el contrato que cualesquiera cantidades que deban ser satisfechas entre las partes con origen o consecuencia de los pactos del convenio,

salvo el pago del precio aplazado, devengarán a favor del interés de demora del 1,50 por 100 mensual, a ello ha de estarse de conformidad con el artículo 1.108 del Código Civil, por lo que la condena al pago de los intereses legales desde la interposición de la demanda que se hace recaer, según el texto no muy claro al respecto del fallo de la primera instancia confirmado en apelación, sobre el principal reclamado y los intereses debidos, según el citado pacto quinto, infringe el citado artículo 1.108 del Código Civil, de igual modo resulta infringido el artículo 1.109-1.º regulador del llamado anatocismo legal, que si bien permite capitalizar los intereses vencidos a fin de que produzcan nuevos intereses, ello no es aplicable a los intereses no vencidos. Establecida en la sentencia recurrida la condena al pago de intereses legales sobre los intereses pactados de demora, tal condena debe limitarse a los intereses pactados y vencidos al tiempo de la interposición de la demanda que, por otra parte, deben considerarse líquidos al depender su determinación de una simple operación aritmética.

ANTE LA INEXISTENCIA DE DOLO, NEGLIGENCIA, MOROSIDAD O CONTRAVENCION DEL TENOR DE LAS OBLIGACIONES NO CONCURRE EL DEBER INDEMNIZATORIO DEL ARTICULO 1.101 DEL CODIGO CIVIL.
(SENTENCIA DE 15 DE OCTUBRE DE 1999.)

No cabe la indemnización de daños y perjuicios en el caso de un contrato de ejecución de obra donde no se midieron los m³ excavados (esenciales para el pago del precio a que tenía derecho la mercantil), donde resulta evidente la inexistencia de los supuestos relativos a dolo, negligencia, morosidad y contravención del tenor de las obligaciones, que, necesariamente comportarían la concurrencia del deber indemnizatorio previsto en el artículo 1.101 del Código Civil.

NO CABE VOLVER SOBRE LA INTERPRETACION DE LOS CONTRATOS EFECTUADA EN LA INSTANCIA EN VIA CASACIONAL, DADA SU NATURALEZA EXTRAORDINARIA. (SENTENCIA DE 21 DE SEPTIEMBRE DE 1999.)

El Juzgador de Instancia ha considerado probada la existencia de un convenio extrajudicial entre las partes, consistente en el abono a la recurrente (Caja Madrid) por don Evaristo, de la cantidad de 40.000 pesetas mensuales, que fue formalizado respecto a aquélla por don Arturo Orive, y que tendría como contrapartida la suspensión de la subasta correspondiente a un piso en derivación del procedimiento judicial sumario del artículo 131 LH, como asimismo ha apreciado que a consecuencia de tal convenio, don Evaristo ingresó las cantidades correspondientes y cumplió su parte de acuerdo, lo que no hizo la parte adversa.

Además, la sentencia del Juzgado, asumida por la de apelación, ha llegado a idéntica conclusión de que la recurrida satisfizo adecuadamente su prestación sin que lo hiciera el Banco que tenía autorizado por su cliente de hacer compensación de la deuda con el saldo positivo existente en la cuenta corriente del recurrido, y la defectuosa información entre cuentas, o la negligencia en la comprobación del cumplimiento de la referida obligación de pago achacable a la entidad Caja Madrid, no puede afectar a aquél, con lo que rebate

la incidencia de que al no detallarse que las referidas cantidades se debían destinar al abono de las cantidades pactadas, no se cumplió lo convenido por don Evaristo.

La recurrente, que no efectuó la contestación de la demanda y que ha basado la apelación, como reseña la decisión de instancia en dos motivos diferenciados (uno, la errónea interpretación de las pruebas efectuadas en la sentencia apelada; y otro, el supuesto enriquecimiento injusto por parte de don Evaristo) se refiere ahora a la interpretación contractual efectuada en la instancia, que califica de errónea, ilógica y desorbitada, cuya pretensión es desechable en casación, dada la naturaleza extraordinaria de la misma, pues volver sobre el *factum* de la sentencia recurrida para lograr su modificación, salvo circunstancias extraordinarias que no se dan en el presente caso, convertiría este recurso en una tercera instancia, amén de que la entidad bancaria ha mostrado evidente mala fe al actuar como lo hizo después de que el actor le abonara varios de los plazos convenidos.

PARA LA APLICACION DE LA REGLA DE JUICIO CONTENIDA EN EL ARTICULO 1.214 DEL CODIGO CIVIL, DEBE EXISTIR UNA DUDA TRAS LA FASE PROBATORIA EN EL PROCESO. (SENTENCIA DE 31 DE DICIEMBRE DE 1999.)

Para que el Juez pueda fallar conforme a las exigencias de los artículos 361 de la Ley Procesal Civil y 1-7 del Código Civil, el ordenamiento le ofrece un instrumento lógico para indicarle en los casos de incerteza fáctica, si la sentencia ha de ser absolutoria o condenatoria, que es lo denominado «regla de juicio» en la ciencia del derecho, y que, en el proceso civil se encuentra en el citado artículo 1.214, de modo que lo determinante para la aplicación de esta pauta legal es la presencia de la duda después de que se haya desarrollado, el menos, una mínima labor probatoria en el litigio, sin que, de otro lado, dicho mecanismo esté al alcance de la voluntad de las partes, que no impedirán su utilización en los supuestos de hecho incierto, no tienen resortes para modificar su estructura y sentido, hasta el punto de que esta Sala ha declarado que sólo se permite el recurso de casación por infracción del citado artículo 1.214 cuando el órgano judicial modifique, altere o invierta la estructura de la mencionada regla.

En la coyuntura del debate, la propia recurrente se encarga de admitir la presencia de determinados datos demostrativos en autos, relativos a la acreditación de las entregas en efectivo y remesas al Banco por un importe suficiente para cubrir las deudas contraídas, de manera que no nos encontramos ante un supuesto de falta de prueba, que sirve de base al artículo 1.214, sino que lo que esta litigante pretende es sustituir la apreciación probatoria realizada por el Tribunal de apelación por la suya propia, sin embargo, según reiterada doctrina jurisprudencial, de ociosa cita, tal pretensión es inadecuada por la naturaleza extraordinaria de la casación, pues volver sobre el *factum* de una sentencia para lograr su modificación, salvo circunstancias singulares no concurrentes en este caso, transformaría este recurso en un tercera instancia.

EL 1.214 DEL CODIGO CIVIL NO TIENE OTRO ALCANCE QUE EL DETERMINAR LOS EFECTOS DE LA CARENCIA ABSOLUTA DE PRUEBAS EN UN PROCESO. (SENTENCIA DE 26 DE NOVIEMBRE DE 1999.)

Hay que tener en cuenta que la sentencia de instancia no plantea el tema de la carga de la prueba, sino que declara probado que se ha producido el aumento de la obra. El problema de la carga de la prueba es el problema de la falta de prueba, se ha dicho en frase célebre de la doctrina alemana. Verdaderamente, esta doctrina que es plasmada lacónicamente en el citado artículo 1.214 del Código Civil y desarrollada profusamente en doctrina y jurisprudencia, establece cuál de las partes debe sufrir las consecuencias de la falta de prueba: si es de un hecho constitutivo de la acción ejercitada, será la parte actora; si es de un hecho impeditivo o extintivo, la parte demandada; pero no se aplica cuando aquél o uno de estos hechos se ha declarado plenamente acreditado, y así ha ocurrido en el presente caso respecto el aumento de la obra.

VALOR PROBATORIO DE LOS DOCUMENTOS PUBLICOS Y PRIVADOS. (SENTENCIA DE 23 DE NOVIEMBRE DE 1999.)

Los documentos públicos sólo garantizan el hecho de haberse realizado ante el fedatario, no su concordancia con la realidad, y no presentan un valor superior a las demás probanzas, dado el sistema de apreciación libre en que se inspiran nuestras leyes y, si es cierto que los documentos públicos hacen prueba contra los contratantes en cuanto a las declaraciones en ellos vertidas, no es menos cierto que las mismas carecen de fe pública en cuanto a su veracidad, pudiendo ser desvirtuadas por los demás medios probatorios y el valor del documento público no se extiende al contenido del mismo o de las declaraciones que en él hagan los otorgantes y no presentan prevalencia sobre otras pruebas.

En cuanto a los documentos privados reconocidos, no tienen siempre una fuerza probatoria igual y coincidente, pues sobre tal medio probatorio ejerce su inferencia la apreciación global de las pruebas, y así el documento privado se puede apreciar en unión con otros elementos de juicio y su valor puede ser atribuido por la Sala sentenciadora en unión de otros que lo corroboran.

ES VINCULANTE LA MODIFICACION OBRADA EN EL DOCUMENTO NOVATORIO, PUES FUE LO REALMENTE QUERIDO POR LAS PARTES. (SENTENCIA DE 23 DE NOVIEMBRE DE 1999.)

La sentencia impugnada considera que no es aplicable el convenio penalizador originario, sino el adoptado en el posterior contrato novatorio a causa de que éste tenía como norte el incremento del plazo inicialmente estipulado para la ampliación de la obra y el aseguramiento del cumplimiento escrupuloso de los nuevos períodos temporales, sin embargo, la contratista reiteró su inobservancia por lo que debe valer la primera convención. La sentencia de instancia consideró la procedencia del abono de la mitad de la sexta certificación de conformidad con la novación reseñada, aunque no era admisible la resolución contractual a iniciativa exclusiva de la entidad constructora, y pese

a la falta de constancia que se tratara de trabajos efectuados durante la vigencia del documento inicial, como parece que es lo referido en el pacto III del mismo, pues la demanda no ha cuestionado especialmente esta particularidad.

Resulta evidente que por el tenor de la modificación obrada en el documento novatorio, resultaba de aplicación lo allí estipulado, que fue lo realmente querido por las partes, ya que, en otro caso, no tendría su plasmación, siendo, por demás, conveniente la argumentación referida a la inexistencia de oposición mostrada por la recurrente, sin perjuicio de que el IVA se refiere a toda la obra realizada y es de preceptiva aplicación a su titular.

EL JUZGADOR DE INSTANCIA POSEE SOBERANIA PARA LA APRECIACION DE LA PRUEBA. (SENTENCIA DE 2 DE NOVIEMBRE DE 1999.)

El recurso de casación tiene un ámbito limitado y una fisonomía en cierta medida formalista, que veda realizar al Tribunal Supremo una nueva y completa valoración del pleito y le obliga, en tesis general, a ceñirse al examen de las infracciones denunciadas, y en este caso, en verdad, la recurrente trata de convencer a este Tribunal del error en la apreciación de la prueba sufrido por el de apelación y no tiene en cuenta que, según ha manifestado esta Sala, el último citado posee, en principio, soberanía para dicha estimación, salvo que ésta resulte ilógica, opuesta a las máximas de experiencia o a las reglas de la sana crítica, que son supuestos de exclusión no concurrentes en este caso, pues lo contrario transformaría el recurso de casación en una tercera instancia.

A DIFERENCIA DE LA PROPOSICION DE SEGURO LA SOLICITUD NO VINCULA AL SOLICITANTE. (SENTENCIA DE 8 DE OCTUBRE DE 1999.)

Se debe diferenciar cuándo se trata de una solicitud y no de una proposición de seguro, es obvio, pues que dicha solicitud de seguro no vinculará al solicitante, precisión subjetiva, cuya literalidad no puede ser la que se colige de la «ratio» recurrida, ya que el problema se cierne sobre la vinculación no del solicitante o futuro asegurado, sino de la afectación de la contraparte o asegurada, para lo que es preciso valorar las demás circunstancias reseñadas, o sea, salvo que los hechos demuestren que por la propia conducta consecuen- te en coherencia con la recepción de dicha solicitud al no darse una manifes- tación expresa en contrario, haya que entender que esa vinculación queda perfectamente constatada por la propia línea de actuación concluyente o actos consecuentes a la recepción de dicha solicitud; y se repite la no manifestación expresa en contrario, a lo que habrá que añadir que, en su conexión con el carácter de la correlativa sanción asignada a la proposición del seguro por el asegurador al decirse que «solamente vinculará al proponente durante un plazo de quince días» que, es cierto, que al haberse notificado el siniestro después de los quince días, y haberse manifestado por parte de la aseguradora la existencia de la póliza y el desplazamiento del perito, son circunstancias todas ellas que deben conjugarse en su relieve significativo para que al socaire del recto sentido de la mutua confianza y de buena fe negocial que deben privar en todo pacto de trato sucesivo, como es el del seguro, no merece sino

la repulsa el que, con posterioridad a ese proceso actuario, la Compañía de Seguros pretenda retractarse de tales actos concluyentes sobre admisibilidad de la existencia de dicho seguro.

I. I. M.

RECLAMACION POR VICIOS RUINOGENOS. SOLIDARIDAD ENTRE LOS DISTINTOS RESPONSABLES SI NO SE ACREDITA EL GRADO DE CULPA DE CADA UNO DE ELLOS. EL PLAZO DECENAL DEL ARTICULO 1.591 DEL CODIGO CIVIL ES UN PLAZO DE GARANTIA, NO DE PRESCRIPCION. (SENTENCIA DE 29 DE DICIEMBRE DE 1993.)

El Juzgado de Primera Instancia número 8 de los de Vigo, en sentencia de 1 de julio de 1993, estima solo parcialmente la demanda. La Audiencia Provincial de Pontevedra (Sala 2.ª) en sentencia de 24 de mayo de 1994, estima el recurso de apelación.

Prospera el recurso de casación.

Objeto de la litis.—Se enjuician, a lo largo de esta litis, dos problemas: 1) la prescripción; 2) la solidaridad o mancomunidad de los responsables por los vicios ruínógenos de un edificio.

Doctrina de la Sentencia.—Reiterados fallos de la Sala han proclamado que el plazo de diez años para exigir responsabilidades por los vicios de la construcción o de la dirección no es plazo de prescripción, sino de garantía. Los daños y perjuicios pueden reclamarse al contratista o al arquitecto director de la obra si la ruina tuviere lugar dentro de diez años, contados desde que concluyó la construcción —art. 1.591 del Código Civil—.

Si el contratista o el arquitecto responde de los daños es porque tiene obligación de reparar. Es una obligación legal. Y los damnificados ostentarán el correlativo derecho para exigir la reparación del perjuicio. Pero así como los derechos nacen y mueren, nace el derecho a la indemnización en el momento en que se detecta el desperfecto y muere quince años después de haber nacido —art. 1.964 del Código Civil—.

Así las cosas, el plazo decenal no es un plazo de prescripción, sino de garantía. El deterioro que se produzca dentro de los diez años siguientes a la terminación del edificio está garantizado. Producido el daño dentro de ese espacio temporal, nace el derecho a la indemnización en el mismo momento en que el vicio se hace patente, y una vez nacido, han de transcurrir quince años para que pueda darse por extinguido a causa de su prescripción.

Según doctrina reiterada de la Sala responden de los vicios ruínógenos no sólo el contratista y el arquitecto, sino también el promotor y el aparejador que interviene en el control de la obra. También la Sala tiene declarado que cuando no cabe concretar las proporciones intervinientes debe establecerse la responsabilidad solidaria de todos ellos en aras de una eficiente tutela judicial. Por el contrario, si es posible discriminar con nitidez la responsabilidad de cada uno en el resultado ruinoso, entonces podrán exigírseles la reparación de forma mancomunada.

De los autos resulta la interrelación de responsabilidades de todos los implicados. Es indiscutible la corresponsabilidad del constructor mucho más en

contacto inmediato con la obra, con las posibles manipulaciones de los materiales. Tampoco cabe dudar de la responsabilidad de los técnicos: el dictamen pericial emitido por un arquitecto independiente relata las discrepancias entre la memoria y el proyecto y las certificaciones de obra sucesivas, y especifica vicios refaccionarios que no pueden pasar desapercibidos a los facultativos especialistas: que falta el revestimiento pétreo en las fachadas y los dinteles de granito, que se ha alterado la solería de los distintos pisos y la carpintería interior, que existen desperfectos en las cubiertas, etc..., deficiencias todas que pueden ser percibidas por cualquier profano, cuanto más por el director de la obra y por el aparejador que con él coadyuva al buen resultado tectónico de la construcción, no puede eludirse, pues, la inevitable culpa *in vigilando*, se hace pues extensible la responsabilidad solidaria a todos los infractores.

INFRACCION DEL ARTICULO 1.281 DEL CODIGO CIVIL. NO SE ESTIMA LA MISMA. (SENTENCIA DE 30 DE DICIEMBRE DE 1998.)

El Juzgado de Primera Instancia número 41 de los de Madrid, en sentencia de 30 de abril de 1993, estima la demanda. La Audiencia Provincial de Madrid (Sección 19.ª) en sentencia de 18 de febrero de 1994, desestima el recurso de apelación.

El recurso de casación no prospera.

El artículo 1.281 del Código Civil establece una norma fundamental hermenéutica, que, con carácter general, debe regir para la determinación, alcance y consecuencias de toda relación contractual. La doctrina de la Sala viene declarando que la interpretación de un contrato es una cuestión fáctica y, como tal, su constatación es facultad privativa de los tribunales de instancia, cuya apreciación, tras el proceso de valoración de las pruebas practicadas, ha de ser mantenido y respetado en casación.

RESPONSABILIDAD INDEMNIZATORIA DE LA USUFRUCTUARIA ARRENDADORA POR UNA IMPROCEDENTE OPCION DE COMPRA CONCEDIDA A LOS ARRENDATARIOS SIN LA CONFIRMACION POR LOS NUDOS PROPIETARIOS. (SENTENCIA DE 30 DE DICIEMBRE DE 1998.)

El Juzgado de Primera Instancia número 4 de Linares, en sentencia de 3 de diciembre de 1993, estima parcialmente la excepción de falta de legitimación pasiva y estima la excepción de nulidad de una cláusula contractual del contrato de arrendamiento celebrado. La Audiencia Provincial de Jaén (Sala de lo Civil) en sentencia de 7 de septiembre de 1994, estima en parte el recurso de apelación.

No triunfa el recurso de casación.

Objeto de la litis.—Se aprecia la falta de legitimación pasiva de los code mandados copropietarios del inmueble litigioso por no haber sido parte en el contrato de arrendamiento celebrado y se resuelve además la acción controvertida declarando la nulidad de una de sus cláusulas en donde se pactaba la opción o posibilidad de adquisición dominical del objeto de ese arrendamiento suscrito entre las partes —actores y usufructuaria codemandada—.

Doctrina de la Sentencia.—Entre las pretensiones solicitadas en la petición inicial de la demanda, se encuentran las siguientes: 1) Se declare el derecho de compra de los actores sobre las instalaciones arrendadas por la demandada en base a la opción de compra que el contrato de arrendamiento contenía. 2) Subsidiariamente, se reconozca ese mismo derecho de compra por parte del complejo arrendado que se prueba pertenece a la citada demandada, y con la rebaja proporcional del precio, y 3) también subsidiariamente, de no accederse a lo anterior, que se declare la responsabilidad de la citada demandada y de los codemandados, hijos de aquélla, por los perjuicios irrogados por su incumplimiento contractual. Pero la cuestión fundamental deviene en determinar si el usufructuario de un bien puede establecer sobre el mismo una opción de compra sin el consentimiento de los nudos propietarios, y se propugna, que estando ante una cláusula contractual nula de pleno derecho, por ausencia de causa, artículo 1.300 en relación con el 1.261, que no admite confirmación, artículo 1.310, debe con estimación de la excepción de nulidad, desestimarse tanto la pretensión principal como la subsidiaria ejercitada en segundo lugar. Sin embargo, este planteamiento fue rechazado por la Sala sin perjuicio de reconocer que, como principio la usufructuaria no está facultada para conceder una opción de compra, esto es, la adquisición dominical del bien que es objeto del arrendamiento, porque no le pertenecen, sin embargo, se razona, para destacar la nulidad radical y apreciar la anulabilidad en el caso de autos; y es que el contrato suscrito no estaba viciado de nulidad radical, sino simplemente anulable y deviene nulo, solamente al no haber adquirido la propiedad que se comprometió a vender la optataria, lo que hace imposible su cumplimiento por parte de la misma, esa opción es por completo ineficaz respecto a los demandados no propietarios, por lo que debe ser anulada de acuerdo con lo previsto en el artículo 1.300 del Código Civil. Y es que teniendo en cuenta la ejecutoriedad del contrato de opción, sería un evento de futuro, así mientras transcurre el tiempo desde que se constituyó el contrato hasta que se ejercite la opción, pudiera perfectamente haber devenido en propietaria la usufructuaria arrendadora, lo cual aboca, en la inicial validez del contrato de arrendamiento, y la opción adosada tras lo que acontezca, en cuanto a la supuesta cualidad dominical de la arrendadora, pues no es posible instar cualquier clase de nulidad de un contrato con base en una carencia o vicio provocado por la misma parte que postula dicha nulidad y que es la usufructuaria-arrendadora.

DONACION ENCUBIERTA. REQUISITO DE ESCRITURA PUBLICA. (SENTENCIA DE 30 DE DICIEMBRE DE 1998.)

El Juzgado de Primera Instancia número 2 de Torrejón de Ardoz, en sentencia de 8 de septiembre de 1992, estima íntegramente la demanda. La Audiencia Provincial de Madrid (Sección 8.^a) en sentencia de 6 de julio de 1994, estima el recurso de apelación.

No prospera el recurso de casación.

Base fáctica.—La recurrente considera que la causa del negocio de donación encubierta, cuya validez es admitida por la sentencia de instancia, es ilícita, debiendo, pues, declararse la nulidad radical del contrato de compraventa simulado bajo una causa falsa. Yerra el recurrente al estimar que la exigencia de la escritura pública para la donación no se cumple, aplicando lo

que el notario autorizó como contrato de compraventa, puesto que en verdad el notario estaba autorizando un contrato de donación. Doctrina que conduce a que aparezcan cumplidas las exigencias formales del artículo 633 del Código Civil invocado como infringido al haberse hecho las donaciones en escritura pública con expresión individualizada de los bienes objeto de las mismas y constar en la misma forma la aceptación de los donatarios, presuntos compradores, que comparecieron personalmente al otorgamiento de las escrituras, todo ello sin perjuicio de la posible inoficiosidad de las referidas donaciones por aplicación del artículo 636 del Código Civil y la obligación de colacionar los bienes por los donatarios que resulten ser herederos forzosos del donante de acuerdo con los artículos 1.035 y siguientes del mismo Código.

Doctrina de la Sentencia.—La ilicitud de la causa deriva de que «no puede considerarse lícita la causa cuando lo que se pretende es favorecer a uno de los hijos, perjudicando los derechos de los legitimarios», respondiendo el otorgamiento de escritura pública a una motivación fraudulenta, cual es evitar la aplicación de los artículos 806 y siguientes y 1.035 y siguientes del Código Civil. El donante no actúa ilícitamente cuando favorece a alguno de sus hijos, tanto más cuanto que por vía de herencia puede hacerlo, incluso frente a los legitimarios dentro de ciertos límites, máxime si tenemos en cuenta las prevenciones legales sobre la inoficiosidad de las donaciones contenida en el artículo 636 en relación con el 1.035, ambos del Código Civil. No cabe anticipar durante la vida de los futuros causantes, aquellos efectos, puesto que los hijos en cuestión, supuestamente perjudicados, no son herederos testamentarios, ni forzosos, en tanto no fallezcan aquéllos en atención a que fallezcan los derechos a la sucesión de una persona se transmiten desde el momento de su muerte, artículo 657 del Código Civil, y es, en este momento, cuando se puede determinar quiénes son los herederos.

La validez de las donaciones encubiertas bajo la forma de compraventa ha dado lugar a soluciones divergentes no sólo en la doctrina científica, sino también en la jurisprudencia, por eso numerosas sentencias reconocen la validez de la donación de inmuebles encubierta bajo la forma de escritura pública de compraventa. En nuestra litis la cuantía del precio, notablemente inferior al real, y la naturaleza remuneratoria de la donación, que compensa servicios prestados por la hija y su marido, encargados de atender a sus padres, los donantes; el previo arriendo de los donatarios de la finca vendida y la previa existencia de una opción de compra, en favor de los mismos y que se extinguió en virtud de contrato litigioso, junto con las dificultades interpretativas que comporta el artículo 622 del Código Civil, determinan que se consideren concurrentes todos los requisitos necesarios para la eficacia de la expresada donación, pues a tenor de la sentencia de 9 de mayo de 1988, si bajo el negocio simulado existe el negocio disimulado, la forma de éste será la propia del simulado y si es la exigida por la ley para el tipo de negocio el que pertenece cumple con el requisito formal correspondiente.

OBLIGACION DE HACER. CAMBIO DE DENOMINACION SOCIAL DE UNA SOCIEDAD ANONIMA. INADMISIBILIDAD. (SENTENCIA DE 31 DE DICIEMBRE DE 1998.)

El Juzgado de Primera Instancia número 41 de los de Barcelona, en sentencia de 3 de febrero de 1993, desestima la demanda. La Audiencia Provincial

de Barcelona (Sección 15.^a), en sentencia de 16 de febrero de 1994, estima el recurso de apelación.

No ha lugar al recurso de casación.

Objeto del litigio.—Se discute la existencia de una obligación de hacer consistente en cambiar la denominación social de la Sociedad Anónima code-mandada, y pese a que no consta aquella obligación en escritura pública, llega a la convicción de la existencia del pacto contractual, no incluido en la escritura y que es fuente de la obligación de hacer mencionada.

Doctrina de la Sentencia.—La desestimación del iter del recurso pasa por evidenciar en el mismo una detallada serie de hechos contradictorios a los expuestos por la sentencia de instancia, se valora la prueba y se da a unos documentos una trascendencia mucho mayor a la que le da la sentencia de instancia. A lo largo de la litis no se plantea un problema de interpretación de negocio jurídico, sino que simplemente la sentencia de instancia da por probada la existencia del pacto de cambio de denominación social, por lo cual no hay problema de carga de prueba sino que estima probada la cuestión fáctica. No teniendo aplicación la doctrina de los actos propios, ya que el hecho de que se parte es que se quiso y se pactó por los contratantes el cambio de denominación social.

LA COMPENSACION DE DEUDAS ES TOTALMENTE INVIABLE. (SENTENCIA DE 16 DE ENERO DE 1999.)

El Juzgado de Primera Instancia número 49 de los de Madrid, en sentencia de 8 de febrero de 1993, desestima la demanda. La Audiencia Provincial de Madrid (Sección 13.^a) en sentencia de 6 de junio de 1994, desestima el recurso de apelación.

El recurso de casación no prospera.

Base fáctica.—Don Rogelio Fresno reclama la entrega de ocho millones de pesetas residuales de un reconocimiento de deuda por cuantía de veintitrés millones (quince ya satisfechos) cuyo pago final debería materializarse en la entrega de un chalet en el término municipal de Alalpardo, al haberse aceptado por las partes esta modalidad de dación en pago sustitutiva. Esta obligación de entrega resultaba de un documento privado suscrito el 18 de abril de 1989, en el que se decía que «como consecuencia de operaciones mercantiles realizadas entre "Verde y Paz, S.A.", y don Rogelio Fresno Muñoz, existe en la actualidad un saldo favorable al señor Fresno de veintitrés millones de pesetas. Y como forma solutoria del remanente final de ocho millones, se establecía la aludida dación en pago.

Doctrina de la Sentencia.—El artículo 1.281 del Código Civil propicia una inteligencia progresiva de la «litis» que ahora nos ocupa, según tal precepto: «Si las palabras utilizadas en el contrato parecieren contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquéllas». Y un caso claro de PREVALENCIA DE LA INTENCION es el que nos ocupa: hay una contradicción entre el reconocimiento fechado el 18 de abril de 1989 y la confesión que lo interpreta. Es incongruente decir que se adeudan a don Rogelio Fresno

veintitrés millones de pesetas y que este reconocimiento de deuda se realizó «como liquidación de los pagos recibidos en diversas fechas...». Liquidar una relación crediticia es buscar un líquido neto después de haber restado de un pasivo total el activo de unos pagos realizados. Es inconsecuente afirmar que se debe lo mismo lo que se ha pagado o parte sustancial de lo que se ha pagado. Y esto es confundir dos cosas inconfundibles porque son radicalmente antitéticas: no se pueden establecer similitudes entre un recibo de cantidad y un reconocimiento de deuda, porque, lógica y jurídicamente, son todo lo contrario. Y según el artículo 1.282 del Código Civil, para juzgar la intención de los contratantes debe atenderse principalmente a los actos de estos coetáneos y posteriores al contrato. Actos posteriores son la confesión judicial y las entregas de dinero realizadas que confirman la idea de que debió redactarse un recibo de cantidades y no un reconocimiento de deuda. Y por último citar el artículo 1.288 del mismo texto legal en el sentido de que «la interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no deben favorecer a la persona que ha ocasionado la oscuridad», y es que si don Rogelio era consciente de haber percibido reiterados abonos, no debía sugerir un documento que alentaba un reconocimiento de deuda, de algo que ya no se le debía. No hay, además, en nuestra litis compensación, pues para que haya compensación exige nuestro derecho positivo la existencia enfrentada de contratantes que sean, recíprocamente, acreedores y deudores el uno del otro, y este requisito ineludible está ausente en la relación jurídica existente entre los litigantes, en ella, hay un solo acreedor: don Rogelio, los demás son deudores.

RESOLUCION DE CONTRATO DE COMPRAVENTA POR INCUMPLIMIENTO DE LA VENDEDORA. EX ARTICULO 1.124 DEL CODIGO CIVIL. (SENTENCIA DE 21 DE ENERO DE 1999.)

El Juzgado de Primera Instancia número 4 de los de Granada, en sentencia de 1 de septiembre de 1992, estima la excepción perentoria de falta de legitimación activa. La Audiencia Provincial de Granada (Sección 3.ª), en sentencia de 24 de enero de 1994, desestima el recurso de apelación.

No prospera el recurso de casación.

Hechos.—En el caso concreto de autos, el esposo de la demandante solicita un camión frigorífico para transporte de mercancía y reparto de congelado. La demandada, dentro de la variedad y gama de carrocerías y equipos de frío que se le ofrecen, elige según economía y servicios o uso para los que va a destinar dichos elementos, los que se acomodan a sus pretensiones. Pero quedó reconocido por todas las partes llamadas al proceso que el equipo frigorífico instalado era inadecuado para la finalidad requerida por la actora a la demandada, reparto de productos congelados, lo que conllevó a que el mismo, por su uso para dicho fin, tras varios defectos de funcionamiento, tuviera que ser cambiado por uno nuevo.

Doctrina de la Sentencia.—Es jurisprudencia de la Sala respecto a quien dejó de cumplir el contrato que ha de estarse en casación a lo resuelto por la Sala de instancia, mientras no se impugne por adecuada vía (entre ellas, sentencias de 12 de diciembre de 1914; 12 de marzo de 1947; 7 de enero de 1949, etc...) el problema de incumplimiento o cumplimiento del contrato es

cuestión de hecho, y que tras la reforma de la Ley 10/1992, de 30 de abril, se considera error de derecho en la apreciación de la prueba, pudiendo revelarse la voluntad de incumplir por una prolongada inactividad o pasividad del deudor, pero sin que pueda exigirse una aplicación literal de la expresión «voluntad deliberadamente rebelde», que sería tanto como exigir dolo y basando frustrar las legítimas aspiraciones de los contratantes.

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL. (SENTENCIA DE 22 DE ENERO DE 1999.)

El Juzgado de Primera Instancia número 1 de los de Antequera, en sentencia de 24 de marzo de 1993, estima la demanda. La Audiencia Provincial de Málaga (Sección 4.ª), en sentencia de 16 de diciembre de 1993, estima el recurso de apelación.

No prospera el recurso de casación.

Hechos.—El Juzgado de Primera Instancia número 1 de los de Antequera estima la demanda interpuesta por don Cristóbal Quintana Aranda contra la Compañía Aseguradora Catalana de Occidente, Compañía de Seguros y Reaseguros, S.A., en la que reclama una determinada cantidad de dinero en base a una póliza de seguros, concertada con la misma, de responsabilidad civil, multirriesgo de pequeña y mediana empresa, póliza que entró en vigor el 20 de mayo de 1988, y del préstamo que se tuvo que concertar con la Caja de Ahorros de Córdoba para hacer frente a la condena por responsabilidad extracontractual a consecuencia del accidente acontecido en su taller. Y es que el responsable de tal siniestro era también trabajador por cuenta del actor, y por lo tanto, el riesgo del accidente estaba cubierto en la susodicha póliza de responsabilidad civil suscrita con la parte recurrente.

Doctrina de la Sentencia.—Para que exista la responsabilidad civil aludida, es preciso que el daño fuese ocasionado por persona que tuviese tal relación de dependencia con el asegurado y de forma categórica, que ha de prevalecer como auténtica *quaestio facti*, incluso elevada a la categoría de *quaestio iuris*.

En la cobertura asegurada no sólo estaban incluidas las relaciones laborales de derecho sino también las relaciones de hecho, sin embargo, no se deja resquicio alguno para incorporar esta relación *de facto*, en relieve laboral en su caso, y sin perjuicio y con base a la responsabilidad extracontractual, se pudiera haber derivado esa responsabilidad, cuyo montante económico es el que se pretende en vía de resarcimiento o de repetición al propio asegurado ejercitando la acción que le ampara en el artículo 73 de la Ley de Contrato de Seguro, y ello porque es perfectamente posible, y con independencia de que con base al artículo 1.903 del Código Civil, está claro que la *ratio petendi* deberá apoyarse en lo pactado en la póliza.

RECURSO DE REVISION. (SENTENCIA DE 23 DE ENERO DE 1999.)

Triunfa el recurso extraordinario de revisión interpuesto contra la sentencia de 27 de octubre de 1994, dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Avilés.

Presupuestos fácticos.—Son los siguientes: 1) La entidad mercantil «Talleres Febe, S.L.», fue constituida por escritura de 3 de enero de 1986, otorgada por don Fernando Fernández García, don Juan Bautista Álvarez Rodríguez y don Francisco Beato López, y posteriormente pasaron a ser únicos partícipes de la misma los fundadores señores Fernández García y Beato López. 2) Los dos precitados señores y mediante escritura pública de 12 de febrero de 1988, adquirieron, por mitad y proindiviso, determinados locales comerciales y por otra escritura de 7 de julio de 1989, otro solar. 3) Los reiterados señores vendieron en escritura pública de 14 de diciembre de 1989, el derecho de superficie sobre la mitad del solar a «Talleres Febe, S.L.», que construyó en él una nave industrial con destino a taller de carpintería y oficinas de la industria. Y 4) los copropietarios señores Fernández García y Beato López decidieron poner término al condominio existente entre ellos.

Doctrina de la Sentencia.—Recopilando la reiterada doctrina mantenida por la Sala acerca del recurso de revisión, conviene decir que: «por su naturaleza de extraordinario y por cuanto vulnera el principio riguroso y casi absoluto de irrevocabilidad de los fallos que han ganado firmeza, requiere que la interpretación de los supuestos que le integran, haya de realizarse con criterio, pues lo contrario llevaría a la inseguridad de situaciones reconocidas o derechos declarados en la sentencia, con quebrantamiento del principio de autoridad de la cosa juzgada, sin que sea posible, a través de la revisión, examinar o enjuiciar la actuación procesal del Tribunal que dio lugar a la sentencia impugnada, ni pretender una nueva instancia con un nuevo análisis de la cuestión debatida y resuelta, y ha de interponerse en el plazo de tres meses contados desde que se descubrieron los documentos, o el fraude, o la declaración de falsedad, y no hayan transcurrido cinco años desde que se publicó la sentencia, y dicho plazo de tres meses es de caducidad, rigiéndose su cómputo por el artículo 5 del Código Civil, además la maquinación fraudulenta precisa la prueba cumplida de hechos que, por sí mismos, evidencien que la sentencia ha sido ganada por medio de ardides o artificios tendentes a impedir la defensa del adversario, de suerte que concurra un nexo causal eficiente entre el proceder malicioso y la resolución judicial, pudiendo comprender bajo el término «maquinación fraudulenta» todas aquellas actividades de la actora que vayan dirigidas a dificultar u ocultar al demandado la iniciación del juicio con objeto de obstaculizar su defensa, asegurando así el éxito de la demanda, y dado su carácter extraordinario y excepcional, no autoriza a proponer un examen de las cuestiones que ya tuvieron lugar adecuado en el pleito. Proyectando la doctrina jurisprudencial transcrita, no cabe duda que la mercantil actora en el procedimiento, asimismo indicado, no actuó con la debida diligencia y lealtad procesal, tal hecho fue empleado como un medio de impedir la defensa del adversario, originando, en definitiva, una sentencia ganada injustamente.

CONGRUENCIA E INTERPRETACION DE LOS CONTRATOS. (SENTENCIA DE 28 DE ENERO DE 1999.)

El Juzgado de Primera Instancia número 19 de los de Valencia, en sentencia de 19 de mayo de 1993, estima la excepción de litisconsorcio pasivo necesario. La Audiencia Provincial de Valencia (Sección 7.^a) en sentencia de 30 de junio de 1994, estima parcialmente el recurso de apelación.

El recurso de casación no triunfa.

Hechos.—A partir del día 1 de enero de 1991, y durante un plazo no superior a tres años, las partes se obligan a reunirse para tratar de llegar a un acuerdo con la opción de compra a favor de los arrendatarios, el cual se plasmará, en su caso, en un documento aparte e independiente del presente contrato, en el que se fijarán las cláusulas acordadas por las partes. Las conversaciones en cuanto a la opción de compra por parte de los arrendatarios, se estipularían siempre y en base al valor de dicho local en el momento de la compra. A partir de esa fecha y durante un plazo no superior a tres años, las partes se obligan a reunirse para tratar de llegar a un acuerdo sobre la opción de compra.

Doctrina de la Sentencia.—Es premisa clara de la Sala la de que las sentencias deben ser claras, precisas y congruentes con las demandas y con las demás pretensiones deducidas oportunamente en el pleito, haciendo las declaraciones que éstas exijan, condenando o absolviendo al demandado, y decidiendo todos los puntos litigiosos que hayan sido del debate. La resolución recurrida incurrió en una incongruencia *extra petita* al condenar a los demandados por motivo distinto de los alegados y debatidos en el litigio. Así, el artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil impone una consustancial armonía entre los pronunciamientos de la sentencia y las pretensiones de las partes. La condena, en lugar de ser solidaria, lo es por terceras partes, por lo que, es evidente, pues, que está dentro de lo que se denomina incongruencia *intra petita*, ya que se concede menos de lo pedido y sin que sea relevante que la *ratio decidendi* tenga en cuenta o contemple dos contratos existentes entre las partes en esta litis.

I. M. G.

NO PROCEDE LA RESOLUCION DE LA COMPRAVENTA DE UN INMUEBLE POR FALTA DE PAGO DEL PRECIO SI HAY INCUMPLIMIENTO POR PARTE DEL VENDEDOR EN LA ENTREGA DE LA OBRA, SEGUN LOS TERMINOS DEL CONTRATO. (SENTENCIA DE 11 DE FEBRERO DE 1999.)

Ponente: Excmo. Señor don Luis Martínez-Calcerrada y Gómez.

Una promotora demanda a dos personas exigiendo la resolución de un contrato de compraventa de una vivienda, junto con la correspondiente indemnización; uno de los demandados, a su vez, formula reconvencción frente a la parte actora, desestimando el Juzgado la demanda y estimando la reconvencción. La Audiencia Provincial confirma la sentencia y la actora recurre en casación.

El TS desestima el recurso al considerar que no hubo incumplimiento del contrato por parte de los compradores, pues en dicho contrato se establece expresamente que la parte compradora se obligaba a abonar las cantidades estipuladas al firmar la escritura que habría de ser el día en que *necesariamente debía estar acabada la vivienda*, pues, según el artículo 1.462 del Código Civil, la firma de la escritura supone la entrega de la casa. Pero la parte actora

no ha cumplido sus obligaciones, pues, según la sentencia de la Audiencia Provincial, se considera probado que en tal fecha, no sólo no estaba acabada la vivienda, sino que ni siquiera lo estaban las cubiertas, cerramientos y tabiquería, lo que ya supone un incumplimiento total de sus obligaciones, sin que por ello fuera por causa debida a la otra parte, ya que el comprador no tenía todavía obligación de pagar nada, por no darse aún los supuestos determinados en el contrato, sin que sea admisible la alegación de un convenio entre las partes para atrasar la entrega de la vivienda, por no estar probado y no haberse acabado la obra en la fecha señalada en dicho convenio.

NO ES NECESARIO PACTO EXPRESO PARA QUE UNA OBLIGACION SE CONSIDERE SOLIDARIA, BASTANDO QUE APAREZCA DE MODO EVIDENTE QUE ESA FUE LA VOLUNTAD DE LOS CONTRATANTES O RESULTE DE LA PROPIA NATURALEZA DE LO PACTADO. (SENTENCIA DE 6 DE MARZO DE 1999.)

Ponente: Excmo. Señor don Francisco Morales Morales.

Una persona demanda a un matrimonio para la devolución de un préstamo, pidiendo además que ambos cónyuges sean declarados obligados de forma indistinta y solidaria. El Juzgado estima parcialmente la demanda, condenando al marido y absolviendo a la esposa. La Audiencia Provincial revoca la sentencia y condena también a la esposa, la cual recurre en casación.

El TS desestima el recurso, refiriéndose a lo que declara la sentencia recurrida, la cual, entre otras cuestiones procesales, declara probado que la recurrente era la titular de la cuenta en la que se ingresó la cantidad reclamada, y a la consideración que dicha sentencia hace de que la solidaridad, pese a la presunción de mancomunidad que consta en el artículo 1.137 del Código Civil, basada en el *favor debitoris*, no precisa de pacto expreso, ni lo considerará así la doctrina ni la jurisprudencia, siendo la tendencia actual hacia la solidaridad para garantía, reforzamiento y estímulo en el concierto y cumplimiento de los contratos, perfectamente compatible con la posibilidad de división interna de las respectivas obligaciones, sin perjuicio de las acciones *ad intra* entre los codeudores. La solidaridad puede considerarse existente por el conjunto de antecedentes demostrativos de que ha sido querido por las partes aquel resultado económico, bastando que aparezca de modo evidente la voluntad de los contratantes de haberse obligado *in solidum* o resulte dicha solidaridad de la propia naturaleza de lo pactado, y en este caso se deduce del hecho que aparece probado en la sentencia recurrida: la cantidad prestada fue ingresada por el marido en la cuenta de la esposa.

LA RESOLUCION UNILATERAL DEL CONTRATO DE OBRA CUANDO HA HABIDO INCUMPLIMIENTO POR PARTE DEL CONTRATISTA NO ES DESISTIMIENTO UNILATERAL DEL ARTICULO 1.594 DEL CODIGO CIVIL, SINO CAUSA DE RESOLUCION DEL CONTRATO. (SENTENCIA DE 9 DE MARZO DE 1999.)

Ponente: Excmo. Señor don José Almagro Nosete.

Una entidad demanda a otra que la había contratado para hacer una obra en reclamación de varias cantidades por diversos conceptos, entre ellos la indemnización por resolución unilateral del contrato. El Juzgado estima la demanda, pero la Audiencia Provincial revoca la sentencia. La parte actora recurre en casación.

El TS desestima el recurso al apreciar que no es aplicable al caso el artículo 1.594 del Código Civil, según el cual, el desistimiento de la obra por parte del dueño obliga a indemnizar al contratista, porque se ha probado que la parte recurrente también incumplió, por no haber presentado en el plazo pactado en la cláusula octava de las condiciones particulares del contrato el aval por valor del cinco por ciento del importe del contrato —precio alzado de mil novecientos millones de pesetas —a que se había comprometido en dicha cláusula, por lo que, conforme al art. 1.124 del Código Civil, no puede existir la facultad de exigir el cumplimiento ni de reclamar daños y perjuicios no imputables a la otra parte. Se trata, por tanto, de dos supuestos diferentes, y el que se aplica al caso es, precisamente, la resolución por incumplimiento de sus obligaciones por una de las partes, de acuerdo con el artículo 1.124 del Código Civil.

LA SOCIEDAD ANONIMA QUEDA OBLIGADA FRENTE A TERCEROS DE BUENA FE AUNQUE EL ACTO CELEBRADO POR ELLA NO ESTE INCLUIDO EN EL OBJETO SOCIAL. EL AVAL DA LUGAR AL EJERCICIO DE LA ACCION CAMBIARIA SIN PERJUICIO DE LA QUE SE EJERCITE POR LA OBLIGACION PRINCIPAL. (SENTENCIA DE 18 DE MARZO DE 1999.)

Ponente: Excmo. Señor don Pedro González Poveda.

Varias personas que han formado una sociedad que no ha llegado a adquirir personalidad jurídica (por actuar una de ellas como mandatario verbal y no haber sido ratificado éste) compran un hotel, cuyo precio se abonaría aplazadamente mediante el libramiento de varias letras de cambio, cuya aceptación venía avalada por otra SA. Vencidas las dos primeras letras, el vendedor reclama el pago y la responsabilidad solidaria de la avalista. El Juzgado estima parcialmente la demanda, absolviendo a varios de los codemandados. La Audiencia Provincial confirma la sentencia y la sociedad avalista recurre.

El TS desestima el recurso, abordando la cuestión de que la sociedad avalista sí puede ser demandada por el ejercicio de una acción para exigir el cumplimiento de un contrato de compraventa en que no ha sido parte, pues el hecho de haber avalado las letras libradas y aceptadas para el pago del precio da lugar a que pueda ser condenada al pago del importe nominal de los títulos, en ejercicio de una acción cambiaria, sin perjuicio de la que se ejercite para exigir el cumplimiento de la obligación principal. Por otra parte, no es válido el argumento de que la concesión de avales no consta en el objeto social de la entidad recurrente, pues, según el artículo 129.1 de la Ley de Sociedades Anónimas dispone que *la sociedad quedará obligada frente a terceros que hayan obrado de buena fe y sin culpa grave, aun cuando de los estatutos inscritos en el Registro Mercantil se desprenda que el acto no está comprendido en el objeto social*, y el aval fue prestado por el Consejero-Delegado de la sociedad recurrente, sin que se haya alegado ni probado mala fe por parte del vendedor.

LOS DERECHOS DE AUTOR SON PERSONALISIMOS; POR TANTO, PARA REPRODUCIR UNA OBRA, SE HA DE SOLICITAR AUTORIZACIÓN DE LOS AUTORES, O DE LO CONTRARIO, INDEMNIZARLES. (SENTENCIA DE 23 DE MARZO DE 1999.)

Ponente: Excmo. Señor don Román García Varela.

Dos reporteros demandan a una editorial que publica una revista, reclamando el reconocimiento de la autoría de un reportaje que publicó dicha revista y la propiedad del material utilizado, así como la indemnización por daños y perjuicios. El Juzgado desestima la demanda y la Audiencia Provincial revoca parcialmente la sentencia, reconociendo los derechos de autor de la parte actora, aunque rebajando la cuantía de la indemnización. Ambas partes recurren.

El TS admite el recurso de los actores y desestima el de los demandados, pues la sentencia impugnada ha negado eficacia a las cláusulas contractuales contenidas en el documento que autorizaba la publicación en la revista bajo determinadas condiciones, por haberse firmado por el subdirector de la misma sin haberse probado si sus facultades se adaptaban a las previsiones legales. Por otra parte, se ha probado que los demandantes son los autores del citado reportaje, por aparecer sus nombres en la obra original y por haberse probado su elaboración del mismo, la cual genera una labor de creación. La jurisprudencia tiene declarado que los derechos de autor son personalísimos, integrándose en ellos contenidos económicos y morales, por lo que la autorización para reproducir una obra ha de darse por quienes son sus autores.

EL ARTICULO 1.154 DEL CODIGO CIVIL ESTA CONCEBIDO EXPRESAMENTE PARA LOS CASOS DE CUMPLIMIENTO PARCIAL O IRREGULAR, Y NO ESTA CONDICIONADO AL INCUMPLIMIENTO TOTAL. (SENTENCIA DE 30 DE MARZO DE 1999.)

Ponente: Excmo. Señor don Alfonso Barcala y Trillo-Figueroa.

Se pide en la demanda (interpuesta por los compradores) lo siguiente: 1.º Declarar nulo el contrato de compraventa de una finca en Lanzarote, por ser dos de los compradores extranjeros y no haberse obtenido la autorización de la autoridad militar española; 2.º en su defecto, que se declare la no resolución del mismo por el requerimiento hecho por el vendedor por falta de pago del resto del precio por los compradores, que ya habían satisfecho parte del mismo; 3.º en tal caso, la declaración de nulidad de la escritura de venta de la finca hecha a otras personas, también demandadas, y 4.º en caso de no darse lugar a los anteriores pedimentos, que se deje sin efecto la cláusula penal que consta en el contrato, o que se modere equitativamente. El Juzgado desestima la demanda y la Audiencia Provincial revoca parcialmente la sentencia, declarando modificada parcialmente la cláusula penal. El vendedor recurre en casación.

El TS desestima el recurso, al rechazar el argumento de la parte recurrente de que el artículo 1.154 del Código Civil sólo es aplicable cuando la pena se ha pactado en caso de incumplimiento total de la obligación garantizada, no para cuando, como ocurre en el caso, los compradores han pagado cantidades

a cuenta y dejado de pagar alguna de las parciales convenidas al vencer los plazos estipulados. De hecho, el artículo 1.154 del Código Civil dice expresamente que la modificación equitativa de la pena tendrá lugar cuando la obligación principal *hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor*, que es precisamente el supuesto que encaja en este caso, en el que se dejó de satisfacer el resto del precio.

LA EXISTENCIA O NO DE LA BUENA FE PRECONTRACTUAL HA DE SER APRECIADA EN CADA CASO PARTICULAR. UN PRESUPUESTO DE PRECIOS NO CONSTITUYE CONTRATO VINCULANTE. (SENTENCIA DE 5 DE ABRIL DE 1999.)

Ponente: Excmo. Señor don Luis Martínez-Calcerrada y Gómez.

Una SA es contratada para la realización de unas obras en la Expo'92, y encomienda a otra SA varios estudios en relación con soluciones técnicas a los problemas que planteaban dichas obras, suscribiéndose entre ambos un documento de «Presupuesto de Vidriería» en el que sólo se hace constar el importe; más tarde, la primera SA comunicó a la segunda que no la subcontrataría al haberse producido un recorte presupuestario. La segunda SA demanda a la primera reclamándole una determinada cantidad en concepto de indemnización; el Juzgado desestima parcialmente la demanda, rebajando el importe de la indemnización, y la Audiencia Provincial revoca parcialmente la sentencia, elevando el importe. La SA demandada recurre en casación.

El TS estima el recurso al considerar que no se da, como pretende la sentencia recurrida, responsabilidad por culpa *in contrahendo*, ya que no se aprecia falta de buena fe en la conducta de la sociedad recurrente, ni que haya actuado maliciosamente, pues no se apartó caprichosamente del *iter* negocial iniciado, según se desprende del caso, y más teniendo en cuenta que la jurisprudencia dispone que la buena o mala fe ha de apreciarse en cada supuesto particular. Por otra parte, el documento previo llamado «presupuesto de precios» no es un auténtico contrato, pues no es calificado en ningún momento como tal, sino como «presupuesto», que sólo se limita a recoger unos conceptos y un precio para cada uno de ellos, al que la parte demandada se limitó a dar su conformidad, pero siempre supeditada a la posterior formalización del convenio, que no llegó a realizarse.

LA PRESTACION EN QUE CONSISTE EL GRAVAMEN EN UNA DONACION MODAL ES EXIGIBLE AUNQUE EL CONTRATO NO SEA BILATERAL, Y SU INCUMPLIMIENTO GENERA LA FACULTAD DE EXIGIR, NO SOLO LA REVOCACION, SINO EL CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO O LA INDEMNIZACION DE DAÑOS Y PERJUICIOS. (SENTENCIA DE 6 DE ABRIL DE 1999.)

Ponente: Excmo. Señor don José Almagro Nosete.

Unos padres donan a su hija la nuda propiedad de varios inmuebles, bajo la obligación impuesta y aceptada por la donataria de convivir con los donantes, asistiéndoles y cuidándoles, entre otros extremos. Ante el incumplimiento de dicha obligación, los donantes demandan la revocación de la donación,

siendo desestimada la demanda al acogerse la excepción de prescripción de la acción revocatoria. Ahora, los donantes vuelven a demandar el cumplimiento del contrato con resarcimiento de los daños y perjuicios. El Juzgado estima la demanda y la Audiencia Provincial, estimando la excepción de cosa juzgada, revoca la sentencia. Los donantes recurren en casación.

El TS estima el recurso al apreciar que la donación modal, propiamente dicha, es la que impone al donatario el cumplimiento de una obligación como determinación accesoria de la voluntad del donante, y, aunque el contrato no es recíproco, pues el gravamen ha de ser inferior al valor de lo donado, la prestación en que consiste el gravamen es exigible y su cumplimiento no queda al arbitrio del donatario. En cuanto al posible ejercicio de la acción, la revocación no es la única facultad que confiere el incumplimiento de la obligación, sino también la posibilidad de exigir el cumplimiento o sus equivalentes indemnizatorios; por tanto, si se desestima la acción revocatoria por otra razón que no sea la de que no hubo incumplimiento —en este caso, la prescripción— se puede acudir a la acción de cumplimiento, sin que actúe aquí la presunción de cosa juzgada por haber diferentes causas de pedir.

EL RETRASO EN EL CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO POR CAUSAS NO IMPUTABLES A UNO DE LOS CONTRATANTES NO DA LUGAR A LA RESOLUCION, Y PUEDE DAR LUGAR A LA CONCESION DE UN NUEVO PLAZO PARA CUMPLIR. (SENTENCIA DE 8 DE ABRIL DE 1999.)

Ponente: Excmo. Señor don Francisco Morales Morales.

Una persona celebra con una sociedad promotora un contrato de cesión de varios terrenos a cambio de obra, obligándose la promotora a entregar a la cedente un piso y una plaza de garaje en el edificio que se construyera en un plazo expresamente pactado, y a pagar una determinada cantidad en caso de incumplimiento por causas que le fueran imputables. Al carecer de la licencia municipal para construir un edificio de las características requeridas, la promotora presentó al Ayuntamiento un estudio de detalle para poder obtener la correspondiente, con el resultado de que no se pudo finalizar el edificio ni hacer la entrega en el plazo convenido. La cedente demandó a la promotora reclamando la cantidad estipulada para ese caso en el contrato y, en su defecto, la resolución del mismo. El Juzgado desestima la demanda en el sentido de condenar a la promotora a entregar la obra y pagar los intereses legales de la cantidad reclamada. La Audiencia Provincial revoca la sentencia, condenando a la promotora al pago de dicha cantidad. La promotora recurre en casación.

El TS estima el recurso por considerar, entre otros motivos, que está probado que el incumplimiento de la recurrente se debió a causas no imputables a ella debido a la falta de licencia municipal, y además procuró cumplir su obligación, sólo que no le fue posible hacerlo en el plazo convenido por las razones indicadas, pues gestionó la concesión de la licencia adecuada. En virtud de las circunstancias del caso, el TS considera procedente la concesión de un nuevo plazo para realizar la entrega a la cedente.

LA ACCION RESOLUTORIA DE UN CONTRATO BILATERAL DEBE EJERCITARSE EXCLUSIVAMENTE FRENTE A QUIEN HAYA INCUMPLIDO SU OBLIGACION. (SENTENCIA DE 13 DE ABRIL DE 1999.)

Ponente: Excmo. Señor don Pedro González Poveda.

Se celebra entre una persona física y otra más, junto con una sociedad constructora, un contrato que ellos llaman de compraventa, consistente en cambiar un bajo comercial por una vivienda. Debido al incumplimiento de los otros dos contratantes dentro de plazo, la dueña del bajo les demandó a los otros, reclamando la resolución del contrato, la mutua devolución de los citados inmuebles y la indemnización por daños y perjuicios. El Juzgado desestima la demanda, y la Audiencia Provincial revoca la sentencia. Uno de los codemandados, la persona física, recurre en casación.

El TS desestima el recurso, entre otros motivos procesales, porque considera que la acción para atacar el contrato —cuya calificación compete al Juzgador de instancia— que, en este caso, es de permuta, y no un contrato complejo, se encuadra dentro del artículo 1.124 del Código Civil —y no, como alega el recurrente, dentro de la acción rescisoria del art. 1.483 del Código Civil—, apoyándose en la falta de entrega de la cosa prometida en el plazo estipulado por no haberse finalizado la obra a tiempo por la constructora; si dicho incumplimiento es imputable a la parte recurrente, este es el único responsable frente a la otra parte, sin perjuicio de las acciones que pueda tener frente a su codemandada.

EL INCUMPLIMIENTO DE LA CONDICION SUSPENSIVA EN EL PLAZO SEÑALADO EXTINGUE EL CONTRATO, TENIENDOSE POR VERDADERO EL TITULO SI LAS PARTES ACEPTAN SUS EFECTOS. (SENTENCIA DE 20 DE ABRIL DE 1999.)

Ponente: Excmo. Señor don José Menéndez Hernández.

Una SA demanda a un matrimonio la extinción de la compraventa de un piso, celebrada en documento privado, por no haberse cumplido la condición suspensiva convenida en un plazo determinado, y que se les tenga por precaristas de la vivienda, pidiendo así su desalojo. El Juzgado estima la demanda y la Audiencia Provincial confirma la sentencia. Los demandados recurren en casación.

El TS desestima el recurso al apreciar que el hecho del incumplimiento de la condición —reconocimiento de una deuda anterior— está probado y la extinción del contrato, debido a ello, respaldada por los artículos 1.114 y 1.117 del Código Civil. No se puede alegar la falsedad del documento privado —instrumentada por fotocopia— porque de los actos posteriores al incumplimiento por los demandados se deduce que aceptaron la resolución del contrato, habiendo, por tanto, disfrutado la finca en concepto de precario.

LAS NORMAS REGULADORAS DEL SANEAMIENTO POR VICIOS OCULTOS NO SON APLICABLES A LOS CASOS DE DEFECTOS EN LA CONSTRUCCIÓN DEL ARTICULO 1.591 DEL CODIGO CIVIL. (SENTENCIA DE 23 DE ABRIL DE 1999.)

Ponente: Excmo. Señor don Alfonso Villagómez Rodil.

Una empresa demanda a otra empresa constructora, de la que era subcontratista, reclamando indemnización por daños y perjuicios. La demandada formula reconvencción, reclamando también indemnización por incumplimiento de la subcontrata por ejecución defectuosa de la obra y abandono de los trabajos. El Juzgado desestima la demanda y estima la reconvencción, y la Audiencia revoca parcialmente la sentencia en cuanto a la cuantía de la indemnización a pagar por la demandante reconvenida, la cual recurre en casación.

El TS desestima el recurso, entre otros motivos procesales, porque la alegación por parte del recurrente de la inaplicación del artículo 1.484 del Código Civil —porque, al haber recibido la obra el contratista, representaría una aceptación formal de la ausencia de defectos— está fuera de lugar, ya que el artículo 1.484 del Código Civil se refiere a la compraventa, no al contrato de ejecución de obra, ya que los defectos de construcción no constituyen simples vicios ocultos, cuya acción de saneamiento se extingue a los seis meses, sino defectos tipificables en el artículo 1.591 del Código Civil y no impiden que integren situación de incumplimiento contractual.

LA FIGURA DEL «LEVANTAMIENTO DEL VELO» EN LAS SOCIEDADES DA LUGAR A LA RESPONSABILIDAD DE VARIAS SOCIEDADES QUE TIENEN EL MISMO ADMINISTRADOR. NO SON RESPONSABLES POR CULPA O NEGLIGENCIA LOS ARBITROS QUE HAN EMITIDO UN LAUDO CON RETRASO POR CAUSAS NO IMPUTABLES. (SENTENCIA DE 26 DE ABRIL DE 1999.)

Ponente: Excmo. Señor don Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.

Una SA demanda a otras dos y a varias personas físicas, reclamando el pago de un canon arrendaticio, la responsabilidad solidaria de varios de ellos e indemnización por daños y perjuicios a dos de los demandados por incumplimiento del mandato arbitral, que dio lugar al fracaso del arbitraje y al proceso judicial. El Juzgado estima parcialmente la demanda, absolviendo a los árbitros, y la Audiencia Provincial confirmó la sentencia. Los demandados condenados recurren en casación.

El TS desestima el recurso, declarando que es un hecho probado en la sentencia recurrida que los árbitros se retrasaron en la emisión del laudo por causas ajenas a su voluntad, y, por tanto, no son responsables por culpa o negligencia. Por otra parte, en cuanto a la responsabilidad de las sociedades demandadas, ésta puede exigirse en virtud de la doctrina del *levantamiento del velo*, según la cual es preciso, en determinadas ocasiones, entrar en el sustrato de ciertas personas jurídicas para impedir que, al amparo de un formalismo legal, se incida en fraude de terceros o se facilite un uso antisocial del derecho; en este caso, la sentencia recurrida declaró probado que el recurrente es

administrador de las dos sociedades recurrentes, y que las operaciones que han dado lugar a este proceso han sido posibles en virtud de esta administración única, dando lugar a la responsabilidad de todos ellos.

EL INCUMPLIMIENTO POR LOS ADMINISTRADORES DE UNA SOCIEDAD ANONIMA DE LA OBLIGACION DEL ARTICULO 262.5 DE LA LSA DA LUGAR A RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DE LOS MISMOS. (SENTENCIA DE 29 DE ABRIL DE 1999.)

Ponente: Excmo. Señor don Luis Martínez-Calcerrada y Gómez.

Un Banco que tiene la forma de SA demanda a sus Administradores reclamando una indemnización por incumplimiento de varias obligaciones establecidas en la Ley de Sociedades Anónimas por haber caído la sociedad en insolvencia. El Juzgado desestima la demanda y la Audiencia Provincial confirma la sentencia. El Banco recurre en casación.

El TS estima el recurso al considerar que los Administradores incurren en responsabilidad por haber incumplido la obligación impuesta por el artículo 262-5.º de la Ley de Sociedades Anónimas de convocar la Junta General en el plazo de dos meses, por insolvencia social debida a la falta de pago de deudas por sus clientes, a los fines de adoptar, en su caso, el acuerdo de disolución o no solicitar la disolución judicial de la sociedad, previendo el citado precepto expresamente la responsabilidad solidaria de los Administradores en tal caso.

SI LOS ESTATUTOS DE UNA SOCIEDAD CIVIL DISPONEN QUE TODO ADQUIRENTE DE PARTICIPACIONES INDIVISAS ES SOCIO, SE LE APLICAN LAS DISPOSICIONES PREVISTAS EN EL CODIGO CIVIL Y EN LOS ESTATUTOS. (SENTENCIA DE 27 DE MAYO DE 1999.)

Ponente: Excmo. Señor don José Menéndez Hernández.

Una sociedad civil demanda a una entidad reclamando una cantidad por el concepto de cuota de gastos de mantenimiento de las cuotas de participación social de que la entidad demandada es titular, entre otros conceptos. La demanda es estimada por el Juzgado, y la Audiencia Provincial confirma la sentencia. La demandada recurre en casación.

El TS desestima el recurso, entre otras razones de carácter procesal, porque, según el artículo 1.º de los estatutos de la sociedad civil demandante y recurrida, los propietarios de participaciones indivisas de una finca constituyen la sociedad civil, y adquieren por el hecho de ser copropietarios la condición de socios, por haberse vinculado el carácter social a la titularidad de las participaciones. Según estos mismos estatutos, los gastos de conservación y mantenimiento corren a cargo de los socios, que han de satisfacer las cuotas oportunas. Por tanto, si la entidad recurrente es titular de participaciones indivisas en la finca, es socia, y como tal, según los artículos 1.689 y correlativos del Código Civil y los estatutos sociales, se le ha de repercutir la cuota proporcional por la utilización de los servicios prestados por la sociedad.

EL CONSORCIO DE COMPENSACION DE SEGUROS SOLO ESTA OBLIGADO POR LEY A SUPLIR LA INOPERANCIA DE LAS ENTIDADES ASEGURADORAS DENTRO DE LOS LIMITES CUANTITATIVOS LEGALMENTE ESTABLECIDOS PARA EL SEGURO OBLIGATORIO. (SENTENCIA DE 27 DE MAYO DE 1999.)

Ponente: Excmo. Señor don Alfonso Barcala y Trillo-Figueroa.

El propietario de un camión demanda al Consorcio de Compensación de Seguros en reclamación de una cantidad, basándose en que, debido a un accidente que tuvo con su vehículo asegurado, fue condenado a pagar ciertas cantidades por daños y perjuicios; por entrar en quiebra la Compañía aseguradora, el Consorcio procedió al pago de sus obligaciones en el ámbito y límites del seguro obligatorio, y abonó una suma inferior a aquella a que fue condenado a pagar el conductor, que ha sido requerido de pago por el resto. El Juzgado desestima la demanda y la Audiencia Provincial revoca la sentencia. El Consorcio recurre en casación.

El TS estima el recurso al observar que la Ley de 24 de diciembre de 1962 y la jurisprudencia estiman que el Fondo Nacional de Garantía sólo está legalmente obligado a suplir la inoperancia de las entidades aseguradoras dentro de los límites cuantitativos legalmente establecidos para el seguro obligatorio, y no lo está a afrontar el pago de indemnizaciones consecuentes a seguros voluntarios.

LA FALTA DE CUMPLIMIENTO POR PARTE DEL VENDEDOR DE SU OBLIGACION DE RECIBIR EL PRECIO ES CAUSA DE RESOLUCION DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA. LA VENTA DE UN BIEN GANANCIAL CON EL CONOCIMIENTO DEL OTRO CONYUGE ES ANULABLE, NO RADICALMENTE NULA. (SENTENCIA DE 17 DE JULIO DE 1999.)

Ponente: Excmo. Señor don Alfonso Villagómez Rodil.

Se celebra un contrato de compraventa de tres fincas en documento privado, siendo el vendedor casado y no habiendo consentido su esposa, aunque conoció la existencia del contrato cuando más tarde se le hizo un requerimiento por acta notarial. Los compradores demandan a los vendedores reclamando la elevación a público del contrato, y los vendedores formulan reconvencción en la que piden, uno la resolución, y otra la nulidad del contrato por la citada falta de consentimiento de la esposa. El Juzgado estima la demanda y desestima la reconvencción, y la Audiencia Provincial confirma la sentencia. Los vendedores recurren en casación.

El TS desestima el recurso al apreciar los hechos probados, que acreditan que la parte vendedora se negó a recibir el precio, al no cobrar el talón del primer plazo y al rechazar los otros talones, con el pretexto de que el contrato era nulo, rechazando también el ofrecimiento de pago que le hizo la parte compradora, y que el requerimiento que por acta notarial hizo la parte vendedora a la compradora resolviendo el contrato fue recibida por el portero, sin que se demostrase la fecha efectiva de recepción por el destinatario, lo que no altera su incumplimiento inicial y decisivo, que le priva de la facultad de resolver. Por otra parte, la falta de consentimiento de la esposa, no de su

conocimiento —que tuvo lugar a través de un requerimiento notarial— no hace radicalmente nulo el contrato, sino sólo anulable, y por tanto, subsanable por el consentimiento posterior expreso o tácito.

LA IMPOSIBILIDAD DE DAR A LA COSA VENDIDA LA FINALIDAD PRETENDIDA POR EL COMPRADOR ES INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACION POR PARTE DEL VENDEDOR QUE DA LUGAR A LA RESOLUCION Y A LA INDEMNIZACION POR DAÑOS Y PERJUICIOS. (SENTENCIA DE 26 DE JULIO DE 1999.)

Ponente: Excmo. Señor don Román García García.

El comprador de una finca demanda al vendedor, reclamando la resolución del contrato y la indemnización por daños y perjuicios, al no poder destinar el inmueble al uso pretendido —ubicación de un establecimiento comercial— debido a la situación urbanística del mismo y a la falta de dos locales comerciales que se habían determinado en el contrato. El Juzgado estima parcialmente la demanda, declarando resuelto el contrato, pero con el pronunciamiento de que quedaban en poder de los demandados, en concepto de daños y perjuicios, las cantidades percibidas por éstos como precio aplazado. La Audiencia revocó la sentencia, desestimando tanto la demanda como la reconvencción. El demandante recurre en casación.

El TS estima el recurso al considerar que la sentencia impugnada no ha tenido en cuenta que los vendedores debían conocer la situación urbanística de la finca, pues el Plan General de Ordenación establecía como uso característico de la misma el residencial, además de otros concretos, entre los cuales no estaba el que el comprador quería darle, mientras que, por otra parte, la determinación en el pacto de que en el inmueble había dos locales comerciales no correspondía a la realidad. Por tanto, la obligación denunciada en el litigio como incumplida por los vendedores es la referente a la ineptitud del objeto comprado para el uso a que debía destinarse es causa de resolución del contrato e indemnización por daños y perjuicios.

NO PUEDE PROSPERAR LA ACCION DE SANEAMIENTO POR VICIOS OCULTOS SI EL PRETENDIDO DEFECTO ES VISIBLE. EL SIMPLE ERROR EN LOS MOTIVOS NO INVALIDA EL CONTRATO. (SENTENCIA DE 29 DE JULIO DE 1999.)

Ponente: Excmo. Señor don José Menéndez Hernández.

La compradora de un inmueble demanda a los vendedores reclamando la resolución y nulidad del contrato y la indemnización por daños y perjuicios por la existencia de un pozo negro en la finca y por desconocer que ésta se hallaba en terreno no urbanizable, lo que le impide realizar algunas reformas. El Juzgado desestima la demanda y la Audiencia confirma la sentencia. La demandante recurre en casación.

El TS desestima el recurso al considerar que la existencia de un pozo negro no es vicio oculto, porque es un sistema normal de evacuación en construcciones de la antigüedad de la litigiosa en zonas donde no hay red de alcan-

tarillado y porque no puede conceptuarse como vicio *oculto* un pozo negro perfectamente visible a seis metros de la casa. Es decir, no hay ningún defecto oculto, porque el pozo es manifiesto y no hace la vivienda inútil. Por otra parte, la suspensión de las licencias para realizar obras se acordó en el Plan General, por el plazo de dos años, el 11 de enero de 1994, y la compraventa privada se otorgó el 5 de noviembre de 1992, además de que el simple error en los motivos no invalida el contrato, sobre todo porque dichos motivos no se hicieron constar en el mismo. Tampoco la suspensión temporal de las licencias es una prohibición de edificar, porque la finca está ya edificada y apta para su ocupación inmediata, por lo que no es aplicable la facultad de rescisión del artículo 45 de la Ley del Suelo.

EL INCUMPLIMIENTO COMUN DE AMBOS CONTRATANTES HACE IMPROCEDENTE LA RESOLUCION DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA. (SENTENCIA DE 29 DE JUNIO DE 1999.)

Ponente: Excmo. Señor don Luis Martínez-Calcerrada y Gómez.

Una SA demanda a otra, reclamando la resolución por incumplimiento de un contrato de compraventa con indemnización por daños y perjuicios. El Juzgado desestima la demanda y la Audiencia Provincial revoca la sentencia. La demandada recurre en casación.

El TS estima el recurso, pues considera que el Tribunal *a quo* no tuvo en cuenta que tanto la parte demandada como la demandante incurrieron en mora en el cumplimiento de sus obligaciones respectivas, y la mora para una de ellas no puede comenzar hasta que la otra cumple con su obligación, según el artículo 1.100 del Código Civil, por lo que no procede la resolución ni la indemnización por haber compensación de culpas.

LA JUNTA DE OBRAS DEL PUERTO NO ES RESPONSABLE DE LA DESTRUCCION DE MERCANCIAS POR EL INCENDIO PRODUCIDO EN LAS DEPENDENCIAS PORTUARIAS, POR NO SER DEPOSITARIA DE DICHAS MERCANCIAS. (SENTENCIA DE 30 DE JULIO DE 1999.)

Ponente: Excmo. Señor don Luis Martínez-Calcerrada y Gómez.

Una Compañía de seguros demanda a la Junta de Obras y a la compañía estibadora de un puerto donde se produjo un incendio que destruyó unas mercancías allí almacenadas, reclamando el importe de las mismas más los procedentes intereses y costas legales. El Juzgado desestimó la demanda y la Audiencia confirmó la sentencia. La aseguradora recurre en casación.

El TS desestima el recurso, aceptando el pronunciamiento del Tribunal de instancia, según el cual la Junta de Obras y la otra demandada no asumieron la condición de depositarias de las mercancías siniestradas, según se establece expresamente en el reglamento por el que se rige el puerto, por lo que no son responsables de los daños, salvo que se hubiesen establecido garantías para las mismas en sus reglamentos particulares de almacenaje, lo que no se ha acreditado hubiera tenido lugar en este caso, y, por otra parte, la tarifa que se paga al respecto da sólo derecho a utilizar las instalaciones del puerto, no a la cons-

titución de un depósito, siendo responsabilidad de los usuarios el cuidado y vigilancia de las mercancías, así como el resarcimiento de los daños causados a las instalaciones portuarias.

LA PRESTACION POR EQUIVALENCIA ORDENADA EN LA EJECUTORIA SUPONE UNA AUTENTICA DEUDA DE VALOR A APRECIAR EN LO EJECUTORIADO. (SENTENCIA DE 29 DE JULIO DE 1999.)

Ponente: Excmo. Señor don Luis Martínez-Calcerrada y Gómez.

Un Auto de la Audiencia Provincial confirma el Auto del Juzgado de Primera Instancia que, dando cumplimiento a la ejecutoria, fija una cantidad determinada como prestación por equivalencia que ha de abonar la parte ejecutada por no poderse cumplir *in natura* la obligación, y es recurrido en casación.

El TS estima al recurso al apreciar que, cuando no sea posible el cumplimiento *in natura* de la obligación, se procederá a devolver la prestación que corresponda por equivalencia, es decir, el valor del objeto al momento en que se tenga que consumir el derecho reconocido o tutelado por la sentencia, lo que implica integrar una auténtica deuda de valor, pero que se considere debidamente actualizado en el momento de la satisfacción de ese derecho, lo que en este caso no es posible por haberse vendido la finca objeto de esta obligación a terceros.

M.^a C. C. G.

C) ARRENDAMIENTOS

POR CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ

Arrendamientos rústicos

ACCESO A LA PROPIEDAD.—LA APLICACION DEL ARTICULO 43 DE LA LEY PARA FIJAR EL PRECIO DE LA FINCA ES LICITA AUNQUE SEA EL ARTICULO 39 EL QUE SE DEDICA A LA FIJACION DEL PRECIO DE LAS FINCAS RUSTICAS MIENTRAS AQUEL SIRVE PARA VALORAR LOS BIENES DE CUALQUIER CLASE QUE SEAN. NO PUEDEN EXCLUIRSE ALGUNAS FINCAS DEL DERECHO DE ACCESO SI ESTAN INCLUIDAS EN LA SENTENCIA. (SENTENCIA DE 11 DE JULIO DE 1995.)

El Juzgado número 2 de Pamplona desestima la demanda, pero la Audiencia Provincial de la misma capital revocó la anterior.

No se admite la casación. El auto del Juzgado acogió el criterio del artículo 43 LE Forzosa para determinar el valor de los inmuebles ya que, de seguirse el del artículo 39 de la misma Ley se llegaría a un precio alejado de la realidad del mercado, pero ello no implica contradicción con el fallo sino la utilización de la facultad que concede el artículo 43 para evitar una valoración injusta, ya que es doctrina de la Sala que no se incurre en extralimitación respecto a lo

que se ejecuta cuando se decide sobre extremos que, aún no contemplados en la resolución a ejecutar son consecuencia natural e ineludible de la situación jurídica examinada en el litigio. El que el fallo mencione sólo el artículo 39 se explica porque es el que dedica la LEF a la determinación del justo precio de fincas rústicas, pero no elimina la posibilidad de aplicar el artículo 43 que es el que fija el valor de los bienes, cualquiera que sea su naturaleza. No se pueden excluir algunas fincas del derecho de acceso a la propiedad si se excluyen en la sentencia, ya que ésta no puede modificarse en la fase de ejecución, pues lo contrario supondría una vulneración del artículo 24 de la Constitución y una modificación, retroactiva e intempestiva de la misma. MANIFESTADA POR EL ARRENDATARIO su voluntad de adquirir, ejercitando su derecho por vía judicial mediante la acción que ampara su legítimo interés, no puede manifestar su falta de interés, una vez que obtiene satisfacción judicial de su pretensión, pues supone vulneración de la doctrina de los actos propios.

EXTINCION DE ARRENDAMIENTO.—LOS SUCESESORES DE LA HEREDERA FIDUCIARIA QUE ARRENDO LA FINCA PUEDEN DAR POR EXTINGUIDO EL ARRENDAMIENTO TRANSCURRIDO EL AÑO AGRICOLA EN QUE FALLECIO AQUELLA, POR CONSOLIDACION DEL DOMINIO. (SENTENCIA DE 18 DE JULIO DE 1995.)

El Juzgado número 1 de Puertollano estimó la demanda y la Audiencia Provincial de Albacete desestimó la apelación.

No procede la casación. La heredera fiduciaria arrendó a los demandados las fincas y uno de los herederos fideicomisarios, fallecida aquélla, requirió al arrendatario para que tuviera por extinguido el contrato de arrendamiento. La no limitación de la posibilidad de disponer «intervivos» paliaría la dificultad que surgiría a tenor del artículo 12.1 LAR para concertar arrendamientos, pero el concierto de un contrato arrendaticio no desvirtúa los derechos de quienes ostenten expectativas sucesorias sobre los bienes arrendados sino que, por el contrario, han de incluirse estos derechos en la fórmula amplia de otros derechos análogos de goce que el artículo 13 LAR prevé por lo que se ha producido el efecto de consolidación del dominio de las personas designadas como herederos para el caso de que subsistan bienes a la muerte de la fiduciaria, que entonces adquirirían la condición de arrendadores pero sólo durante el correspondiente año agrícola y de ahí su legitimación para ejercitar la acción correspondiente y, en consecuencia ha de entenderse, transcurrido el año agrícola, extinguido el arrendamiento. No se pide por la actora ni se discute en la sentencia la extinción del arrendamiento por finalización del plazo fijado para el arrendamiento, lo que hubiese permitido las prórrogas de los artículos 25 y 26 y exigido los requerimientos que mencionan los recurrentes sino extinción por consolidación del dominio con otros derechos de goce que regula el artículo 13 LAR y que no exige requerimiento alguno.

ACCESO A LA PROPIEDAD.—SI LA APLICACION DE LOS ARTICULOS 39 Y 43 DE LA LEF DETERMINA UN VALOR SUPERIOR O INFERIOR AL REAL A JUICIO DEL JUEZ, SE LLEVARA A CABO LA TASACION PARA ENCONTRAR CRITERIOS MAS ADECUADOS AL VALOR REAL DE LA FINCA. (SENTENCIA DE 21 DE MARZO DE 1996.)

El Juzgado de Azpeitia estimó la demanda y la Audiencia Provincial revocó en parte la anterior, en cuanto al precio.

No procede la casación. Se admitió por el Juzgado el derecho de acceso a la propiedad debiendo abonarse la cantidad de 7.752.803 pesetas, y en la apelación la Audiencia modificó este precio fijándolo en 11.174.243 pesetas. La alegación de que los valores fijados por los Organismos oficiales son muy superiores al fijado por la Audiencia no se puede tener en cuenta, ya que la legislación de expropiación forzosa contiene una garantía patrimonial, fijándose en la utilidad pública y el interés social como justificantes de la privación forzosa de la propiedad que es lo que, en realidad, supone el derecho de acceso a la propiedad. Cuando la aplicación de los artículos 39 y 43 de la Ley de Expropiación determinen un valor superior o inferior al real, a juicio del juez, éste llevará a cabo la tasación por los criterios que considere más adecuados, todo lo cual significa que los precios no vienen preestablecidos y se fijarán en cada caso concreto, tratando de hallar el valor real, sin que venga ligado a valoraciones realizadas por órganos administrativos con carácter general, de manera que la búsqueda de ese valor real mal puede conculcar el principio constitucional de igualdad ante la Ley y es reconocido por reiterada jurisprudencia de esta Sala.

ACCESO A LA PROPIEDAD.—NO SE EXCLUYE LA CONDICION DE CULTIVADOR PERSONAL POR EL HECHO DE QUE EL ARRENDATARIO SEA PENSIONISTA DE LA SEGURIDAD SOCIAL POR INVALIDEZ PERMANENTE DEL MISMO. (SENTENCIA DE 25 DE MARZO DE 1995.)

El Juzgado número 1 de Chiclana estimó la demanda y confirmó la Audiencia.

No se admite la casación. Se argumenta en el recurso que el actor no tiene la condición de cultivador personal, ya que su situación de pensionista de la Seguridad Social no dimana de su jubilación por edad, sino de haber sido declarado inválido con invalidez absoluta. Pero hay numerosas sentencias que declaran compatible la condición de cultivador personal y de pensionista de la Seguridad Social y no cabe limitar esa compatibilidad a quienes sean PENSIONISTAS POR EDAD, EXCLUYENDO A LOS DECLARADOS INVALIDOS, ya que es factible la explotación de los predios tanto por sí como valiéndose de la ayuda de familiares, sin utilizar asalariados más que circunstancialmente. Así lo reconocen las sentencias de 28 de enero de 1988 y de 18 de diciembre de 1993, refiriéndose la primera de ellas al supuesto de invalidez permanente, que si ciertamente puede impedir el desempeño material de las faenas agrícolas o al menos de la mayor parte de ellas, no es obstáculo para que pueda llevar la explotación con ayuda de sus hijos. En el presente caso se declara probado que el actor cultiva la finca en unión de una cuñada y de una hija, residiendo todos ellos en la vivienda que se halla en la finca, sin que tal dato de hecho resulte desvirtuado por el recurrente, por lo que no cabe negar al actor la condición de cultivador personal que, en unión de los demás requisitos legales que concurren en el caso, le habilitan para acceder a la propiedad de la finca arrendada, como establecen las sentencias de las instancias.

ACCESO A LA PROPIEDAD.—EL INFORME DEL PERITO NO DEMUESTRA QUE LA FINCA TENGA UN VALOR SUPERIOR EN VENTA AL DOBLE DEL PRECIO QUE CORRESPONDE A LAS DE SU MISMA CALIDAD O CULTIVO EN LA COMARCA. (SENTENCIA DE 10 DE MAYO DE 1996.)

El Juzgado número 3 de Bilbao estimó la demanda y la Audiencia confirmó.

No se admite la casación. Alega el recurrente que las circunstancias que se deducen del informe pericial hacen pensar en la aplicación de la causa 3.ª del apartado 1.º del artículo 7 LAR, exclusorio de la legislación especial arrendaticia, ya que la Diputación Foral de Vizcaya es propietaria de la otra mitad del caserío, la finca se considera como rural con edificación tolerada y, a efectos de plusvalía, el Ayuntamiento tiene establecido para los terrenos un índice de 900 pesetas metro cuadrado, pero esta Sala ha declarado que la finca ha de tener en su valor de venta un incremento en la cuantía, por cualquier circunstancia ajena a su destino agrario, y que se precisa constancia del que tengan las de su misma especie y calidad. Por otra parte, el contenido del informe no es propiamente materia de casación y es de libre apreciación por el Juez, según las reglas de la sana crítica. El perito, por otra parte, no alegó que la finca tuviese un valor superior en venta al doble del precio que correspondiese a las de su misma calidad o cultivo en la comarca, ya que tan sólo se refirió a criterios de valoración agrícola. En la sentencia se dijo que en ejecución de la misma se fijaría el precio de venta atendiendo al valor real de los bienes, conforme al artículo 43 LEF, observándose así lo dispuesto por el artículo 99 LAR, que podrá o no coincidir con el valor de mercado asignado por el perito, sin contar con que el valor real podrá ser objeto de concreción en la fase de ejecución. Esta es una solución técnicamente viable en la ejecución y permitida procesalmente, en cuya fase se podrá resolver cualquier duda acerca de la determinación del objeto arrendado, sin que quepa equiparar la aludida fase a un nuevo juicio, por lo que el Tribunal *a quo* no infringió el artículo 359 LEC y la jurisprudencia concordante.

Arrendamientos urbanos

RETRACTO.—NO COINCIDE LO VENDIDO CON EL OBJETO DEL ARRENDAMIENTO, YA QUE LA NAVE ES PARTE DEL SOLAR SOBRE EL QUE SE HA CONSTRUIDO LA NAVE. (SENTENCIA DE 18 DE MAYO DE 1995.)

El Juzgado número 19 de Madrid estimó la demanda parcialmente, pero revocó la anterior la Audiencia Provincial.

No procede la casación. Funda el primer motivo del recurso en el acta levantada con ocasión de la celebración de la prueba de reconocimiento judicial, siendo reiterada la jurisprudencia que dice que no es documento hábil para sustentar el recurso. La nave respecto a la cual admite el Juzgado el retracto no es independiente del solar, sino que se trata de una edificación sobre parte del mismo. La más reciente doctrina de esta Sala declara que si no coincide lo vendido con lo arrendado, no nace la acción de retracto arrendaticio.

RESOLUCION DEL ARRENDAMIENTO.—EL CONTRATO DE 1986 NO ES CONTINUACION DEL DE 1930, SINO OTRO AUTONOMO, POR LO QUE NO CABE LA PRORROGA FORZOSA QUE SE PRETENDE. (SENTENCIA DE 17 DE JULIO DE 1996.)

El Juzgado número 7 de Logroño estimó la demanda, y la Audiencia confirmó.

No procede la casación. El actor notificó al arrendatario del LOCAL por vía notarial la extinción de la vigencia del arrendamiento tras cuatro prórrogas anuales tácitas, a tenor de la cláusula 2.ª de dicho contrato, a cuyo fin se le hacía saber la intención de la sociedad arrendadora de no prorrogar el contrato y darlo por resuelto. Los documentos alegados por el recurrente no fueron tenidos en cuenta por la primera instancia ni se hizo referencia a ellas en el término de seis días que fueron concedidos por providencia de 11 de julio de 1991, por la Sala de apelación, sino varios meses después, con lo que habían precluido todos los plazos que la Ley prevé para la defensa de las partes y su presentación en este recurso extraordinario comportaría la alegación de un hecho nuevo que no se puede admitir y además estos documentos debían estar en poder del recurrente desde el primer momento. Por otra parte, dichos documentos no prueban la intervención ni el consentimiento de la propiedad y menos aún auspician la idea de una posible continuación del contrato de 1930 por el de 1 de enero de 1986, cuya autonomía queda contrastada, por lo que en el peor de los casos sería una novación extintiva del de 1930 y no subrogación ni traspaso, dados los términos antagónicos en que se desarrolla la literalidad de ambas. La pretensión del recurrente es que el contrato de 1986 sea una continuación del de 1930, y así mantener la prórroga forzosa del artículo 57 LAU. Pero la interpretación del contrato de 1986 dice que la duración de un año prorrogable, salvo rescisión a instancia de cualquiera de las partes, previa notificación fehaciente en un plazo de quince días anterior a su vencimiento, demuestra la intención concorde de ambos de no someterse a la prórroga forzosa del artículo 57 LAU, sino al artículo 9 del RDL de 30 de abril de 1985.

REVISION DE RENTA.—EL MERO ABONO DE LAS RENTAS RECLAMADAS SIN ACEPTACION PREVIA DE SU CUANTIA, NO ES SUFICIENTE PARA APLICAR LA DOCTRINA DE LOS ACTOS PROPIOS, YA QUE ESTA NO ES APLICABLE CUANDO ESTAN VICIADOS POR ERROR. (SENTENCIA DE 17 DE JULIO DE 1995.)

El Juzgado número 4 de Oviedo estimó la demanda, y la Audiencia Provincial confirmó.

No se admite la casación. Se condenó al demandado a abonar a la demandante una suma por el concepto de devolución o reintegro de cantidades pagadas con exceso por error en el cálculo del incremento del importe de la renta en aplicación de la cláusula 4.ª del contrato de 15 de octubre de 1981. No puede admitirse la doctrina de que nadie puede ir contra sus actos propios, ya que el mero abono de las rentas reclamadas, sin aceptación previa de la cuantía de su elevación, no es suficiente al efecto pretendido al no concurrir los requisitos exigidos jurisprudencialmente. Además, la doctrina jurisprudencial prohíbe ir contra sus propios actos que definan claramente su

posición o situación jurídica sobre el presupuesto de que sean válidos en Derecho, por lo que no procede su alegación cuando tales actos están viciados por error, que es lo que sucede en este caso. Ha de rechazarse, en conclusión, la posibilidad de que el mero pago de lo indebido reúna la condición de acto propio en el sentido de la jurisprudencia. Dice el recurrente que no mediando la notificación previa al arrendatario del aumento de la renta amparándose en una cláusula de estabilización, ninguna obligación tenía el arrendatario de satisfacer una merced que, sin embargo, se le puso al cobro, pero la realidad es que no es aplicable el artículo 101 LAU a este supuesto, sino que los aumentos consecutivos a la revisión, pactada en el contrato, se girasen por la arrendadora, sin notificación previa y en cuantía improcedente, lo cual impide aplicar lo dispuesto en el precepto para el caso de aceptación tácita. Lo decisivo es que la percepción de rentas en cuantía superior a la procedente, según el contrato, y no aceptada por el arrendatario constituye cobro de lo indebido que obliga a la restitución de lo cobrado por error y sin justificación alguna.

REVISION DE RENTA.—SE FUNDA EL RECHAZO DE LA REVISION DE RENTA PRETENDIDA EN LA PRESCRIPCION DE LA ACCION Y EN LA INALTERABILIDAD DE LOS INCREMENTOS EFECTUADOS REGULARMENTE Y DE ACUERDO CON LA CLAUSULA DE ESTABILIZACION PACTADA. (SENTENCIA DE 24 DE JULIO DE 1995.)

El Juzgado número 24 de Barcelona desestimó la demanda y confirmó la Audiencia.

No procede la casación. En el contrato se establece una cláusula por la que se convenía la revisión cada dos años, acomodándose a las variaciones del coste de la vida de acuerdo con los índices de la Dirección General de Estadística, tomando como base el existente en la fecha de este contrato. Ni el Juzgado ni la Sala han negado la existencia de la cláusula de estabilización comprendida en el contrato inicial ni el mecanismo regulador derivado de su aplicación, pero lo que pasa es que la sentencia recurrida ha tenido en cuenta otras razones para desestimar la acción revisora: prescripción de la misma, inobservancia de los Decretos-leyes de 1975 a 1980, limitadores de los incrementos de renta e inalterabilidad de los incrementos efectuados regularmente y de acuerdo con la cláusula de estabilización pactada. En cuanto a la aplicación indebida de los Decretos-leyes enumerados, hay que tener en cuenta que su aplicación no cambiaría el sentido del fallo recurrido, pues continuarían subsistentes las restantes razones que se tuvieron en cuenta para desestimar la pretensión del recurrente. Desde 1980 a 1990, según el recurrente, no habían transcurrido los quince años que fija el artículo 1.964 del Código Civil para la prescripción, pero hay que tener en cuenta que el primitivo contrato era de 1965, en el que aparecía la cláusula estabilizadora, y la interdependencia entre este contrato y el de 1980 se infiere claramente del pacto 2.º del contrato de 1980. Por otra parte, la jurisprudencia de esta Sala dice que se reputan inalterables las revisiones de renta ya realizadas por mutuo acuerdo de las partes (sentencias de 23 de junio de 1986 y de 20 de julio de 1989). Aún cuando los incrementos de renta adoleciesen de error, sus consecuencias no pueden repercutir sobre el arrendatario, quien ha cumplido con la obligación que le correspondía según el artículo 1.555 del Código Civil.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO.—LA CASACION PARA LOS ARRENDAMIENTOS DE LOCAL SOLO SE ADMITEN SI LA RENTA EXCEDE DE 500.000 PESETAS, PERO LOS OCUPADOS POR ENTIDADES BENEFICAS, DEPORTIVAS O SIN FINES DE LUCRO, SE ASIMILAN A LOS DE VIVIENDAS. (SENTENCIA DE 21 DE SEPTIEMBRE DE 1995.)

El Juzgado número 5 de Alicante estimó la demanda y la Audiencia confirmó.

No procede la casación. El contrato estaba sometido al artículo 9 del Real Decreto 2/1985, y había transcurrido la duración de tres años, pactada como mínimo en relación con los artículos 1.566 y 1.581 del Código Civil, a cuyos efectos practicó el requerimiento notarial y además, según el artículo 122 LAU, se somete a los locales ocupados por entidades benéficas, deportivas y sin fin de lucro, a las normas del contrato de inquilinato. El artículo 135 LAU sólo admite la casación para los locales cuyo arrendamiento exceda de 500.000 pesetas anuales, pero teniendo la consideración de viviendas estos locales, es llano que no procede el recurso, sin que sea óbice el que fuera admitido a trámite, ya que los motivos legales en que se funda la inadmisión de un recurso son pertinentes al resolver el mismo para desestimarlos, aun cuando se hubiera admitido antes a trámite dicho recurso.

RESOLUCION DE CONTRATO.—LA DEMANDANTE CONOCIA SOBRADAMENTE EL DOMICILIO DEL DEMANDADO POR SUS RELACIONES CONTRACTUALES CON EL, AUNQUE SE AUSENTARA DEL MISMO O NO RESIDIERA PERMANENTEMENTE EN EL. (SENTENCIA DE 3 DE OCTUBRE DE 1995.)

La Audiencia Provincial de Barcelona admite el recurso de audiencia entablado contra la sentencia del Juzgado número 33 de Barcelona, dictada en rebeldía del demandado, declarando la resolución del contrato.

No se admite la casación. La demandante, al negar conocer el domicilio del demandado, acudió a la citación y emplazamiento por edictos sin intentar la citación ordinaria, dando lugar a la indefensión del demandado, teniendo en cuenta que toda la documentación y correspondencia emanada de la propiedad y dirigida al inquilino, cursada desde abril de 1988 a febrero de 1990, se dirige y es recibida por el demandado en el domicilio de autos, domicilio que ratifica como del demandado, cualquiera que sea el grado de intensidad de su ocupación, la misma policía judicial. En los recibos, a pesar de su domiciliación bancaria, consta como domicilio del demandado el mismo y en éste recibía toda la correspondencia a él dirigida. La sentencia recurrida no declara en puridad la residencia efectiva del demandado en este domicilio sino que éste era conocido por la demandante y era lugar adecuado para que llegaran a él las comunicaciones y, obviamente, la declarada por la Sala de instancia en cuanto a la audiencia impetrada no puede ser afectada por la resolución contractual de la sentencia dictada en rebeldía y su fundamentación. Es principio reconocido por el Tribunal Supremo el de tutela judicial, reconocido en el artículo 24 de la Constitución, respecto de la indefensión, en relación con el cumplimiento de los emplazamientos, estando claro que no se debió realizar mediante edictos en tanto no se hubiese intentado en el piso arrendado y

no hay caducidad de la acción cuando la situación creada determina la indefensión.

C. R. R.

D) FAMILIA

POR FRANCISCO CASTRO LUCINI

INVESTIGACION DE PATERNIDAD. PRUEBA BIOLOGICA.—ARTICULOS 39 DE LA CONSTITUCION, 127, 133, 134 Y 154 DEL CODIGO CIVIL. (SENTENCIA DE 22 DE MARZO DE 1999.)

Absuelto el demandado de la pretensión de paternidad no matrimonial solicitada por la actora, por el Juzgado de 1.ª Instancia número 13 de Madrid, la Sección 22.ª de la Audiencia Provincial de esta capital revocó la sentencia del Juzgado declarando la paternidad pretendida, fundada en el resultado positivo que dieron las pruebas biológicas practicadas en esta segunda instancia, que no pudieron llevarse a cabo en la primera por incomparecencia del demandado. El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don José Almagro Nosete, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el padre demandado y apelado, que aducía la falta de personación de los hijos que durante la tramitación del procedimiento habían alcanzado la mayoría de edad, argumento que se rechaza aduciendo que, como ya declaró la sentencia de 29 de abril de 1994, la legitimación activa de la madre para reclamar se base en su evidente interés jurídico, apoyado no sólo en una inequívoca relación de naturaleza moral y física, sino en el Derecho positivo vigente y en la jurisprudencia de esta Sala. Así, las sentencias de 5 de noviembre de 1987, 10 de marzo de 1988 y otras, sientan claramente la legitimación *ad causam*, basada en los artículos 133 y 134 del Código Civil para reclamar la filiación extramatrimonial por partir de supuesto de paternidad biológica, declarándose expresamente la legitimación de la madre, de acuerdo con el artículo 134 del Código Civil, del que deriva o se reconoce el interés legítimo protegido por la Constitución (art. 39).

MENOR DE EDAD. DERECHO DE RELACIONARSE CON LOS ABUELOS.—ARTICULOS 154, 156 Y 160 DEL CODIGO CIVIL. (SENTENCIA DE 23 DE NOVIEMBRE DE 1999.)

Los abuelos maternos del menor interponen demanda contra el padre viudo en solicitud de que su nieto pueda pasar con ellos un fin de semana al mes, poderse comunicar telefónicamente y tenerlo consigo quince días en las vacaciones de verano y una semana en las de Navidad. El Juzgado de 1.ª Instancia número 2 de Alcalá de Henares desestimó la demanda, mientras que la Sección 22.ª de la Audiencia Provincial de Madrid estimó parcialmente el recurso de apelación reconociendo a los abuelos el derecho de relacionarse con su nieto estableciéndose como mínimo y en la coyuntura de desacuerdo con el padre de dicho menor, el primer fin de semana de cada mes desde las

once horas del sábado a las veinte horas del domingo en el que los abuelos podrán llevarse al nieto a casa y una semana en verano, que igualmente a falta de acuerdo, será en los años pares la primera semana de julio y en los impares la primera semana de agosto.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don José Almagro Nosete, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el padre del menor, pues «difícilmente se puede argumentar que vetar esta relación personal con los abuelos beneficia al hijo y nieto de ambos, respectivamente; más bien, aparece a lo largo del proceso el interés del padre para alejar a su hijo de aquéllos que, necesariamente, pueden ubicarle en la cotidiana realidad de su madre, ya irremediablemente perdida, pero cuyo recuerdo no se puede pretender hurtar a la memoria del hijo como factor fundamental para el desarrollo de su personalidad». Debe recordarse, además, que conforme resulta de la sentencia recurrida, el régimen establecido tiene carácter subsidiario, en defecto, por tanto, de acuerdo con los abuelos para consensuar las relaciones con su nieto. Como ya razonó la sentencia de esta Sala, de 11 de junio de 1996, «ninguna justa causa impide las relaciones personales entre el menor y sus abuelos paternos. Antes bien, este tipo de relaciones que insertan beneficiosamente al menor en su entorno familiar completo, resultan más necesarias cuando de los ascendientes se trata, por su privilegiado grado de parentesco, dado que la personalidad se forja también entre las contradicciones que emanan, a veces, de los planteamientos y opiniones de los parientes, siempre que revistan un carácter de normalidad, o sea, no respondan a patologías o ejemplos corruptores». Al tiempo, ha de tenerse presente, que, como recoge la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 1996, no se discute en el mismo una cuestión jurídica, sino unos hechos, cuales son las circunstancias más favorables al menor, a valorar por los Tribunales de instancia y, por ello, sin acceso a la casación. En suma, de acuerdo con la sentencia del Tribunal Supremo, de 11 de junio de 1998, que pondera la formación integral y la integración familiar y social del menor, debe mantenerse que las medidas que los jueces pueden adoptar, «ex artículo» 158 del Código Civil, se amplían a todo tipo de situaciones, incluso aunque excedan de las meramente paterno-filiales, con la posibilidad de que las adopten al inicio, en el curso, o después de cualquier procedimiento, conforme las circunstancias cambien y oyendo al menor, según se desprende de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección jurídica del menor, aplicable retroactivamente por cuanto se ha dicho; por mandato constitucional y por recoger el espíritu de cuantas Convenciones Internacionales vinculan a España (ver Convención de Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989, ratificada por Instrumento de 30 de noviembre de 1990). Por ello, decae el motivo.

FILIACION NO MATRIMONIAL. POSESION DE ESTADO.—ARTICULO 135 DEL CODIGO CIVIL. (SENTENCIA DE 24 DE OCTUBRE DE 1998.)

Ejercitada por la mujer acción de reconocimiento de paternidad, desestimada su demanda por el Juzgado de 1.^a Instancia número 2 de Getafe, y confirmada la sentencia por la de la Sección 22.^a de la Audiencia Provincial de Madrid, el Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Eduardo Fernández-Cid de Temes, declara no haber lugar al recurso de casación.

El demandado falleció antes de que pudiera practicarse la prueba biológica, a la que se mostraba dispuesto favorablemente, por lo que la actora se basa en la posesión de estado que el Tribunal Supremo no estima acreditada, declarando que en orden a la interpretación del artículo 135 del Código Civil es reiterada y uniforme la doctrina de esta Sala de que se admiten dos clases de pruebas acreditativas de la filiación, cuales son las directas, entre las que figuran las heredo-biológicas, antropomórficas o hematológicas, y las indirectas o presuntivas, de las que el citado precepto hace una enumeración abierta o *ad exemplum*, encontrándose entre ellas la posesión de estado que se alega, pero debiendo destacarse que ese carácter presuntivo, como convicción personal del Juez, es el que justifica con mayor fuerza su valoración en conciencia, facultándole en cada caso concreto para obtener la consecuencia más adecuada al conjunto de la prueba practicada, conforme a un principio de oportunidad que ha de entenderse, en consecuencia, como oportunidad reglada, que rechaza la arbitrariedad, pero no la libre facultad valorativa del Juzgador, de manera que siendo esencialmente la posesión de estado una situación fáctica de singular relevancia en materia de filiación, a partir de la reforma de 13 de mayo de 1981, que consiste, básicamente, en el concepto público en que es tenido un hijo con relación a su padre natural, cuando este concepto se forma por actos directos del mismo padre o de la familia, la estimación de su existencia o inexistencia corresponde a los tribunales de instancia como cuestión de hecho.

FILIACION. RECLAMACION DE MATERNIDAD. CONSENTIMIENTO ANTICIPADO PARA LA ADOPCION.—ARTICULO 177.2.º DEL CODIGO CIVIL.
(SENTENCIA DE 21 DE SEPTIEMBRE DE 1999.)

Es nulo el consentimiento para adoptar prestado por la madre antes de los treinta días siguientes al parto.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don José Almagro Nosete, declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por la madre actora y apelada contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén que había revocado la del Juzgado de 1.ª Instancia número 5 de esta ciudad.

La actora dio a luz en el Hospital de Linares una niña. Previamente a su alumbramiento suscribió un documento en la Delegación Provincial de Jaén de la Consejería de Asuntos Sociales de la Junta de Andalucía, en el que manifiesta estar de acuerdo y ponderando las circunstancias concurrentes —familiares, sociales, emocionales y económicas— estima que no podrá hacerse cargo de su futuro hijo, y ante ello, hace renuncia anticipada del mismo, una vez que nazca, en favor de la entidad pública, a los efectos de su guarda inmediata al parto, acogimiento familiar y adopción, en el marco establecido en la Ley número 21/1987, de 11 de noviembre, prestando su consentimiento expreso para la efectividad de todos estos actos, manifestando asimismo haber sido informada de sus derechos y de las consecuencias de su renuncia; y anticipando su asentimiento a la adopción, que adquiriría plena validez «transcurridos treinta días desde la fecha de nacimiento del menor». En la base de tal renuncia se consignaba su voluntad de mantener oculta su identidad, tanto a los efectos registrales civiles (art. 167 del Reglamento del Registro Civil), como en el procedimiento de acogimiento y adopción, en sus fases adminis-

trativa y judicial, que debería tramitarse respecto del nacido, «como si de un menor desamparado y de padres desconocidos se tratase».

La diligencia acordada para mejor proveer, a fin de facilitar al Tribunal el nombre y completa identificación de la niña, no fue atendida por la antedicha Delegación de Jaén, resaltando el Tribunal Supremo que la falta de colaboración de la Administración autonómica demandada, con el «poder judicial», resulta patente, con infracción de lo dispuesto en el artículo 118 de la vigente Constitución Española que considera obligado que se preste la colaboración requerida por los Jueces y Tribunales en el curso del proceso. Pero, además, esta falta de colaboración no es explicable, ni está justificada, pues, ni la alegada renuncia al cumplimiento de sus deberes por la madre es válida, ni son de recibo posibles interpretaciones anticonstitucionales de las disposiciones reglamentarias sobre el Registro Civil. En efecto, en la comparecencia documentada, ya referida, la renuncia anticipada —con un mes y medio de antelación— a unos derechos-deberes expectantes, pugna expresamente con lo dispuesto en el artículo 177-2.º del Código Civil, respecto de los consentimientos exigibles para la eficacia de la adopción, que claramente determina que el «consentimiento de la madre no podrá prestarse hasta que hayan transcurrido treinta días desde el parto». Esto es, como remarca el fiscal dictaminante en el presente recurso, el último párrafo del artículo 177-2.º concretamente el cuarto, dispone imperativamente que «el asentimiento de la madre no podrá prestarse hasta que hayan transcurrido treinta días desde el parto». El sentido de este precepto es meridiano. No existe viabilidad alguna de que el asentimiento a la adopción pueda ser prestado con antelación al parto, y ni siquiera en el período de treinta días computados desde el parto, ya que necesariamente debe manifestarse una vez transcurrido ese tiempo, es decir, el día treinta y uno, y nunca con anterioridad al momento del parto. Desde esta interpretación, nuestra conclusión resulta unívoca: el asentimiento que doña M. V. M. prestó en 24 de septiembre de 1991 ante la Delegación Provincial de Asuntos Sociales de Jaén resulta radicalmente nulo por su patente contradicción con una norma imperativa, consignada en el último párrafo del artículo 177-2 del Código Civil. Las razones de esta cautela legal se explican por la necesidad de garantizar la concurrencia plena de las facultades esenciales de libertad y conciencia en la madre biológica, para calibrar y ponderar detenida y serenamente la abdicación del ejercicio de su maternidad con la cesión en adopción del niño. Y si en el texto legal se habla del período post-parto de treinta días, para que la recuperación de la madre sea plena física y psíquicamente, debe reconocerse que la situación personal, familiar, social y económica de la actora, cuando suscribió anticipadamente el documento de cesión, no era la más idónea para la ponderación de su asentimiento, que si pudo servir inicialmente para el acceso de la niña al acogimiento familiar, resultaba insuficiente y contrario a la ley en cuanto a la adopción, dada la configuración y trascendencia legal de la institución. El efecto de la contravención a una norma imperativa no es otro que la nulidad de pleno derecho (art. 6-3 del Código Civil). La entidad del vicio es de tal naturaleza que se extiende a todo el contenido del documento, concebido en atención a la obtención expedita (y, desde luego, *contra legem*) de la autorización para adoptar, máxime cuando la identidad de razón para estimar inválido el consentimiento anticipado subsiste, conforme al artículo 173 respecto del acogimiento. El propio órgano *a quo* viene a reconocer los escasos márgenes de libertad de la madre al suscribir el acta de la «comparecencia» al establecer que ésta intentaba «ocultar por todos

los medios su embarazo, dadas sus circunstancias personales y estado de viudez que hacían que se hallase afectada socialmente en su intimidad y honorabilidad».

PATERNIDAD NO MATRIMONIAL. EXCLUSIÓN DE LA PATRIA POTESTAD AL PADRE. (SENTENCIA DE 2 DE FEBRERO DE 1999.)

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Jesús Marina Martínez-Pardo, declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por la parte demandante y apelante, conforme a los siguientes fundamentos que distinguen entre privación y exclusión de la patria potestad.

La cuestión suscitada en este recurso se limita a decidir sobre la corrección legal del pronunciamiento, según el cual la Sala de la Audiencia confirma al Juez de Primera Instancia que junto a otras decisiones ya firmes, tomó la que literalmente dice, «ejerciéndose la patria potestad tan sólo por doña María Luz Arrenal Velasco». Decisión que funda en que siendo deseable que todo hijo disfrute de las figuras de su padre y de su madre, «no procede acceder a las pretensiones de la actora en el punto de privar al demandado de la patria potestad del menor».

Esta decisión, confirmada por la Audiencia, es la respuesta judicial a la petición contenida en el suplico de la demanda, que literalmente dice: «excluyendo expresamente al demandado del ejercicio de la patria potestad y demás derechos que ostente todo padre por ministerio de la ley respecto del hijo o sus descendientes...».

No existiría cuestión si no hubiera interpretado la Audiencia el contenido del artículo 111 del Código Civil, según el cual «Quedará excluido de la patria potestad y demás funciones tuitivas y no ostentará derechos por ministerio de la ley respecto del hijo o de sus descendientes, o en sus herencias, el progenitor ... 2.º Cuando la filiación ha sido judicialmente determinada contra su oposición». Para la Audiencia no hubo oposición suficiente, puesto que no apeló la declaración de paternidad, y añade que no puede confundirse el efecto legal prevenido en el artículo 111 del Código Civil con la privación de la titularidad de la patria potestad.

Un análisis ponderado de los textos legales nos permite afirmar que excluir de la patria potestad a quien no la ejerció, por no ser padre declarado del menor, no equivale a privarle de la patria potestad, concepto que comporta haberla ejercitado incurriendo en causa suficiente.

El derecho derogado por la Ley de 13 de mayo de 1981, distinguía entre privación y suspensión de la patria potestad. El régimen vigente a partir de dicha ley, tras establecer en el artículo 169 las causas de extinción de la patria potestad, establece en el artículo 170 la posible privación total o parcial de la potestad por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma, o dictada en causa criminal o matrimonial, añadiendo que en beneficio e interés del menor, los Tribunales pueden acordar la recuperación de la patria potestad cuando hubiera cesado la causa que motivó la privación.

En este régimen pues, junto a la privación se instaura la figura de la exclusión del ejercicio de la patria potestad. Esta figura se impone por ministerio de la ley, no por sentencia, y eso es lo que pidió la demandante en su demanda, y no le concedieron ni el Juzgado ni la Audiencia, pero por no distinguir ambas figuras.

La exclusión se produce cuando el padre biológico no acepta su paternidad, no busca salir de dudas extrajudicialmente, y demandado no se allana a la pretensión, bien que, como no podrá ser de otro modo, acepta la decisión judicial tras seguir el proceso.

No se diga que la solución que surge de esta interpretación legal perjudica al menor, cuyo interés debe ser siempre prevalente, puesto que la exclusión del ejercicio no equivale a privación; basta leer el artículo 111 cuando concluye que sobre los padres excluidos del ejercicio «quedarán siempre a salvo las obligaciones de velar por los hijos y prestarles alimentos», y con el cumplimiento de tales deberes y el ejercicio materno de la patria potestad, queda cubierto el interés preponderante del menor; amén de que las restricciones podrán cesar, como también prevé el citado artículo 111.

PATRIA POTESTAD. PRIVACION. GUARDA DE HECHO.—ARTICULOS 39.3 DE LA CONSTITUCION ESPAÑOLA Y 92, 154, 170 DEL CODIGO CIVIL.
(SENTENCIA DE 23 DE FEBRERO DE 1999.)

El interés del menor es informante tanto de la privación de la patria potestad como de su mantenimiento.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don José Almagro Nosete, declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por la parte demandante y apelada contra la sentencia de la Sección 1.^a de la Audiencia Provincial de Lérida que había revocado la del Juzgado de 1.^a Instancia número 6 de esta ciudad.

Los hechos probados son los siguientes:

«El demandado aceptó de hecho apartarse totalmente de la vida de su hija, a partir de la circunstancia nada despreciable de que ésta quedaba a cargo, no de sus suegros o de sus cuñados, sino de su madre». La integración del relato fáctico se completa con los siguientes extremos: 1) Estando la madre todavía en gestación de la menor, los cónyuges y progenitores se separaron de común acuerdo. 2) El demandado se desentendió de su futura prole, sin que se fijara régimen de visitas, ni pensión alimenticia. 3) No asistió ni al nacimiento, ni al bautizo de la hija. 4) Tampoco, ya nacida, intentó el cumplimiento de sus deberes paterno-filiales. 5) Fallecida la madre que padecía una grave enfermedad, la menor continuó conviviendo con sus tíos, que se hicieron cargo de ella y de las atenciones y cuidados requeridos por ésta. 6) Al poco del fallecimiento, el padre recabó el ejercicio de sus derechos sobre su hija, cumplidos ya los dos años.

El Tribunal Supremo estima que «no puede soslayarse que durante dos años, en situación en que la gravedad conocida de la enfermedad que padecía la madre, hacía más patente el desinterés del padre, éste de *facto* hizo abandono de sus deberes paterno-filiales, que, como tales, jurídicamente son irrenunciables, mientras la menor se integraba en su propio beneficio en el ámbito convivencial y familiar de sus tíos maternos. En este último sentido cabe ponderar, en discrepancia, con la sentencia recurrida, y conforme con los argumentos de la sentencia de primera instancia, que el incumplimiento de los deberes del progenitor fue causa de la integración de la niña en la familia

de su madre a través de ésta y de su hermana y marido (los actores). En definitiva, tal hecho ha determinado que hoy en día la niña sólo conozca como padres a éstos y no a otros, resultando del informe de los servicios del «SAOS» la integración de la menor en el núcleo familiar de los actores en el que satisfacen todas sus necesidades, tanto físicas y materiales como afectivas. En consecuencia, aquel incumplimiento de deberes debe calificarse como grave, pues no se puede olvidar que la «separación de los cónyuges, no exime a los padres de las obligaciones para con los hijos» (art. 92 del Código Civil), de manera que el incumplimiento de estos deberes puede dar lugar a la privación de la patria potestad y, por ello se acoge el motivo, lo que exime del examen del segundo por inútil.

Y concluye que «es constante la jurisprudencia de la Sala que concibe la institución de la patria potestad en beneficio de los hijos». Consecuentemente, si como resulta de la prueba practicada, el interés de la menor se satisface de mejor modo en su actual ámbito familiar, debe prevalecer este interés sobre un ejercicio *a fortiori* de la patria potestad, dándose, como se dan, los incumplimientos graves de los deberes inherentes a la misma.

IMPUGNACION DE PATERNIDAD MATRIMONIAL.—ARTICULOS 116, 136, 138, 141 DEL CODIGO CIVIL, Y 14 DE LA LEY DE FILIACIONES DE CATALUÑA. (SENTENCIA DE 31 DE DICIEMBRE DE 1998.)

El plazo de caducidad del artículo 136 del Código Civil enerva la posibilidad impugnatoria de la acción de reconocimiento o de impugnación de la paternidad matrimonial ejercitada tras más de veinte años desde la inscripción en el Registro Civil.

El Tribunal Supremo, conforme en este punto con las sentencias del Juzgado de 1.ª Instancia número 8 de Gerona, y la Sección 2.ª de la Audiencia Provincial de esa ciudad, en ponencia del Magistrado don Luis Martínez-Calcerrada y Gómez, es tajante en este punto declarando que habida cuenta, la taxatividad del artículo 136 del Código Civil, no cabe duda de que el marido sólo podrá ejercitar la acción de impugnación de la paternidad en el plazo de un año, contado desde la inscripción de la filiación en el Registro Civil, salvo que ignore el nacimiento, y que la inscripción registral de la filiación, amparada en una presunción legal, como es la del artículo 116, es plenamente válida y eficaz en tanto no se accione contra ella por la vía impugnatoria prevenida en el artículo 136, acción ésta que se encuentra condicionada a su ejercicio dentro del plazo señalado en dicho precepto —un año contado desde la inscripción en el Registro Civil—, plazo que es de caducidad por razones obvias de seguridad jurídica en las relaciones paternofiliales.

FILIACION NO MATRIMONIAL. POSESION DE ESTADO.—ARTICULO 131 DEL CODIGO CIVIL. (SENTENCIA DE 13 DE MARZO DE 1998.)

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Francisco Morales Morales, declara no haber lugar al recurso de casación

interpuesto por la parte demandada y apelante contra la sentencia de la Sección 6.ª de la Audiencia Provincial de Málaga, que confirmó la del Juzgado de 1.ª Instancia número 10 de esa ciudad, dando por probada la posesión de estado de hijos no matrimoniales de los actores, teniendo principalmente en cuenta el resultado de la prueba testifical practicada en la instancia, toda vez que ambos progenitores habían fallecido.

PATRIA POTESTAD. GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS MATRIMONIALES.—ARTICULOS 14 Y 32 DE LA CONSTITUCION ESPAÑOLA, 154 Y 159 DEL CODIGO CIVIL.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Alfonso Barcala y Trillo-Figueroa, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el demandado y apelante contra la sentencia de la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de La Coruña, que había confirmado la dictada por el Juzgado de 1.ª Instancia número 1 de Betanzos, declarando que tratándose en el presente caso de decidir a cuál de los dos padres ha de encomendarse la guarda y custodia de las niñas de ocho y quince años de edad, lo normal es que en tales condiciones de sexo y edad se le encomiende a la madre, salvo que concurran circunstancias excepcionales que aconsejen entregarlas al cuidado paterno, lo que no sucede en el presente caso y sin que la preferencia de la madre pueda tacharse de discriminatoria por razón del sexo.

ALIMENTOS. (SENTENCIA DE 22 DE JULIO DE 1999.)

Decretada primero la separación y luego la nulidad del matrimonio por sentencia firme, así como que el hijo, cuyos alimentos fueron satisfechos por el marido, que resultó no ser su padre en virtud de la prueba sanguínea, tanto la sentencia del Juzgado de 1.ª Instancia número 63 de Madrid como de la Sección 21.ª de la Audiencia Provincial de esta capital, declararon la improcedencia de la devolución al marido de las cantidades satisfechas por los alimentos de quien no resultó ser hijo suyo. El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Alfonso Barcala y Trillo-Figueroa, declara no haber lugar al recurso de casación porque de los hechos probados resulta que no ha existido una conducta dolosa en el comportamiento de la esposa en torno a ocultar a su marido la identidad del verdadero padre del menor nacido dentro del matrimonio.

COMENTARIO

Es curioso que la representación del padre no alegue el artículo 1.895 del Código Civil, sino que toda su argumentación gire en torno a la posible culpa, negligencia o dolo conforme al artículo 1.902 por la madre. Es posible que el resultado del pleito hubiera sido otro de haberse enfocado bajo el prisma del pago de lo indebido, pues la repetición en este caso parece que no exige

ningún requisito de tipo subjetivo, sino únicamente la circunstancia puramente objetiva del error, sufrido en este caso por el supuesto padre.

SOCIEDAD DE GANANCIALES. LIQUIDACION. ATRIBUCION PREFERENTE DEL LOCAL PROFESIONAL.—ARTICULO 1.406.3.º DEL CODIGO CIVIL.
(SENTENCIA DE 22 DE DICIEMBRE DE 1998.)

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Alfonso Villagómez Rodil, declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por la parte demandada y apelada contra la sentencia de la Sección 5.ª de la Audiencia Provincial de A Coruña, que había revocado parcialmente la del Juzgado de 1.ª Instancia número 3 de dicha población, la cual confirma íntegramente. En ella, el Juzgado había atribuido al actor el piso en el que se ubicaba su despacho de letrado en ejercicio, mientras que la Audiencia había adjudicado también al mismo el piso superior, donde actualmente ejerce la profesión, debido a incendio en el anterior piso.

MATRIMONIO CIVIL NULO. BUENA FE. LIQUIDACION DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES. (SENTENCIA DE 25 DE NOVIEMBRE DE 1999.)

Declarada la nulidad del matrimonio civil contraído de buena fe ante la autoridad civil uruguaya por los tribunales de instancia y confirmada dicha nulidad por el Tribunal Supremo, dicha buena fe, de acuerdo con la sentencia recurrida, ha de tener consecuencias sobre el régimen económico matrimonial que en su momento ha de ser liquidado y que no puede ser otro que el de la sociedad legal de gananciales, como se desprende del artículo 9 en relación con el 135 del Código Civil entonces vigente.

PATERNIDAD Y FILIACION. PRUEBA BIOLOGICA. (SENTENCIAS DE 19 Y 29 DE SEPTIEMBRE DE 1998, 3 DE OCTUBRE DE 1998, 4 Y 28 DE DICIEMBRE DE 1998, 26 DE ENERO, 2 DE FEBRERO DE 1999, 11 Y 28 DE MAYO DE 1999, 2 Y 26 DE JUNIO DE 1999, 26 DE JULIO, 2 DE SEPTIEMBRE Y 11 DE OCTUBRE DE 1999, 17 Y 30 DE NOVIEMBRE DE 1999 Y 3 DE DICIEMBRE DE 1999.)

Son cada vez más numerosas las sentencias que recaen sobre los diversos extremos y circunstancias relacionadas con la paternidad y filiación en sus diversas manifestaciones, concretamente respecto a la investigación y reclamación de la paternidad, cuyo común denominador es el que se indica a continuación.

Un numeroso grupo de sentencias declara que aunque la negativa del padre a someterse a la prueba biológica no puede considerarse como *ficta confessio*, es un indicio relevante que, valorada con las demás pruebas practicadas, llevan a la conclusión favorable a la paternidad reclamada (sentencias de 19 de septiembre de 1998, 3 de octubre de 1998, 16 de enero y 22 de febrero de 1999, 11 y 28 de mayo de 1999, 26 de junio, 2 de septiembre y 11 de octubre de 1999, 17 y 30 de noviembre de 1999).

Y aclarando, si necesario fuera, esta posición, las sentencias de 4 de diciembre de 1998 y 16 de septiembre de 1999, manifiestan que la mera negativa

a someterse a una prueba biológica, cuando no existe en el proceso ninguna otra clase de pruebas, al no constituir una *ficta confessio*, no puede por sí sola ser determinante de una declaración de paternidad.

La probanza biológica de la paternidad que autoriza el artículo 39.2 de la Constitución y 127 del Código Civil en relación con el 135, constituye una prueba directa, pero no plena y absoluta y, no obstante, ha de atribuírsele valor de casi total aproximación a la verdad (sentencias de 29 de septiembre de 1998 y 26 de septiembre de 1999).

Y se precisa que el demandado sólo podría legítimamente negarse a someterse a las pruebas biológicas si no existieran indicios serios de la conducta que se le atribuye o pudiera concurrir un gravísimo quebranto para su salud (sentencia de 28 de diciembre de 1998).

Actuaron correctamente los Tribunales de Instancia al valorar la prueba pericial biológica, no como preeminente y decisiva, sino dentro del conjunto probatorio, teniendo en cuenta el informe de que la probabilidad de que los litigantes sean hijos del mismo padre alcanza el 99,99968 por 100 (sentencia de 3 de diciembre de 1999).

Por su parte, la sentencia de 26 de julio de 1999, reiterando que la negativa injustificada del demandado a la prueba biológica no se equipara a la *ficta confessio*, señala que el someterse a tal prueba entraña procesalmente una carga, implícita en la obligación constitucional de colaborar con los Tribunales en el curso del proceso, a fin de que el órgano judicial pueda descubrir la verdad (art. 118 de la Constitución Española), como acertadamente puntualiza la sentencia del Tribunal Constitucional 7/1994, de 17 de enero.

INVESTIGACION DE PATERNIDAD. PRUEBA BIOLOGICA.—ARTICULOS 24 DE LA CONSTITUCION ESPAÑOLA Y 127 DEL CODIGO CIVIL. (SENTENCIA DE 4 DE MAYO DE 1999.)

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don José Almagro Nosete, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el demandado y apelante contra la sentencia de la Sección 22.^a de la Audiencia Provincial de Madrid, que había confirmado íntegramente la del Juzgado de 1.^a Instancia número 63 de la capital.

El informe realizado como diligencia para mejor proveer por el Instituto Nacional de Toxicología dio resultado positivo en orden a la paternidad, que impugna el recurrente aduciendo que el informe debió emitirse por la Escuela de Medicina Legal y comprender todos los extremos por él solicitados, lo que no pudo efectuarse dado el cúmulo de trabajo que pesaba sobre dicha Escuela. El Tribunal Supremo estima que su actitud revela una intención de aceptar los resultados de la prueba de grupos sanguíneos tan sólo si los mismos eran favorables a sus intereses y rechazarlas en el supuesto contrario, bajo la retorcida argumentación de lo insuficiente de los análisis efectuados, que de antemano se conocía no podían extenderse a determinados extremos propuestos, no obstante se aceptaba su realización «incompleta» de aquéllos, para ulteriormente rebatir sus resultados, olvidando que, como ya dijo la sentencia de 18 de febrero de 1992, no resulta procedente efectuar descalificaciones de organismos o personas cuando sus razonadas opiniones no son todo lo favorables que uno desearía y que, además, no es dable combatir en casación la prueba pericial.

SOCIEDAD DE GANANCIALES. LIQUIDACION. (SENTENCIA DE 30 DE MARZO DE 1999.)

Las mejoras realizadas en un piso y el ajuar doméstico forman parte del patrimonio ganancial y deben repartirse por mitad entre los cónyuges.

(SENTENCIA DE 24 DE ABRIL DE 1999.)

Declara la validez del arrendamiento de bienes gananciales concertado por el cónyuge en cuyo poder se hallan durante la separación de hecho, por tiempo no superior a seis años, al ser un acto de administración, y que sus rentas tienen naturaleza ganancial. En cambio, los bienes adquiridos por un cónyuge durante la separación de hecho, no tienen carácter ganancial.

(SENTENCIAS DE 23 DE JUNIO Y 29 DE NOVIEMBRE DE 1999.)

La competencia funcional para conocer de la liquidación de la sociedad de gananciales, a falta de acuerdo entre las partes, corresponde en trámite de ejecución de sentencia firme de separación matrimonial y divorcio al Juez que la dictó.

(SENTENCIA DE 22 DE DICIEMBRE DE 1999.)

Declara la naturaleza privativa de la indemnización percibida por uno de los cónyuges al acogerse a un plan de prejubilación, si bien los frutos devenidos por dicha indemnización desde la fecha de su inicio hasta la fecha de la sentencia firme de separación, son gananciales.

SOCIEDAD DE GANANCIALES. DISOLUCION. VIVIENDA FAMILIAR.—ARTICULOS 96, 400, 1.320, 1.323 Y 1.396 DEL CODIGO CIVIL. (SENTENCIA DE 3 DE MAYO DE 1999.)

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Francisco Morales Morales, declara haber lugar al recurso de casación parcial de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Salamanca, que había revocado parcialmente la dictada por el Juzgado de 1.ª Instancia número 3 de esa ciudad, en el sentido de suprimir del fallo el pronunciamiento en el que se acuerda que la vivienda familiar perteneciente por mitades indivisas a ambos esposos, sea vendida en pública subasta con admisión de licitadores extraños.

Se basa para ello en que el uso y disfrute de la misma se atribuyó a la esposa en el convenio regulador que fue aprobado íntegramente al decretarse el divorcio de ambos cónyuges y la realización práctica de la acción de división del artículo 400 del Código Civil queda en suspenso en tanto dure el derecho atribuido a la esposa.

SOCIEDAD DE GANANCIALES. LIQUIDACION. USO DE VIVIENDA COMUN. ACCION DE DIVISION. (SENTENCIA DE 27 DE DICIEMBRE DE 1999.)

Decretada por el Juzgado de 1.^a Instancia número 42 de Madrid, la venta en pública subasta con admisión de licitadores extraños de la vivienda familiar y confirmada esa sentencia por la de la Sección 12.^a de la Audiencia Provincial de la capital, el Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Jesús Corbal Fernández, declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por la parte demandada y apelante y revoca y anula parcialmente las sentencias de instancia, en el sentido de añadir al fallo que «la división y en su caso la venta en pública subasta no afectará, en tanto subsista, al derecho de uso a la vivienda familiar (que no comprende la plaza de garaje), establecido en favor de la esposa por la sentencia de divorcio, cuya subsistencia debe quedar garantizada».

Ambas sentencias de instancia habían dejado claro que con la estimación de la acción divisoria pierde toda su eficacia el derecho al uso de la vivienda reconocido a la esposa en la sentencia de divorcio, aduciendo como argumento básico la sentencia dictada por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 22 de septiembre de 1998. El Tribunal Supremo, en esta sentencia que estamos comentando, argumenta que el criterio de la citada sentencia ha sido rectificado por las sentencias de 22 de diciembre de 1992, 20 de marzo de 1993, 14 de julio de 1994 y 16 de diciembre de 1995, con arreglo a las cuales, si bien el cotitular dominical puede pedir la división de la cosa común mediante el ejercicio de la acción procesal, la cesación de la comunidad no afecta a la subsistencia del derecho de uso (cualquiera que sea su naturaleza) que corresponde al otro cotitular, ex-cónyuge, en virtud de la sentencia de divorcio. Por lo tanto, el derecho de uso se mantiene indemne y una eventual venta de la casa en subasta pública debe garantizar la subsistencia de aquella medida, que sólo puede ser modificada por voluntad de los interesados o por decisión judicial adoptada por el órgano jurisdiccional competente en relación con el proceso matrimonial en que se acordó.

SOCIEDAD DE GANANCIALES. LIQUIDACION.—ARTICULOS 1.347.5.º, 1.359, 1.360 Y 1.397, NUMERO 3 DEL CODIGO CIVIL. (SENTENCIA DE 18 DE SEPTIEMBRE DE 1999.)

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Antonio Gullón Ballesteros, declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por la parte demandada y apelante, contra la sentencia de la Sección 9.^a de lo Civil de la Audiencia Provincial de Valencia, que había revocado en parte la del Juzgado de 1.^a Instancia número 18 de esa ciudad.

Discutida la titularidad de las acciones de la Sociedad Fernando Saceda, S.A., el Juzgado estimó que todas ellas eran gananciales, mientras que la Audiencia atribuyó este carácter al 80 por 100 y el restante 20 por 100 las consideró privativas del marido, basándose en que el primitivo negocio aportado a la sociedad, heredado del padre, fue ampliado en estado de casado por el hijo con cargo a fondos gananciales o comunes.

Probado que el marido constituyó la sociedad constante matrimonio aportando a la misma el negocio heredado de su padre que explotaba con anterioridad, el Tribunal Supremo estima que lo que existió fue transformación y

ampliación del negocio privativo durante la vigencia de la sociedad de gananciales y con cargo a fondos de la misma, y ello no hace perder al aportante su titularidad para pasar a compartirla con la sociedad, pues con arreglo a los artículos 1.359 y 1.360 del Código Civil, la mencionada sociedad sólo tiene derecho al reembolso del valor satisfecho actualizado (art. 1.397.3.º del Código Civil). En suma, un derecho de crédito contra el aportante. Y en consecuencia, declara que son propiedad del marido la totalidad de las acciones, si bien será deudor a la sociedad de gananciales del importe actualizado al momento del inventario de lo invertido por la dicha sociedad en la transformación y ampliación del negocio aportado para constituir la.

SOCIEDAD DE GANANCIALES. LIQUIDACION. TERCERIA DE DOMINIO.—ARTICULOS 1.315, 1.325 Y 1.333 DEL CODIGO CIVIL. (SENTENCIA DE 25 DE SEPTIEMBRE DE 1999.)

El cambio de régimen matrimonial no desplaza los derechos adquiridos con anterioridad por terceros sobre el patrimonio de los cónyuges, mientras no se publiquen en los Registros correspondientes.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Alfonso Villagómez Rodil, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la parte actora y apelante contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Vitoria, que confirmó la del Juzgado número 3 de esa ciudad.

Condenado el marido de la actora en proceso penal a responsabilidades civiles para satisfacer las cuales se le embargaron cuatro fincas, anotándose los embargos con fechas 18 y 26 de enero de 1988. Con anterioridad, el 1 de octubre de 1987, ambos cónyuges otorgaron capitulaciones matrimoniales en las que liquidaron la sociedad de gananciales y se adjudicaron a la esposa, que interpone tercera de dominio, tres de las cuatro fincas embargadas, anotándose las capitulaciones en el Registro de la Propiedad y en el Registro Civil con fechas 24 y 28 de noviembre de 1988, respectivamente.

Se declara que la modificación del régimen económico matrimonial sólo afecta a terceros desde la fecha de su inscripción registral (sentencia de 26-6-1992). Teniendo en cuenta la proximidad de fechas de la traba y el otorgamiento de las capitulaciones, se llega a la conclusión de que dicha escritura se formalizó con un más que evidente ánimo de detraer de la masa de bienes liquidable la mayor parte de los de la sociedad de gananciales, que quedaron en poder de la esposa, quien tuvo conocimiento suficiente del embargo llevado a cabo, pues el auto que lo decretó le fue notificado con fechas 23 y 30 de diciembre de 1987.

SOCIEDAD DE GANANCIALES. DISOLUCION. EMBARGO POR DEUDAS PROPIAS DE UNO DE LOS CONYUGES.—ARTICULOS 1.373 Y 1.393 DEL CODIGO CIVIL. (SENTENCIA DE 12 DE ENERO DE 1999.)

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Xavier O'Callaghan Muñoz, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la parte demandada y apelada, que lo es el Banco Herrero, S.A., contra la sentencia de la Sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Asturias que, revocando la del Juzgado de 1.ª Instancia número 7 de Oviedo,

declaró que se proceda a alzar el embargo de la parte de los bienes de la sociedad de gananciales que se adjudique a la demandante —la esposa— tras acordar judicialmente lo procedente en orden a la disolución de la misma.

Los hechos son los siguientes:

Habiéndose ejercitado una acción de nulidad de contrato de préstamo y una acción de reclamación de cantidad por el «Banco Herrero, S.A.» en proceso declarativo ordinario de menor cuantía, el Juzgado de 1.^a Instancia número 7 de Oviedo, dictó sentencia estimando la demanda. En ejecución de esta sentencia se embargaron bienes gananciales de doña C. C. F. y su esposo; en la sentencia que se ejecutaba tan sólo se condenaba al pago de una cantidad de dinero por razón de un contrato de fianza, al esposo de aquélla, don H. L. B., y al hijo de ambos don E. L. C.; dicha esposa ni siquiera había sido demandada en cuanto a la obligación pecuniaria.

En el trámite de ejecución de sentencia, la esposa formuló incidente en ejercicio de la opción que le concede el artículo 1.373 del Código Civil, solicitando el levantamiento del embargo de los bienes gananciales y que se sustituya por el de bienes que se adjudiquen al esposo tras la disolución de la comunidad de gananciales.

La sentencia de la Audiencia Provincial, Sección 5.^a de Oviedo, revocando la de primera instancia, dio lugar al incidente y ordenó el alzamiento del embargo de la parte de los bienes de la comunidad de gananciales que se adjudique a doña C. C. B., tras acordar lo procedente en orden a la disolución de la misma. Contra esta sentencia, la parte contraria, demandante en el proceso principal y en cuyo favor se trabó el embargo, «Banco Herrero, S.A.», formuló el recurso de casación.

Respecto de los mismos, el Tribunal Supremo argumenta que «una de las causas de disolución —no *ipso iure* del art. 1.392 del Código Civil— de la comunidad de gananciales a instancia de parte, que enumera el artículo 1.393, es la del artículo 1.373 al que se remite el último párrafo de aquél: es el embargo de bienes gananciales por deudas propias de un cónyuge, en que el otro exige que el embargo se trabé sobre la parte que ostenta el cónyuge deudor en la comunidad ganancial, lo que lleva consigo la disolución del régimen.

Por tanto, el cónyuge no deudor, que ve cómo le embargan bienes gananciales, tiene una opción: aceptarlo, en cuyo caso cuando en su día se ejecuten bienes suficientes para satisfacer la deuda de otro cónyuge, el deudor embargado, se reputará que éste ha recibido a cuenta, por el valor de los bienes ejecutados, parte de los gananciales que en el momento de la liquidación le correspondían; o bien, exigir que el embargo se concrete a la parte de gananciales que le corresponda al cónyuge deudor, en cuyo caso se disuelve la comunidad de gananciales y rige el régimen de separación de bienes: es la opción que contemplan los artículos 1.373 y 1.374 del Código Civil.

Así, en este sentido, dice la sentencia de 2 de julio de 1990: «los acreedores pueden hacer efectivos sus créditos derivados de obligaciones no contraídas por los cónyuges deudores en beneficio de la comunidad o para atenciones familiares, incluso persiguiendo los bienes gananciales, bien que con carácter subsidario y originando el correspondiente arreglo de cuentas entre los esposos e, incluso, la posibilidad de disolución de la comunidad (art. 1.373)». Y añade la de 10 de diciembre de 1990: «el matrimonio no limita la capacidad jurídica de los esposos, sino que ambos pueden obligarse individualmente y responden con sus respectivos bienes, y que si el esposo adquirió por documento privado el com-

promiso de devolver un préstamo, ello no significa en sí un acto de disposición de los gananciales que determine la nulidad de dicho acto, ya que siempre tendrá el otro cónyuge la posibilidad de ejercitar la facultad del artículo 1.373, si se dirige apremio contra tales bienes. Asimismo, la de 12 de abril de 1994: El procedimiento que contempla el artículo 1.373 del Código Civil, es un remedio sustitutorio de la acción de tercera de dominio, puesto a disposición de la esposa en los casos que allí se contemplan. Ejercitado por la esposa cuando se le notifica el embargo de los bienes comunes, el derecho de opción que al cónyuge no deudor le reconoce el citado artículo 1.373-1.º, determina el ejercicio de la disolución de la sociedad de gananciales, sin necesidad de petición alguna al Juez que conoce de la ejecución, si bien ha de procederse a la posterior liquidación del patrimonio de la sociedad para determinar los bienes, o la parte de ellos, que se atribuyen a cada uno de los cónyuges, y consecuentemente los bienes del cónyuge deudor que han de sustituir en la traba al bien ganancial inicialmente embargado; en el mismo sentido, la de 22 de diciembre de 1995.

La aplicación en el proceso de esta opción que concede al cónyuge no deudor el artículo 1.373 del Código Civil, parte de la situación de derecho material: estando ante una deuda propia de un cónyuge, sin responsabilidad para la comunidad de gananciales y que no es una carga de ésta, se han embargado bienes gananciales en ejecución de sentencia o en juicio ejecutivo (embargo definitivo o embargo preventivo); cuando el embargo es notificado al cónyuge no deudor y éste ejerce aquella opción, puede hacerlo, como reconoce la sentencia de 29 octubre 1984, en incidente en el proceso de ejecución; sin perjuicio de admitirse en ciertos casos la tercera de dominio, como así entendió la sentencia de 17 de julio de 1997.

Este ha sido el caso presente: tal como dice expresamente la sentencia de instancia, la deuda del marido no era ganancial, ya que «no se infiere en modo alguno la existencia de consentimiento expreso por parte de la esposa y así la póliza de afianzamiento viene constituida y firmada tan sólo por el esposo», y advierte que «Banco Herrero, S.A.» no demandó a la esposa, doña C. C. F., respecto a la obligación solidaria de pago por razón del contrato de fianza y en la sentencia de los autos principales no se la condena al pago.

Cuando en ejecución de esta sentencia se embargan bienes gananciales, se produce exactamente el supuesto para el que está prevista la opción que concede el artículo 1.373 del Código Civil: hubo una deuda no ganancial, sino propia del marido —hecho declarado así en la sentencia de instancia— y no se embargaron bienes privativos de éste, sino bienes gananciales; frente a cuyo embargo la esposa, en incidente de ejecución de sentencia, exigió que en la traba se sustituyeran los bienes comunes (gananciales) embargados por la parte de los bienes que le correspondan y se le adjudiquen al cónyuge deudor en la comunidad de gananciales, sustitución de la traba que es consecuencia de la disolución de la comunidad de gananciales. Así se ordenó, correctamente, por la sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo, que es objeto del presente recurso de casación.

El Magistrado don José Almagro Nosete formula voto particular en el sentido contrario, de haber lugar al recurso de casación, anulando la sentencia de la Audiencia y absolviendo al Banco Herrero, S.A., conforme a los siguientes fundamentos:

La singularidad del caso (incidente en ejecución de sentencia, formulado por una de las demandadas, cónyuge de otro codemandado, para hacer valer

su pretensión, apoyada en el artículo 1.373 del Código Civil, «solicitando el levantamiento del embargo de la parte de los bienes comunes que en su día fueron trabados y que se le adjudicasen tras procederse a la disolución de la sociedad de gananciales») explica que el presente recurso de casación se conduzca, conforme al artículo 1.687-2.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, como si en vez de tratarse de la impugnación de una «sentencia», recaída sobre un punto incidental en ejecución de la sentencia principal, fuera, en realidad, un «auto» de los contemplados en referido ordinal, y, ello, merced al propio reconocimiento que sobre la idoneidad de la «forma» de resolución judicial elegida, efectúa el órgano *a quo*, en su auto de fecha 13 de junio de 1994, dictado al resolver el recurso de súplica planteado: «nos encontramos —dice el expresado auto— en el presente caso con la resolución de un incidente planteado en ejecución de una sentencia dictada en un juicio de menor cuantía, y por un montante superior a los seis millones de pesetas, y en donde, efectivamente, puede considerarse que se ataca un punto no decidido en la sentencia, por lo que en principio se darían todos los ingredientes para la admisibilidad de la casación; ahora bien, nos encontramos con un punto discordante, y es que la resolución incidental se adoptó en forma de sentencia y no de auto, como tal vez hubiera sido procedente a tenor de lo dispuesto en el artículo 369 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuando alude a la adopción de la fórmula de auto respecto a las resoluciones «que deciden cualquier otro incidente, cuando no está permitido que se dicten en forma de sentencia. No obstante, no creemos que ello suponga un obstáculo insalvable, pues sería absurdo que una resolución en principio de mayor enjundia (cual es una sentencia frente a un auto) no pudiera ser recurrible por no atenerse estrictamente a la formalidad, lo que por otra parte pugnaría con el derecho al acceso a los recursos, según la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional (sentencias 190/90, 32/91, 27 de enero de 1994, entre otras). Con independencia de la valoración global del precedente fundamento es lo cierto que ante un incidente que, anticipamos, debió repelerse de oficio, según dispone el artículo 743, no obstante haya recaído sentencia estimatoria del mismo, ha de aceptarse, conforme a la admisión preliminar, ya acordada en su momento, el definitivo examen del recurso en aras de evitar la indefensión en que quedaría la parte recurrente de persistir la sentencia (o auto) recurrido.

El primer motivo casacional que denuncia la contradicción de lo resuelto con lo ejecutoriado, cita como precepto no observado el artículo 1.373 del Código Civil, con variados argumentos que se complementan, también, en el segundo motivo. Este precepto, según la interpretación que se desprende de su simple lectura y de acuerdo con los comentarios doctrinales que el mismo suscita, concede al cónyuge no demandado en un asunto judicial dirigido contra su consorte, por deudas propias, la facultad de exigir, cuando por su razón se hayan embargado bienes gananciales, que los bienes comunes se sustituyan por la parte que ostenta el cónyuge deudor en la sociedad conyugal. Esta facultad nace desde que tiene conocimiento de tal traba, por lo que la ley pone especial énfasis en señalar que «el embargo de bienes gananciales "será inmediatamente notificado" al cónyuge afectado». Desde esta perspectiva de cónyuge, tercero al proceso, es desde la que se estudian los complejos problemas que el precepto plantea al mezclar cuestiones sustantivas con cuestiones procesales sin las precisiones exigibles. Así, la sentencia de esta Sala de 29 de abril de 1994, establece que el «procedimiento que contempla el artículo 1.373 del Código Civil es un remedio sustitutorio de la acción de tercera de dominio,

puesto a disposición de la esposa en los casos que allí se contemplan. Ejercitado por la esposa cuando se le notifica el embargo de los bienes comunes, el derecho de opción que al cónyuge no deudor le reconoce el citado artículo 1.373-1.º, determina el ejercicio de la disolución de la sociedad de gananciales sin necesidad de petición alguna al Juez que conoce de la ejecución, si bien ha de procederse a la posterior liquidación del patrimonio de la sociedad para determinar los bienes, o la parte de ellos, que se atribuyen a cada uno de los cónyuges, y consecuentemente los bienes del cónyuge deudor que han de sustituir en la traba al bien ganancial inicialmente embargado. La falta de normas legales de carácter procesal acerca del ejercicio de este derecho de opción, y de la posterior liquidación de la sociedad, puesta de relieve por la doctrina científica, ha originado dudas sobre la forma en que ha de practicarse la liquidación, pronunciándose la mayor parte de los autores a favor de la forma convencional, de tal suerte que sólo ante la oposición del cónyuge deudor, o de los acreedores que se crean defraudados, sería necesario acudir a la liquidación judicial, debiendo señalarse en uno y otro caso un plazo para la práctica de la misma. Esta liquidación resulta indispensable para la identificación del bien que el Juez ejecutor ha de utilizar en la sustitución que autoriza el debatido artículo 1.373; pues si se entendiera que la sustitución del bien ganancial, inicialmente embargado, se puede hacer con la parte alícuota que el cónyuge deudor ostenta en la sociedad no liquidada, se estaría perjudicando al cónyuge no deudor, ya que en vez de conseguir la pretendida liberación de la primitiva traba, habría que extender ésta a todo el caudal ganancial, aunque sólo fuera referida a la cuota abstracta de participación que sigue ostentando el cónyuge deudor sobre todos y cada uno de los bienes de tal patrimonio, mientras no se liquide la sociedad; identificación y atribución de propiedad al cónyuge deudor, que sólo se produce con la liquidación, a semejanza de lo que dispone el artículo 1.068, según la remisión del artículo 1.410, todos del Código Civil. Cuando el ejercicio de derecho de opción, o la práctica de la liquidación, se hubieren efectuado extemporáneamente, es decir, fuera del plazo concedido, o del transcurso de uno prudencial, en el supuesto de que aquél no existiera, esta opción no afectaría a la ejecución para el abono de las responsabilidades contraídas, pues la desidia del cónyuge no deudor, o su mala fe, no pueden producir el efecto de impedir que el acreedor se vea totalmente frustrado en sus legítimas aspiraciones de hacer efectivo su crédito; nos encontraríamos entonces en el supuesto previsto en el párrafo 2.º del tantas veces citado artículo 1.373, "si se realizase la ejecución sobre bienes comunes, se reputará que el cónyuge deudor tiene recibido a cuenta de su participación, el valor de aquéllos al tiempo en que los abone con otros caudales propios, o al tiempo de la liquidación", con lo cual no se impide la continuación de la ejecución sobre el bien ganancial embargado».

La sentencia recurrida, erróneamente, para justificar la viabilidad del incidente, haciendo abstracción de la posición de parte codemandada que ha tenido la cónyuge promotora del mismo en el asunto principal, tras expresar las dificultades que ofrece el texto y la ausencia de normas procesales sobre la materia, entiende (sin que ello sea cierto) que hay dos corrientes al efecto de dar cauce procesal a la pretensión fundada en dicho artículo, una la que considera que el procedimiento puede ser el de las tercerías y otra corriente «favorable al incidente», posibilidad que es acogida por la sentencia de 29 de noviembre de 1984, que, según dice, es el criterio aceptado por la sentencia de 4 de abril de 1994. Pero, sin desconocer los problemas de hermenéutica que el

precepto plantea, las dos sentencias del Tribunal Supremo que cita (la de 4 de abril de 1994 contiene un error de transcripción, pues, la más próxima en fecha que se refiere a esta cuestión es la de 29 de abril de 1994), parten, conforme se deduce de su contenido de la posición de tercero procesal del accionante, y, en ambos casos, alude a la «tercería», con todas las matizaciones que se quieran como medio de intervenir en el proceso donde se han trabado los bienes gananciales. Así, la sentencia ya recogida en el fundamento anterior (29 de abril de 1994), reconoce que se trata de un «remedio sustitutorio de la acción de tercería de dominio, y la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de octubre de 1984, que diferencia las tercerías de mejor derecho y las de dominio, no trata en concreto de este problema, sino de las cuestiones que suscita la naturaleza de los bienes, según sean materiales o inmateriales, cuyos razonamientos conducen a título de hipotecar a hablar de un «incidente genérico», equivalente a la tercería de dominio. Por ello, deben rechazarse los argumentos de la sentencia.

En efecto, la demandada apelante y hoy recurrida en el proceso declarativo, ha podido ejercitar desde su posición procesal, cuantas defensas hubiera tenido por convenientes u oportunas, oponiéndose al embargo, desde que como tal parte tuvo conocimiento del mismo, mediante las excepciones, acciones reconconvencionales, incidentes o recursos que estimara apropiados. Lo que no puede, una vez adquiere la sentencia eficacia de cosa juzgada, y, por tanto, resultando vinculada a la misma como parte, es promover un incidente en ejecución de sentencia, para introducir elementos nuevos que perturban el buen fin de la sentencia firme.

SOCIEDAD DE GANANCIALES. DEUDAS A SU CARGO. POLIZA DE CREDITO.—ARTICULOS 1.362, NUMERO 4.º, 1.365, 1.367 Y 1.369 DEL CODIGO CIVIL. (SENTENCIA DE 27 DE MARZO DE 1999.)

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Alfonso Villagómez Rodil, declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por la esposa demandada y apelada contra la sentencia de la Sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Bilbao que había revocado parcialmente la del Juzgado de 1.ª Instancia número 3 de esa ciudad.

Instada por la representación del Banco Pastor, S.A., demanda pretendiendo se condene a los demandados —entre los que se encuentra la esposa de uno de ellos— a pagar solidariamente la suma derivada de la póliza de crédito, con renuncia a los beneficios de orden, división previa excusión, en la que se afianzaba solidariamente a la sociedad de la que eran socios los demandados, el Juzgado desestimó la demanda en cuanto a la expresada esposa de uno de los socios, mientras que la Audiencia la condenó a responder hasta el límite de su cuantía y subsidiariamente con los bienes gananciales que se la adjudicaron en la división de la sociedad conyugal del crédito reclamado por el Banco apelante.

La razón fundamental para estimar que la esposa no responde con los bienes que se la adjudicaron al liquidarse la sociedad de gananciales de la deuda derivada de la póliza no firmada por ella, es la de que en la demanda no se solicitó por el Banco que se declarase el carácter de deuda ganancial del afianzamiento de referencia, el cual además excedía por sus onerosas condiciones, de lo común, corriente o habitual en el matrimonio.

REGIMEN DE SEPARACION DE BIENES. PUBLICIDAD. (SENTENCIA DE 8 DE MARZO DE 1999.)

No probada la inscripción de las capitulaciones matrimoniales en que se establece el régimen de separación de bienes ni en el Registro Civil ni en el de la Propiedad, dicha separación carece de efectos frente a terceros, pues al no tener conocimiento de tal hecho ha de presumirse que el régimen económico matrimonial es el de gananciales.

DIVORCIO. RECURSO DE REVISION. (SENTENCIA DE 24 DE NOVIEMBRE DE 1999.)

Acreditado que el actor, marido de la recurrente y demandada, sabía o podía saber fácilmente el domicilio de ésta, a pesar de lo cual no lo indicó al Juzgado, realizándose la citación y emplazamientos por edictos en el pleito de divorcio, que motivó la sentencia del Juzgado de 1.ª Instancia número 5 de Logroño, dicha conducta entraña un artificio o irregularidad con la consiguiente indefensión de la contraparte, provocando con ello una ausencia total de tutela judicial efectiva, situación proscrita por el artículo 24-1 de la Constitución Española. Por lo que se declara procedente el recurso de revisión y se anula la sentencia del Juzgado, con reserva a las partes para que usen de su derecho en el juicio correspondiente.

DIVORCIO. DAÑOS MORALES.—ARTICULOS 67, 68 y 1.101 DEL CODIGO CIVIL. (SENTENCIA DE 30 DE JULIO DE 1999.)

El daño moral generado en uno de los cónyuges por la infidelidad del otro no es susceptible de reparación económica alguna.

Condenada la esposa divorciada a satisfacer a su ex-marido diez millones de pesetas en concepto de daños morales en virtud de sentencia del Juzgado de 1.ª Instancia número 21 de Madrid, y revocada la misma por la de la Sección 10.ª de la Audiencia Provincial de la capital, el Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Alfonso Barcala y Trillo-Figueroa, declara no haber lugar al recurso de casación.

El Juzgado basó el reconocimiento a la indemnización por daños morales en la infidelidad de la ex-esposa, que motivó no fuesen del marido los hijos habidos por ella durante el matrimonio. Frente a esta posición, el Tribunal Supremo, recogiendo el razonamiento de la Audiencia, argumenta que «indudablemente, el quebrantamiento de los deberes conyugales especificados en los artículos 67 y 68 del Código Civil, son merecedores de un innegable reproche ético-social, reproche que, tal vez, se acentúe más en aquellos supuestos que afecten al deber de mutua fidelidad, en los que, asimismo, es indudable que la única consecuencia jurídica que contempla nuestra legislación sustantiva es la de estimar su ruptura como una de las causas de separación matrimonial en su artículo 82 pero sin asignarle, en contra del infractor, efectos económicos, los que, de ningún modo es posible comprenderles dentro del caso de pensión compensatoria que se regula en el artículo 97, e, igualmente, no cabe comprender su exigibilidad dentro del precepto genérico del artículo 1.101, por más que se estimen como contractuales tales deberes en razón a la propia naturaleza del matrimonio, pues lo contrario llevaría a estimar que

cualquier causa de alteración de la convivencia matrimonial, obligarla a indemnizar.

Las precedentes consideraciones, unidas a las formuladas en la sentencia recurrida —que la Sala hace suyas— son suficientes de por sí en orden a concluir que el daño moral generado en uno de los cónyuges por la infidelidad del otro, no es susceptible de reparación económica alguna.

F. C. L.

E) SUCESIONES

POR FRANCISCO CASTRO LUCINI

NULIDAD DE TESTAMENTO ABIERTO. VALIDEZ DE TESTAMENTO OLOGRAFO. (SENTENCIA DE 11 DE NOVIEMBRE DE 1999.)

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Ignacio Sierra Gil, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por los familiares de la testadora que integraban la parte demandada y apelante, contra la sentencia de la Sección 9.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, que había confirmado sustancialmente la del Juzgado de 1.ª Instancia número 40 de la capital, revocándola parcialmente en cuanto deja sin efecto la responsabilidad civil del notario autorizante del testamento y la imposición de costas a la parte demandada.

Doña A. M. G. otorgó el 27 de noviembre de 1987, testamento abierto notarial cuya nulidad solicita la parte actora, así como pide también la adverbación y protocolización de un testamento ológrafo otorgado el 11 de noviembre de 1985, basándose en que mientras al otorgar este último, la testadora estaba en plena posesión de sus facultades mentales, no sucedió lo mismo al otorgar el posterior testamento notarial, momento en que carecía de capacidad. La pretensión es acogida por el Juzgado, que además declaró la responsabilidad por daños y perjuicios del notario autorizante del mismo, con imposición de costas a la parte demandada, extremos estos dos últimos que fueron revocados por la Audiencia.

Resulta así que la causa de la nulidad del testamento notarial, según la sentencia, es la falta de cabal juicio de la testadora, aclarando que la presente controversia se centra en si dicho instrumento público adolecía de un posible vicio que lo abocara a su nulidad, pero nunca si había sufrido una falsedad material que llevaría su investigación al orden jurisdiccional penal. Y tasativamente especifica que al otorgar el testamento ológrafo, la testadora estaba en pleno uso de sus facultades mentales.

COMENTARIO

Nunca se insistirá demasiado en la importancia del examen por el notario de la capacidad del otorgante del instrumento público, concretamente en este caso de los actos de última voluntad. La reforma de 1991 no supuso ningún cambio radical en este punto, pues el último inciso del actual artículo 696

viene a reproducir el párrafo final del anterior artículo 695, sin otra corrección que suprimir la palabra «siempre», por innecesaria, ya que ningún notario autorizará un instrumento otorgado por persona incapaz.

Ahora bien, es mi opinión que cuando la incapacidad no es total y absoluta, sino que se debe a un estado de debilidad motivado por enfermedad y otra causa pasajera, el otorgamiento puede admitirse en relación al carácter o contenido concreto del acto a otorgar. No es lo mismo un testamento con sustituciones fideicomisarias, legados, reconocimientos de deudas, etc., cuyo contenido sea complejo, que otro en el que simplemente se dé cumplimiento a un deber de conciencia o se instituyan herederos a quienes lo serían abintestato y en la misma proporción. En estos últimos casos es posible apreciar la capacidad del testador con criterio más abierto, siempre con las necesarias cautelas como, por ejemplo, haciendo constar que manifiesta el testador ser el presente, el primero y único testamento por él otorgado. Claro está que en todo caso y previamente habrá existido una pesquisa por el Notario, efectuando determinadas preguntas al testador para, de sus respuestas, deducir, en su momento, el juicio acerca de su capacidad. Hemos conocido personas declaradas incapaces por enajenación mental que afectaba a un sector parcial de su conducta, en especial respecto a determinadas personas que poseían una especial astucia para contestar adecuadamente hasta que se les tocaba en su punto flaco. Todo ello evidencia la dificultad del juicio en determinados supuestos acerca de la capacidad y que por lo mismo sólo cuando la actuación del notario esté rayana en el dolo o pueda revestir calificación penal pueda declararse su responsabilidad. En todos los demás casos será un juicio sujeto a la falibilidad humana.

TESTAMENTO OLOGRAFO. ACEPTACION Y REPUDIACION DE LA HERENCIA. ACTOS PROPIOS. (SENTENCIA DE 23 DE NOVIEMBRE DE 1999.)

La forma tácita sólo cabe para la aceptación de la herencia, no para la repudiación.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Alfonso Villagómez Rodil, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la parte demandada y apelante contra la sentencia de la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Badajoz que confirmó la del Juzgado de Primera Instancia número 6 de esa población.

La parte actora pretendió que se declarasen válidos y eficaces, no sólo el testamento notarial abierto otorgado por su hermana causante el 26 de marzo de 1976, sino también los cuatro testamentos ológrafos otorgados el 23 de febrero de 1983, 26 de diciembre de 1983 (en que suscribió dos) y el 12 de diciembre del mismo año, protocolizados todos ellos el 8 de marzo de 1991, conforme a cuyo contenido la otra hermana demandada, como administradora de la herencia, debía rendir cuentas y practicar la partición de la herencia.

La parte demandada postula la ineficacia de los testamentos ológrafos, petición que fue rechazada por el Juzgado, cuya sentencia confirmó la Audiencia, pues «ningún interés demostrado asistía a la actora para retener y menos ocultar los testamentos ológrafos, cuando en virtud de los mismos resultaba favorecida, ya que mediante tales disposiciones la causante vino a paliar la desigualdad sucesoria que contenía el testamento abierto». Y sin que el hecho de haber promovido la actora el juicio de testamentaría en base al

testamento abierto suponga que aceptó éste de modo exclusivo y excluyente respecto de los ológrafos y quedó vinculada por los actos propios que de esta manera vino a instaurar al no protocolizar con anterioridad los manuscritos controvertidos, porque «no se produjo retención maliciosa demostrada de los ológrafos» ni entraña «renuncia a los derechos hereditarios», dado que «el artículo 1.008 exige que la repudiación de la herencia ha de hacerse en instrumento público o auténtico o por escrito en tal sentido presentado ante el juez competente para conocer la testamentaria o el abintestato, pero no en forma tácita, que sólo cabe para la aceptación de la herencia».

LEGADO. INEFICACIA. INTERPRETACION DE TESTAMENTO.—ARTICULOS 675, 869.1.º Y 2.º, 883 DEL CODIGO CIVIL. (SENTENCIA DE 31 DE MARZO DE 1999.)

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Antonio Gullón Ballesteros, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Sección 2.ª de lo Civil de la Audiencia Provincial de Albacete, que había confirmado íntegramente la del Juzgado de 1.ª Instancia número 2 de esa capital, declarando que «la cuestión central a resolver en el presente recurso es la de si, legada una casa determinada propia del testador, de la que segregó una parte después del otorgamiento del testamento construyendo en ella un edificio, el legado ha de entenderse revocado al haber vendido la finca matriz a terceros, o subsiste en la parte segregada con la edificación».

La tesis de la parte recurrente se basa en una doble consideración de índole respectivamente objetiva y subjetiva. La primera, descansa en la negativa de que exista transformación de la cosa legada, pues el legado se ha de entregar en el estado en que se encuentre la cosa al morir el testador, y no cabe aplicar la regla legal de su revocación por transformación, pues lo ocurrido fue una merma del originario. Y el fundamento subjetivo se basa en la interpretación de la voluntad del testador, que fue la de conservar el edificio para sus sobrinos, por eso no vendió los pisos en él ubicados y no modificó su testamento.

El Tribunal Supremo rechaza ambos fundamentos, declarando que la segregación efectuada por el testador de la cosa legada, de un poco más de un tercio de su superficie para crear un solar y edificar un inmueble de siete plantas, sin ningún vínculo de dependencia, accesoriedad o subordinación con la casa legada, lo que sí tenía el terreno segregado, entraña una transformación del legado incurso en el artículo 869.1.º del Código Civil, que quedó reducido a la finca matriz. El testador expresamente legó la misma y no por supuesto el edificio levantado sobre el solar segregado posteriormente. El legado reducido también se revocó por disposición del artículo 869.2.º del Código Civil, al enajenarse por el testador la finca matriz, y que si la voluntad del testador hubiera sido la de conservar el edificio para sus sobrinos, nada le hubiera impedido manifestarla en un testamento posterior. Sabía, antes de su muerte, las modificaciones que se habían originado en la cosa que legó. Pensar que el no hacerlo implica que quiso que el edificio fuese para los legatarios, tiene la misma lógica que lo contrario: no modificó porque sabía que la cosa legada ya no existía; la matriz, por su venta, la segregada por haberla hecho independiente de aquélla. Especular con los deseos de un tes-

tador a los que se atribuye una intención acorde con ellos distinta a la de que los legatarios no sucedan en nada de la cosa legada originariamente, es eso, una pura especulación.

COMENTARIO

La doctrina entiende que los casos 1.º y 2.º del artículo 869 del Código Civil son supuestos de revocación tácita y que incluso aunque se restaure la cosa a su antiguo estado se restablezca el legado, salvo caso de la retroventa exceptuada por el propio precepto. Este era el único supuesto contemplado por el Proyecto de 1851, cuya redacción era, si cabe, más tajante que el actual número 2.º del artículo 869, pues disponía que «la enajenación que de la cosa legada haya hecho el testador, en todo o en parte, y por cualquier título o causa, deja sin efecto el legado en lo que ha sido objeto de la enajenación, aunque ésta haya sido nula y el objeto enajenado haya vuelto posteriormente al dominio del testador, a menos que haya vuelto por pacto de retroventa, puesto por el mismo testador al hacer la enajenación» (art. 685). No se contemplaba, por tanto, el supuesto de la transformación.

En ambos supuestos parece que lo decisivo es el acto considerado en sí mismo, objetivamente, sin necesidad de acudir a una presunción de voluntad. Existiendo transformación o enajenación, huelga acudir al artículo 675 para indagar una supuesta voluntad del testador. Pudiera así considerarse estos casos como excepciones al principio del *favor testamenti*, en cuanto a la conservación y efectos de las disposiciones testamentarias.

F. C. L.

INFORMACION BIBLIOGRAFICA

PÉREZ PÉREZ, EMILIO: *Manual de Derecho de la Propiedad Horizontal y de su inscripción registral*. Universidad Católica San Antonio de Murcia. Murcia, 2000. Un tomo de 215 págs.

Junto a las situaciones colectivas de comunidad de bienes, que es una unidad objetiva, y de la sociedad que es unidad subjetiva, existen otros tipos de situaciones colectivas en las que a la vez se mantiene la mayor independencia posible de cada titular individual sobre bienes privativos concretos y se hace necesario compartir otros bienes para su utilización adecuada. Hay, pues, tres componentes: 1.º La cotitularidad sobre los elementos comunes que serán, en principio, indivisibles por razón de permanencia en el conjunto. 2.º Las titularidades separadas sobre los elementos privativos, y 3.º La conexión real de los elementos comunes y los privativos, por razón de la naturaleza o destino de unos y otros, lo que determina su inseparabilidad.

Con estas ideas básicas empieza su libro EMILIO PÉREZ PÉREZ, autor prolífico que ya ha aparecido varias veces en nuestras páginas en las que ha colaborado con frecuencia. Aparte su demostrado conocimiento sobre el Derecho de Aguas, también ha escrito sobre estos temas de la comunidad de bienes; en 1986 ya dimos noticia de su Tesis Doctoral sobre «El consorcio real en el Derecho positivo español», y pocos años después obtuvo un premio «Jerónimo González» en convocatoria del Colegio de Registradores por su trabajo sobre «Propiedad, comunidad y finca registral». Tiene, pues, prestigio conseguido que nos complace en resaltar.

En esta ocasión su trabajo se centra en la propiedad horizontal en sus diversos aspectos, terminando con su configuración registral que, por supuesto, es la de mayor importancia en cuanto da seguridad jurídica frente a todos en sus relaciones.

Empieza su capítulo primero dando la noción bien asequible a todos de que la propiedad horizontal es la de los pisos de un edificio superpuestos en sentido vertical, de modo que cada uno de ellos tiene en común el suelo con el inferior y el techo con el superior. Noción bien sencilla, que luego desenvolverá en cuanto a su entramado jurídico, lo que hace, después de reflejar los antecedentes, analizando las diversas posturas sobre su naturaleza jurídica. Fiel a su ya citada construcción de la figura del consorcio real, EMILIO PÉREZ acude a ella en cuanto que viene caracterizada por dos datos fundamentales: que el interés realizado por el consorcio es inherente a los fondos consorciales, de modo que la pertenencia viene configurada por una relación de propiedad de determinados inmuebles situados dentro de un perímetro (*intuitus rei*) y por la obligación de contribuir proporcionalmente a los gastos de mantenimiento, que incumbe a los consorciados, no es una obligación personal de éstos sino una carga real que grava sus fondos.

El régimen legal de la propiedad horizontal se estudia en los capítulos segundo al décimo. Se empieza por la constitución, en cuyo título se describe

el edificio en su conjunto y los diferentes pisos o locales con expresión de las circunstancias exigidas en la legislación hipotecaria, detallando los servicios e instalaciones, anejos y servidumbres. Este título podrá contener las reglas de constitución y ejercicio de los derechos formando un estatuto que no tendrá efectos respecto de terceros si no se inscribe en el Registro de la Propiedad. Detalla el autor los elementos comunes, lo sean por naturaleza, por destino o los procomunales, y los privativos, siendo elemento indispensable la cuota de participación en el conjunto de cifras porcentuales para determinar derechos y obligaciones en dicho conjunto.

En el capítulo tercero se analiza la posición del dueño de cada piso o local, tanto en cuanto a las facultades o actividades que puede ejercitar dentro de su ámbito, como en la parte pasiva de las obligaciones, que su posición le impone. Y en el capítulo cuarto se contempla la faceta de la comunidad como tal en cuanto a las posibilidades de modificar el edificio y la responsabilidad por el pago de sus deudas, resaltándose el nuevo procedimiento que se ha introducido en el artículo 22 de la Ley de Propiedad Horizontal.

Los capítulos quinto y sexto se dedican a exponer el funcionamiento y gobierno de la comunidad y de sus órganos. La voluntad comunitaria reside en la Junta de Propietarios, cuya organización, convocatoria asistencial y modos de votar se detallan. Los acuerdos que se reflejan en las correspondientes actas, documento base para la efectividad de dichos acuerdos y para la posible impugnación por vía judicial. El libro nos explica, resumida, pero completamente, toda la materia, bien interesante desde el punto de vista práctico. La comunidad está representada por el presidente, cuyas funciones se exponen, siguiendo la letra de la Ley. Hay también, en algunos casos, secretario y administrador, bien sea éste condueño o ajeno. Toda una compleja situación fáctica que se traduce en no pocos problemas que el autor acomete y aclara.

Una de las reformas más importantes de la última Ley tenía por objeto asegurar y facilitar el procedimiento especial para exigir el pago de los gastos comunes a los condueños morosos, así como asegurar también la cuota de participación en el fondo de reserva para los gastos extraordinarios que puedan presentarse. En este libro se estudian el objeto del procedimiento, sus requisitos y trámites, así como la sentencia y los recursos posibles contra la misma.

En el capítulo octavo, tras una referencia a la disposición final de la Ley 8/1999, que ordena la adaptación de los estatutos bajo pena de nulidad de las disposiciones que se le opongan, se refiere el libro a las causas tanto subjetivas como objetivas de extinción de la comunidad.

Y en los capítulos noveno y décimo estudia EMILIO PÉREZ otras figuras que no siendo realmente iguales a la propiedad horizontal, sí son lo bastante análogas como para apuntar sus problemas. Se trata de los complejos inmobiliarios privados, en los cuales hay parcelas privativas, pero unidas por una serie de relaciones derivadas de la obligada conexión con los elementos comunes de la urbanización. Por otra parte, están los conjuntos inmobiliarios de los que se ocupó el V Congreso de Derecho Registral de Roma en 1982, en los que hay una pluralidad de inmuebles concertados a través de servicios o elementos comunes que originan un régimen de limitaciones y deberes para la consecución y funcionamiento de los intereses tanto generales como particulares de los partícipes. Como tales figuras de verdaderos consorcios reales, el autor estudia su caracterización, elementos y reglas con gran detalle.

La tercera parte del libro se dedica a la inscripción en el Registro de la Propiedad de la propiedad horizontal y de estas urbanizaciones y conjuntos inmobiliarios, comprendiendo los capítulos undécimo y duodécimo.

Explica el autor nuestro sistema de inscripción de la propiedad horizontal a base de plasmar el edificio como una sola finca, pero abriendo hojas separadas a los distintos pisos, para de este modo seguir su vida jurídica de modo claro y sin mezclas ni confusiones. EMILIO PÉREZ resume la regulación tanto en lo referente a los pisos y locales terminados como a los iniciados, haciendo referencia también a los supuestos llamados de prehorizontalidad. Recoge también las reglas sobre constancia registral de los estatutos comunitarios y sus efectos y, por último, la inscripción de los garajes, sea por cuotas o separados, y de los trasteros.

En el último capítulo se expone la inscripción de las urbanizaciones privadas, de los conjuntos inmobiliarios y de los complejos inmobiliarios privados, recogiendo los principios o criterios que rigen estos asientos para dotarles de mayor claridad productora de seguridad en las relaciones tanto de los copropietarios como de los terceros.

Es un libro resumido, pero muy completo. Recoge en sus 215 páginas todo lo que en otros libros suman volúmenes mayores, pero se ha conseguido compendiar esta amplia materia con pinceladas certeras, lo que hacen la obra divulgativa y asequible, muy útil para las comunidades de propietarios y quienes tengan cuestiones relacionadas con la propiedad horizontal.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

XAVIER CECCHINI ROSELL: *La cláusula «por sí o por persona que se designará»*, Tirant lo Blanch, Colección Privado, Valencia, 2000.

En los siglos XIV y XV, época de gran dinamismo y desarrollo de las transacciones mercantiles, comienza hacerse frecuente una particular forma de contratación, que para su mejor fortuna al mismo tiempo inducía a ventajas fiscales; si bien, no exclusivamente porque sus aplicaciones prácticas fueron y son diversas.

Esta particular forma de contratar consistía en incorporar al contrato una cláusula que modificaría sus efectos generales, es la famosa cláusula «por persona a designar», que sobre todo se incluye en el contrato de compraventa, de ahí las expresiones también conocidas como *emptio pro amico eligendo* o *vente avec declaration de command*, aunque algunas legislaciones, como el Derecho italiano o portugués, lo tratan como un contrato independiente al margen de su típica inclusión en el contrato de compraventa.

Su origen y análisis histórico quedó exhaustiva y magníficamente tratado ya por el profesor SERRANO Y SERRANO con ocasión del Discurso de apertura del curso académico 1956-57 de la Universidad de Valladolid. Y en su trabajo invitaba a un tratamiento proyectado sobre el Derecho actual en general y sobre el español en particular, pues «el contrato por persona a designar bien merece que se le estudie echando mano de la dogmática moderna». Este reto ha sido asumido por un joven autor, X. CECCHINI, que con ello aporta la primera monografía a un ámbito casi completamente huérfano. Por ello hay que reconocer que la falta de jurisprudencia, de estudios doctrinales y de toda especificación legal al respecto tuvo que hacer, en verdad, difícil abordar el

tema ya desde sus comienzos. Pero junto a este mérito debe añadirse el de tratar en extenso las múltiples cuestiones y aspectos que presenta este complejo tema, por lo que no se puede por menos de expresar la satisfacción de contar con una monografía que se ocupa de una figura a la que inexplicablemente no se ha prestado la atención merecida sobre todo cuando ha tenido y tiene una evidente trascendencia práctica.

Define el denominado «contrato por persona que se designará», según señala MERLIN, como «aquella cláusula que se añade a un contrato en el que las partes contratantes acuerdan conceder a una de ellas, por un tiempo determinado, la facultad de sustituirse en su posición contractual, con efectos retroactivos desde el momento de la perfección del contrato, con la desaparición de la escena jurídica del sujeto sustituido». Conscientemente prescinde del concepto de subrogación al defender la intransmisibilidad de la *facultas eligendi* y su consecuente extinción al ejercitarse.

El efecto más característico consiste en que el estipulante se reserva la facultad de nombrar con posterioridad a una tercera persona que le sustituirá con efectos retroactivos. «Un aspecto destacable de esta institución consiste en que existe una sola relación contractual en la que es posible que intervengan tres partes contractuales, sin que se pueda afirmar que exista una duplicidad de contratos».

Así, como dice MESSINEO, el contrato concluido con dicha cláusula difiere, en consecuencia, del contrato del tipo elegido bajo el perfil de la posible fungibilidad de las partes. Por tanto, en él no hay incertidumbre sobre la persona de uno de los contratantes sino sobre si la persona del contratante originario se sustituirá o no por otra persona. Contratantes siempre hay desde el origen. La designación sirve para modificar uno de los elementos del negocio jurídico, por lo que se refiere al resto del contrato es idéntico al concluido por el estipulante.

Lo primero que aclara el autor es su diferenciación con la cláusula en virtud de la cual se comprometen las partes a elevar el contrato a documento público que no debe confundirse ni identificarse con esta cláusula de sustitución. Como manifiestan SACCO y DE NOVA no es contrato para persona a designar el contrato de compraventa inmobiliaria estipulado en documento privado en el que se prevé que el estipulante puede indicar otro sujeto como adquirente en documento público. También lo ha expresado la jurisprudencia italiana: la simple cláusula con la cual en un contrato estipulado por escritura privada el adquirente de un inmueble se reserva la facultad de pedir que el acto público de transferencia se concluya sucesivamente en un tiempo determinado con otro sujeto no puede encuadrarse en el contrato por persona a designar, estando dirigida a la reventa del inmueble a los fines de sustraerse las transmisiones intermedias de las cargas fiscales (Cass. 26 de octubre de 1968, n.º 3570 y Cass. 10 de abril de 1987, n.º 1003).

Sitúa, como afirma la generalidad de la doctrina, su origen en la época del Derecho común, forzado por las necesidades propias de la época. Nació en Francia e Italia con finalidades distintas. En Francia como medio para luchar contra la tributación fiscal, y en Italia los genoveses perseguían finalidades de tipo mercantil. Pudor de acudir a las subastas, temor de no llegar a rematar, ocultación de la categoría o riqueza personal, y otras finalidades menos honrosas, como defraudar a los acreedores y evitación de la responsabilidad por vicios de la cosa vendida, fueron otras de las causas del desenvolvimiento rápido de esta figura, que desde sus orígenes se ha explicado por la doctrina

de forma muy particular. En la actualidad contribuye a la difusión de su empleo el fenómeno de la especulación de terrenos, como algunos negocios que ha desencadenado la reciente transformación económica y la acusada dinamicidad que caracteriza al tráfico jurídico (por ejemplo, en el ámbito de las operaciones de leasing).

La última parte del capítulo primero, la codificación como etapa final de la evolución histórica de esta figura enlaza con el capítulo segundo que estudia las principales experiencias en diversos ordenamientos jurídicos. Así está regulada en el *Codice civile* (arts. 1401 y sigs., situados entre la representación y la cesión del contrato) y en el Código Civil portugués en los artículos 452 y siguientes. Cita también el autor el Código Civil de Bolivia (art. 472, situado sistemáticamente en sede de representación), de Etiopía (arts. 1.953 y 1.954), y en los artículos 1.473 a 1.476 del Código de Perú. Lo que se completa con un estudio de la figura en los países en los que no goza de regulación, como en Francia, Bélgica y Alemania, aunque existen leyes fiscales, el caso de Francia, que regulan la vertiente impositiva. Para finalizar el capítulo fijándose en la institución de la *agency* del Derecho inglés que se aproxima con resultados similares.

En el capítulo tercero se analizan los requisitos que deben cumplir las partes contratantes en cuanto a capacidad y legitimación para dar eficacia a la posición ocupada en un determinado momento. Es necesaria la capacidad para contratar en la persona del estipulante, no siendo suficiente la mera capacidad de entender y querer, pues el estipulante se obliga a sí mismo y sólo eventualmente a un tercero (aunque todo ello depende de la naturaleza jurídica que se defienda, en sentido contrario argumentan los que explican esta figura en clave de representación). Y por lo que se refiere a la persona del designado, el estipulante no podrá presentar al promitente un sujeto que no tenga capacidad para celebrar válidamente el contrato. La capacidad y legitimación de la persona del designado, según el autor, tendrá que tenerse en cuenta únicamente en el momento de la aceptación de tal designación por parte del sujeto en cuestión.

Posteriormente se analizan los efectos que podría producir sobre la relación contractual la muerte de algunos de los sujetos, la incapacidad sobrevinida y la insolvencia o insuficiencia patrimonial, limitándose en este último caso al derecho que tienen los acreedores del estipulante cuando se ha celebrado por él un contrato de compraventa con la cláusula por sí o por persona a designar y aún no ha llegado el término final para poder realizar la designación ni se ha efectuado ésta, admitiendo que durante la fase de pendencia de la *facultas eligendi*, el estipulante es titular de un derecho de crédito que puede ser atacado por sus acreedores y en principio ejercitado en vía subrogatoria.

El mismo capítulo incluye el tratamiento de los vicios del consentimiento en la relación contractual con la cláusula por sí o por persona que se designará.

Específico de esta figura son los efectos que se producen durante la fase de pendencia, es decir, antes de la designación del tercero y con posterioridad a la fase de pendencia, que se trata en el capítulo cuarto. Y a su vez en el primer supuesto distingue el autor según se trate de relaciones obligatorias de tracto único o de tracto sucesivo. ¿Se producen efectos inmediatos entre el promitente y el estipulante antes de la designación del tercero?, a juicio del autor, dependerá del tipo de contrato en el que se incluya la cláusula y de las

obligaciones que de él deriven el hecho de si exigir las prestaciones de las partes será un acto incompatible con una posterior designación, por lo que habrá que distinguir —manifiesta— entre contratos de los que deriven obligaciones de dar o de hacer. El cumplimiento de la obligación de hacer extinguirá la entera relación obligatoria y una posterior designación orientada a modificar un sujeto de la relación se convertirá en una cesión de crédito.

«La normal funcionalidad de la cláusula por sí o por persona que se designará no puede admitir, en nuestro ordenamiento jurídico, la ejecutividad de las prestaciones entre promitente y estipulante, siempre que ello imposibilite la posterior sustituibilidad de un tercero en la posición de parte contractual ... por tanto (las prestaciones contractuales) pueden ser exigidas por los contratantes, siempre que no se produzca como efecto de esa entrega la transmisión de la propiedad del bien».

Asimismo «la funcionalidad práctica de la cláusula ... no puede limitarse a los contratos traslativos del dominio y únicamente en relaciones obligatorias momentáneas, sino que su ámbito debe extenderse, dentro de lo posible, a todos los supuestos en que se permite a un contratante la posibilidad de sustituirse a sí mismo en una relación contractual por voluntad propia»; las relaciones obligatorias de tracto sucesivo admiten la cláusula de sustitución, que tendrá ciertas peculiaridades respecto, por ejemplo, al contrato de compraventa.

Durante esta fase analiza también el problema de los riesgos y los frutos de la cosa. En los supuestos en que la pérdida de la cosa se produzca antes de la celebración del contrato de compraventa por parte del promitente y estipulante, la pérdida la sufrirá de forma exclusiva el dueño de la misma, al igual que sucederá en el caso de que la pérdida fortuita la sufra el designado después de aceptar la designación y de ser ésta notificada en tiempo y forma al promitente. Pero fuera de estos casos se presenta un conjunto de supuestos en el ínterin de ambas situaciones que analiza pormenorizadamente: a) pérdida de la cosa después de perfeccionado el contrato entre estipulante y promitente, pero antes de la designación del tercero; después de realizada la designación del tercero, pero antes de que la misma sea aceptada por el designado; después de la designación y aceptación de la misma, pero antes de su notificación al promitente.

En cuanto a la adquisición de los frutos cabe diferenciar dos fases o momentos: antes de producida la designación idónea y después de producida. «En los casos en que el estipulante se autodesigne, los frutos serán suyos desde que nació la obligación de entrega, lo que comportará que si ya tenía la cosa en su poder habrá hecho suyos los frutos desde que la recibió; si no la tenía, desde que nazca la obligación de entrega, esto es, desde la notificación al promitente de la autodesignación, o desde el simple transcurso del plazo para su ejercicio. Si disponía de la cosa en su poder y realiza la designación de un tercero, el designado solamente tendrá derecho a los frutos desde que nació la obligación de entrega, normalmente, desde la designación y posterior notificación al promitente. Si cuando se produce la designación del tercero, la cosa la tenía en su poder todavía el promitente, suyos serán los frutos hasta el momento de la notificación de la designación, cuando nacerá la obligación de entrega de la cosa en favor del designado». «No puede aplicarse en toda su extensión la regla del derecho común de que los frutos deberán ser sometidos a los efectos retroactivos, ya que no es la señalada por nuestro Código».

La facultad de designación que corresponde al estipulante es tratada en el capítulo quinto, que entiende como un derecho potestativo dentro de la relación contractual, que atribuye una facultad al estipulante con la que puede modificar esa determinada posición contractual mediante su voluntad individual. A partir de lo cual se plantea si el derecho potestativo que configura la *facultas eligendi* es transmisible a terceros y si el promitente puede oponerse a que el estipulante ceda la titularidad de su posición a otra persona que aparecerá como futuro estipulante.

A continuación se trata el plazo para la designación. Se debe fijar un término dentro del cual se comunique la declaración de nombramiento. La fijación del término es un elemento esencial ineliminable de la figura, ya que garantiza la unidad del negocio, no se aceptaría un negocio cuya efectividad dependiera de un plazo indefinido. Las partes podrán establecer el plazo que tengan por conveniente, siempre que éste no sea tan extenso o tan breve —señala el autor— que impida la justificación propia del acto de autonomía. A raíz de lo cual se plantea si se derivan efectos jurídicos y en qué medida en los casos en que la designación del tercero se produzca después de caducado el plazo señalado por el contrato. Y como otro aspecto relacionado con el plazo analiza a partir de qué momento debe empezarse a computar el tiempo para el ejercicio de las acciones referidas al contrato.

En relación con la misma facultad trata los actos incompatibles con la designación. En la fase de pendencia no puede decirse que el estipulante sea titular de una expectativa de derecho o de un derecho eventual, sino que el estipulante es titular de un verdadero y propio derecho de crédito; sin embargo, tal titularidad es definitiva pero resoluble. Por ello, si bien es cierto que el estipulante podrá realizar cualesquiera actos jurídicos transmisivos sobre su derecho de crédito, lo cierto es que algunos de tales actos le convertirán en un titular definitivo irrevocablemente de tal derecho, ya que los efectos de tales actos impedirán una posible designación de un tercero para que le sustituya en tal posición.

Problemática también parece la cuestión de establecer en qué consiste una elección regular y por tanto válida para producir los efectos de desvinculación de un sujeto y entrada de un nuevo sujeto en esa parte contractual con efectos retroactivos y los aspectos formales de la *electio amici*.

El capítulo sexto, destinado a los efectos del contrato después de la fase de pendencia, comienza con el tema de la designación de una pluralidad de sujetos. A juicio del autor será posible la designación de varios sujetos por parte del estipulante, siempre que no estuviera prohibido en el contrato y siempre que tal hecho no perjudique a los intereses del promitente, ya que en tales casos el promitente podría oponerse a dicha designación y entenderla como ineficaz, por lo que el único sujeto vinculado sería el propio estipulante, o considerar que, no obstante, la designación plural, para el promitente debe considerarse como un único centro de imputación de responsabilidades. También trata la posibilidad de que el estipulante no se desvincule totalmente y que la elección del designado no ponga fin a la relación del estipulante con el promitente. Otra cuestión que toma en cuenta es la posibilidad de una designación parcial objetiva, «los supuestos en los que se venda por sí o por persona que se designará una pluralidad de fincas y por un precio único, en los supuestos en los que el estipulante quiera realizar la designación de un tercero pero respecto de una sola finca, en estos casos parece imposible que el estipulante pueda desvincularse al realizar esta designación, pero la cues-

ción está en saber si puede designar diversos sujetos, tantos como fincas haya. ¿Se puede afirmar en este caso, y si la designación de todos los sujetos respecto de todas las fincas se realiza dentro del plazo fijado al efecto, se produciría una desvinculación absoluta del estipulante y los efectos del contrato respecto de cada finca los asumirían retroactivamente todos y cada uno de los compradores?»

También es posible que a la elección concurren una pluralidad de electores, en este supuesto el problema es cómo realizar la designación.

Tratando la designación resulta irremediable preguntarse por las consecuencias de una designación sobre persona insolvente, que sólo tendrá trascendencia, lógicamente, en el caso de que no se haya realizado la prestación consistente en el pago del precio.

Capítulo que se completa con el ejercicio de las acciones de que disponen los acreedores para la protección de su derecho de crédito, en concreto las acciones pauliana o revocatoria y la acción subrogatoria.

El siguiente capítulo se refiere al ámbito de aplicación de la cláusula o sus límites de admisibilidad. Tradicional ha sido considerar su inclusión en todo contrato excepto en aquellos cuya misma causa típica resulte incompatible con el mecanismo de la designación. Utilizándose mayormente, dice la doctrina italiana, no tanto en la conclusión de contratos definitivos cuanto en la opción o en el precontrato. Según la doctrina mayoritaria se excluyen en los negocios jurídicos que no admiten representación y en aquellos contratos que por Ley o por voluntad de las partes es necesaria la determinación precisa del sujeto frente al que se obliga y la sustitución de una persona en otra es inadmisibles, por ejemplo, en la donación.

Tampoco será de aplicación en los contratos de contenido no patrimonial, como en los negocios de familia. Para VISALLI la cláusula es inaplicable al esquema del negocio de permuta, la estricta interdependencia entre las dos transmisiones excluye la compatibilidad de este mecanismo.

El autor comienza excluyéndolo de la categoría de las relaciones contractuales personalísimas o *intuitu personae*. Luego señala el contrato de transacción como otro negocio al que no se le puede incluir ninguna cláusula de sustitución subjetiva. Más ampliamente trata esta posibilidad en el contrato de permuta, para concluir que estima razonable su admisión, aún si se reconoce que la estructura de tal contrato no se adapta de forma pacífica en la citada cláusula. La excluye de los contratos unilaterales y en las liberalidades, en cambio la admite en los actos generalmente gratuitos si no constituyen liberalidades. Para terminar el capítulo haciendo referencia al contrato de leasing, el mandato, el precontrato o promesa de compra y venta y el contrato de sociedad.

Una de las mayores dificultades es pronunciarse sobre su naturaleza jurídica, encuadrar la figura en una de las categorías definidas y conocidas del Derecho privado o tratar de explicarla desde un punto de vista más original. Hay que recordar que en este negocio la relación contractual queda originariamente establecida entre estipulante y promitente y una vez efectuada la elección el electo pasa a ocupar el lugar del estipulante, quedando este último desligado del contrato como si nunca hubiera estipulado. Por tanto, el designado adquiere con efectos retroactivos y de manos del vendedor, pues fundamental ha sido para su eficacia práctica que en esta forma de contratación sólo se viera una sola transmisión; sucedida la *electio* no habría dos transmisiones sucesivas de propiedad sino una. Esta particular forma de contratar no

podría sino dar lugar a las discusiones teóricas más variopintas, ni siquiera en las legislaciones que regulan expresamente la figura se ha disuadido de la polémica. Nace históricamente como respuesta a concretas exigencias prácticas, pero se origina una figura un tanto desdibujada, de complicada configuración, con muchas semejanzas a otras instituciones, pero en el fondo distinta de todas ellas, por eso ha habido en la doctrina numerosas y contrastadas tentativas de encuadramiento sistemático de la figura. No se podría asimilar a un contrato a favor de tercero, ni a un contrato por cuenta de quien corresponda, ni encaja en el negocio *per relationem*. Tradicionalmente, sobre todo por la doctrina italiana y francesa, debido a su sistema transmissivo de la propiedad, se ha explicado a través de la teoría de la representación y del mandato. En estas consideraciones se detiene el autor, aborda ampliamente la teoría de la representación *in incertam personam* y la teoría de la cesión de contrato que no puede asimilarse a la figura en estudio, puesto que en ésta no hay una adquisición derivativa sino originaria, sólo existe una sola transmisión, lo que elimina toda idea de cesión, ya que hecha la designación, el sujeto nombrado es considerado como si él mismo hubiera concluido el contrato y con efectos *ex tunc*, desapareciendo el originario estipulante de la relación como si nunca hubiera existido, mientras que la cesión implica una idea de transmisión con efectos *ex nunc*, y la ausencia de retroactividad implica un reparto temporal de la cualidad de parte contratante. La teoría de la condición resolutoria para explicar el complejo y especial mecanismo de esta forma de contratar se ha defendido sobre todo entre la doctrina portuguesa, respecto de la cual considera el autor que no puede afirmarse que en el contrato con cláusula por sí o por persona que se designará sea un propio instituto condicional. También la analiza en relación al fenómeno de la novación para descartarla del mismo modo, pues la naturaleza de la cláusula sustitutiva no puede verse en el mecanismo de la modificación, ni en cuanto a su posible efecto novatorio, ni en cuanto a su posible efecto modificativo. Tampoco la teoría de la duplicidad de contratos obedece a la realidad de esta institución, pues que el contrato se presente como una unidad es una premisa para que la figura responda mejor a su función económica. No olvida tampoco ponerla en relación con las obligaciones facultativas y mencionar a aquellos autores que la califican de una institución *sui generis*. En conclusión, manifiesta «que lo que expresa es la existencia de una relación contractual con contratantes alternativamente determinandos, lo que implica que un sujeto de dicha relación contractual, por su propia voluntad, puede sustituirse y desvincularse de la relación mediante el acto de designación. Esta parece ser la principal característica de la figura, la cual debe admitir, en todo caso, la eficacia alternativa. Por ello ... en los supuestos en que el estipulante sea un mandatario o representante *in incertam personam* del designado, estamos fuera de la funcionalidad básica del contrato, ya que la existencia de determinada gestión representativa colora y condiciona todos sus efectos, y entre ellos, el de la alternatividad».

Todo lo cual se completa con la cesión de remate a un tercero en la subasta judicial. Y el examen o su tratamiento fiscal.

CHICO ORTIZ, JOSÉ MARÍA: *Estudios sobre Derecho Hipotecario*. Cuarta edición actualizada por César-Carlos García-Arango Díaz-Saavedra, Juan Luis Gimeno Gómez-Lafuente, Plácido Prada Álvarez Buylla y Catalino Ramírez Ramírez. Marcial Pons, Madrid, 2000. Dos tomos de 1929 págs.

Allá por el año 1984, señor, ¡cómo pasa el tiempo!, comenté en estas mismas páginas la aparición del segundo tomo de una edición anterior de este libro. Lo hice por el fallecimiento repentino de TIRSO CARRETERO, que antes había redactado una recensión, magnífica como todas las suyas, del primer tomo de la misma obra.

Ciertamente, el tiempo pasa y se va llevando a nuestros mejores amigos, aunque permanece su recuerdo y su obra. JOSÉ MARÍA CHICO también se nos fue, igualmente de modo repentino. Cuando aun cabía esperar muchísimas cosas de su gran inteligencia y enorme capacidad de trabajo, Dios se lo llevó a gozar del premio reservado a los buenos, aunque dejándonos el enorme vacío de su falta.

Pero aquí ha quedado su magnífica labor doctrinal y profesional, que ahora revive en esta edición de su libro, revisado y puesto al día por los cuatro prestigiosos compañeros citados, Registradores de la Propiedad bien preparados y conocedores de su oficio, a quienes hemos de agradecer el esfuerzo realizado y felicitarles por el acierto conseguido en esta obra bien hecha.

Por supuesto, la base de partida era ya garantía del éxito, en cuanto que el libro original ni siquiera necesita presentación, tanto porque su autor era bien conocido como porque la obra está lo suficientemente extendida como para que sea necesario tener que difundirla, ya que son notorios sus indudables aciertos.

Pero ha pasado algún tiempo y el Derecho es cambiante. A la hora de hacer una nueva edición hay que recoger hasta la penúltima normativa surgida de las páginas del Boletín Oficial del Estado. Y decimos penúltima y no la última porque nunca se sabe lo que puede aparecer en dichas páginas de un día para otro. Con razón recordaba el propio JOSÉ MARÍA en la presentación de su libro, la frase del jurista alemán KIRCHMANN: «¡Tres palabras rectificadoras del legislador y bibliotecas enteras se convierten en basura!» Y desde la tercera edición a ésta, no han sido tres sino varios miles las palabras plasmadas en nuevas normas las que han venido a modificar la regulación civil o administrativa con repercusión en la normativa hipotecaria que ha tenido que adaptarse a las modificaciones.

Basta recordar la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, la de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles, la reguladora de la construcción, las leyes nacionales y autonómicas sobre el suelo, las de acompañamiento de varias de Presupuestos y la aún no vigente, pero ya promulgada, de Enjuiciamiento Civil. Y como normas puramente hipotecarias, los Reglamentos de Urbanismo y la reforma del Hipotecario en el Real Decreto 1867, de 4 de septiembre de 1998. Añádase a esto los repuntes de la doctrina y de las Resoluciones de la Dirección General y sentencias del Tribunal Supremo o el Constitucional, y se verá que las novedades son tan numerosas como importantes, todas ellas a tener en cuenta.

La tarea era ingente y ante ella los adaptadores se han planteado el *modus operandi* para llevar a cabo la obra y así nos exponen el dilema de las dos soluciones posibles. Podría hacerse respetando literalmente el texto originario y limitarse a añadir en otro tipo de letra o con notas a pie de página las

modificaciones motivadas por la aparición de nuevas normas o fallos jurisprudenciales o por la construcción de teorías nuevas. Pero esto podría dar lugar a una duplicidad de textos derogados y vigentes, dualidad poco edificante; por ello se ha optado por el sistema distinto de suprimir toda referencia a normas o doctrinas ya no vigentes y, en cambio, se ha acudido a redactar a veces capítulos nuevos por entero en los casos en que, por ser sustancial la modificación, no pudiesen conservarse los textos antiguos.

Los adaptadores explican que después de debatir el tema se han decidido por la segunda opción, para lo que fue decisiva la consideración de la finalidad primordial con que fue concebida la obra por su autor y que era, como es sabido, su destino a la preparación de opositores a Registros de la Propiedad. El programa para ingreso en este Cuerpo se modificó en 1996, y por eso ha sido preciso cambiar algunos temas, modificar preguntas y redactar íntegramente varias materias puntuales exigidas ahora por el nuevo programa.

Esta adaptación como finalidad primordial ha hecho que se haya seguido el procedimiento segundo en busca de una mayor claridad en la exposición. El opositor, en busca de la soñada plaza, tiene que atender a dos polos contrapuestos: por un lado, el deseo de decir todo, y por otro, el temor a decir demasiado. Hay que decir los temas mejor que nadie, pero en contados minutos, por lo que es difícil conjugar la síntesis con la amplitud.

JOSÉ MARIA consiguió en su libro este difícil equilibrio, y los adaptadores han acertado al acudir a la sencillez y claridad por encima de la excesiva documentación, y por ello han expuesto el Derecho vigente, evitando cualquier confusión entre éste y el derogado.

En esta edición actualizada y revisada se han respetado con la mayor fidelidad el texto original y el orden de exposición del autor en cuanto ha sido posible. Cuando el actual programa de oposiciones lo ha exigido, ha sido preciso modificar algunos temas y retocar preguntas y, en algunos casos, redactar íntegramente las materias nuevas introducidas por las últimas normas promulgadas. También se han recogido, escuetamente, pero con la amplitud necesaria, las doctrinas emanadas de las últimas decisiones jurisprudenciales y que forman la base de la que han de partir los Registradores en su función de calificar los actos sometidos a su juicio. Función exclusiva y deber indelegable que conforman la figura de este típico profesional del Derecho y que no puede ni debe pasar a otras personas ajenas al mundo registral.

Por eso, como nos dicen acertadamente los adaptadores de este libro, la figura misma del Registrador adquiere, cada día más, ese complejo aspecto de juez territorial y asesor cualificado en temas registrales, actuando, en todos los casos, con independencia y autonomía, por su especial característica de defensor de terceros ausentes y, por tanto, apartado de las tentaciones y vaivenes de la competencia profesional que crea dependencias inconfesables e incompatibles con la especialidad de la función.

En resumen, no precisamos presentar el libro originario de JOSÉ MARÍA CHICO, ampliamente utilizado por los opositores y bien conocido de los profesionales. A la profundidad de su doctrina se une el modo claro de escribir de su autor, quien consiguió exponer el Derecho Hipotecario de modo a la vez completo y conciso.

Lo que sí queremos decir ante esta edición, muy bien presentada, es que los adaptadores, respetando el texto y el espíritu originales, han cumplido plenamente la tarea de poner al día la materia, consiguiendo un resultado

óptimo que nos permite, a la vez que recordar a JOSÉ MARÍA, contemplar una actualización perfecta de la doctrina del Derecho Registral.

Esta edición, pues, constituye un gran acierto, por lo que felicitamos a quienes la han hecho posible.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

PAU PEDRÓN, ANTONIO: *Madrid en sus libros*, Editorial Trotta-Caja Madrid, Madrid, 1999. Un tomo de 263 págs.

Aunque llovía sobre mojado, hasta 1539 no consiguieron los Procuradores de las Cortes de Toledo una pragmática que les dio Carlos I, por la cual se establecía que «en cada ciudad, villa o lugar donde oviese cabeça de jurisdicción aya una persona que tenga un libro en que se registren todos los contratos de censos, tributos, imposiciones e ypotecas que tienen las casas y heredades y que no registrándose dentro de un término, no hagan fe ni pueda, ni se juzgue conforme a ellos, ni por ellos sea obligado a cosa alguna ningún tercero poseedor...»

No tuvo aplicación inmediata en la práctica esta pragmática, al menos en el caso concreto de Madrid, donde no se creó la llamada Contaduría de Hipotecas hasta 1646, a instancias de don Antonio Pérez Rocha, quien pudo conseguirlo mediante escrito dirigido al rey Felipe IV, donde se ponía de relieve la insuficiencia del existente Libro de Censos y se exponía que la claridad de las transmisiones inmobiliarias exigía la creación de unos libros donde se inscriban los negocios que se celebren sobre los inmuebles.

Tras varios avatares, la existencia de esa institución se afianza, sobre todo a partir de la pragmática que dio Carlos III en 1768, mediante la cual se extendió a toda España el Oficio de Hipotecas, aunque se le siguió conociendo con el nombre de Contaduría y que ya fue sustituida por el Registro de la Propiedad en 1861.

ANTONIO PAU PEDRÓN, Decano del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, recientemente elegido Académico de Número de la Real de Jurisprudencia y Legislación, tiene una pluma diestra y es bien conocido por sus publicaciones tanto profesionales como en materias históricas y literarias. Aquí nos muestra su disposición en este último campo, ofreciéndonos un curioso y acabado estudio de varios edificios de los más significativos de Madrid, basándose en los libros de la Contaduría.

En el Colegio de Registradores, en su sede de Madrid, se encuentran archivados los legajos que componen tal Contaduría y que son un verdadero tesoro histórico. Los libros y legajos que se conservan están clasificados por manzanas, coincidiendo con el plano de Madrid que se levantó en 1769. Según nos informa ROSA C. ELENA, que lleva las labores de su ordenación, Madrid se encontraba en aquella fecha dividido en 557 manzanas o islas y 7.500 casas; hay libros y documentos que contienen negocios anteriores a la creación del Oficio de Hipotecas y otros sobre actos realizados en Madrid, pero correspondientes a fincas sitas en lugares fuera de su jurisdicción.

En esta fuente ha buceado ANTONIO PAU para conseguirnos un curioso y valiosísimo vademécum de algunas de las más características casas madrileñas. Es un libro primorosamente editado, que cuenta además con unas mag-

níficas fotografías realizadas por la esposa del autor, MARÍA ANGELES ECHAVE SUSTAETA, que es Registradora en Segovia.

La obra empieza con una introducción que trata de lo que el autor llama los libros de Madrid y que es como una crónica del medio milenio que va desde 1528 hasta nuestros días. Trata de la ciudad y sus casas, viéndolas como un nuevo Diablo Cojuelo, ya que así se descubre su valor de recinto de la intimidad de sus habitantes y que es la verdadera historia de las paredes y de las familias, reflejando el murmullo tibio de la vida familiar.

A seguido esboza, en trazos sucesivos, la evolución de ese fondo documental que arranca, como se dijo, desde las primeras solicitudes de los Procuradores en Cortes, para obtener una publicidad que evitara los estelionatos, hasta llegar al actual sistema registral. En ese transcurso señala como fechas importantes la de 1646, en que se crea la Contaduría de Hipotecas de Madrid; la de 1768, año de la pragmática de Carlos III, y la de 1861, en que promulga la Ley Hipotecaria que crea el Registro de la Propiedad.

Señala el autor que el día 26 de octubre de 1862, el último Contador de Hipotecas de Madrid, don FRANCISCO GARCÍA DE CÁCERES, firma las actas de entrega de los libros, los índices y legajos correspondientes a la Villa al primer Registrador de la Propiedad, don CAYETANO GARCÍA FERNÁNDEZ. Los libros de las 557 manzanas están formados por hojas sueltas, de distintas épocas y tamaños, y los contratos que contienen se rigen por disposiciones de fechas muy diversas.

Desde entonces hasta hoy, han transcurrido casi ciento cincuenta años, siglo y medio, y desde un Registro, con la explosión demográfica de Madrid y la anexión de pueblos limítrofes, se ha pasado a 38 Registros, más otros cuatro que acaban de ser creados por reciente Real Decreto, siendo hoy el número de libros de Madrid más de 47.000 y su contenido ha variado sustancialmente, pues derechos antes desconocidos han empezado a alojarse en los nuevos tomos; se ha pasado de aquellas cargas ancestrales como el censo de sereno y farol, aposentos o mayorazgos, a las nuevas figuras de los volúmenes edificables, la propiedad horizontal o los aprovechamientos por turno. Y aún nos queda, dice el autor, ver cómo esta crónica secular de Madrid dejará de escribirse en libros y se transformará en anagramas invisibles de soportes informáticos, aunque entonces, previene, también Madrid será distinto.

Basándose en este tesoro documental y buceando en sus folios, ANTONIO PAU nos presenta todo un manojo curiosísimo de historias de cuarenta y dos edificios de Madrid, recogiendo historia, anécdotas y leyendas interesantísimas que se leen de un tirón.

Empieza en la iglesia de San Andrés, a la que siguen otros edificios religiosos destacados como el Monasterio de las Descalzas Reales, la iglesia de Santa Cruz y la Real Basílica de San Francisco el Grande. Hay otros edificios de tinte inicialmente benéfico como el Hospital de La Latina, el Hospicio, la Santa Pontificia y Real Hermandad del Refugio y Piedad de Madrid, el Monte de Piedad y el Hospital de Maudes. Casas históricas como la de Cisneros, la de las Siete Chimeneas, la de Lope de Vega y las de Leandro Fernández de Moratín. Edificios monumentales como el Palacio de Buenavista, el de Goyeneche, el de Liria, el Palacio de Parcent, el de Villahermosa, el del Marqués de Linares, el de Borbón-Dos Sicilias, el Longoria y los museos Cerralbo, Sorolla y Romántico. Aparte otras edificaciones, no olvida las últimas construcciones como la llamada Puerta de Europa, que da entrada a la Plaza de Castilla.

En total, como se ha dicho, cuarenta y dos edificios descritos con su biografía transcurrida a través de los años, con incidencias dominicales y operaciones jurídicas seguidas a través de las inscripciones registrales, sin olvidar detalle. Junto a las soberbias fotografías de los edificios a que nos hemos referido, se incluyen en facsímil algunos de los documentos o folios registrales donde se reflejan las transmisiones o títulos de las casas en cuestión.

El libro está escrito con un estilo de clara narrativa que conduce a leerlo sin descanso y nos muestra un conocimiento perfecto de Madrid. ANTONIO PAU nos dice en el prólogo que no sólo ha investigado en los documentos, sino que además ha partido de una larga vivencia. No es lo mismo, ciertamente, escribir de algo lejano que de algo vivido, pues la vivencia no tiene sustitutivos.

Lo dicho, es un libro que nos muestra un Madrid lejano y cercano y desde esa perspectiva, los asientos registrales son todo un hallazgo para conocer mejor la ciudad en que vivimos.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

REVISTA DE REVISTAS

ACTUALIDAD CIVIL

Número 11 (2000)

«Algunos aspectos de la nueva regulación de la llamada multipropiedad», por M.^a JESÚS JIMÉNEZ LINARES, pág. 363.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. EDIFICIO, ALOJAMIENTO Y TURNO.—III. EL RÉGIMEN DE APROVECHAMIENTO POR TURNO Y SU ACCESO AL REGISTRO DE LA PROPIEDAD: 1. PROPIEDAD HORIZONTAL Y RÉGIMEN DE APROVECHAMIENTO POR TURNO. 2. LA CONSTITUCIÓN DEL RÉGIMEN DE APROVECHAMIENTO POR TURNO: A) *Requisitos legales*. B) *Inscripción en el Registro de la Propiedad*: a) Carácter de la inscripción; b) Título inscribible; c) Folio en el que se practica la inscripción del régimen y asientos relacionados con el mismo. 3. MODIFICACIÓN Y EXTINCIÓN DEL RÉGIMEN DE APROVECHAMIENTO POR TURNO.—IV. EL ALOJAMIENTO COMO FINCA REGISTRAL.—V. LA PUBLICIDAD REGISTRAL DE LOS DERECHOS REALES DE APROVECHAMIENTO POR TURNO: 1. LA TRANSMISIÓN DE DERECHOS DE APROVECHAMIENTO. 2. EL ACCESO AL REGISTRO DE LA PROPIEDAD DE LOS CONTRATOS RELATIVOS A DERECHOS DE APROVECHAMIENTO POR TURNO: A) *Folio en el que se practica la inscripción*. B) *La reinscripción del derecho de aprovechamiento por turno en caso de desistimiento*. C) *La reanudación del tracto sucesivo*.—VI. LOS ARRENDAMIENTOS VACACIONALES POR TEMPORADA: 1. RÉGIMEN LEGAL. 2. LAS NORMAS DEL TÍTULO III DE LA LAU Y SU APLICACIÓN A LOS ARRENDAMIENTOS SUJETOS A LA LEY DE DERECHOS DE APROVECHAMIENTO POR TURNO. 3. EL ACCESO AL REGISTRO DE LA PROPIEDAD DE LOS ARRENDAMIENTOS VACACIONALES.

Número 12 (2000)

«Los nuevos procesos de la Ley de Propiedad Horizontal», por FRANCISCO LUCES GIL, pág. 421.

SUMARIO: I. EL PROCESO MONITORIO DE RECLAMACION DE DEUDAS A PROPIETARIOS MOROSOS (ART. 21).—II. EL PROCEDIMIENTO A SEGUIR PARA LA APLICACION DE LA SANCION DE PRIVACION TEMPORAL DEFINITIVA DEL USO DEL PISO O LOCAL POR DETERMINADAS INFRACCIONES (ART. 7.2).—III. LA IMPUGNACION JUDICIAL DE ACUERDOS COMUNITARIOS (ART. 18).—IV. LA INTERVENCION JUDICIAL PARA LA FORMACION DE DETERMINADOS ACUERDOS (ARTS. 13.2 Y 17.30).—V. ADENDA.

Número 13 (2000)

«La negativa al sometimiento a las pruebas biológicas de filiación y la STC 95/1999, de 31 de mayo, ¿una renuncia a postulados anteriores?», por JOSÉ FRANCISCO ETXEBERRÍA GURIDI, pág. 467.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. EL ORDENAMIENTO JURIDICO ESPAÑOL ANTE LA NEGATIVA AL SOMETIMIENTO A LAS PRUEBAS BIOLOGICAS DE FILIACION: 1. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO CON ANTERIORIDAD A LA STC 7/1994: A) *El silencio legislativo acerca de las consecuencias derivables de la negativa al sometimiento*. B) *La valoración indiciaria de la negativa al sometimiento y exclusión de la coerción*. 2. ATISBOS DE MODIFICACIÓN EN LA STC 7/1994: A) *Las vacilaciones entre obligación y carga procesales*. B) *La escasa incidencia de la sentencia en la jurisprudencia posterior*. 3. LA CONSAGRACIÓN DE LA DOCTRINA INDICIARIA DE LA NEGATIVA EN LA STC 95/1999, DE 31 DE MAYO. 4. LA HIPOTÉTICA INFLUENCIA DE LA PROYECTADA REFORMA DE LA LEC.—III. ALGUNAS ORIENTACIONES DE DERECHO COMPARADO: 1. LA AUSENCIA DE HOMOGENEIDAD ENTRE ORDENAMIENTOS Y ENTRE LOS DISTINTOS ÓRDENES JURISDICCIONALES. 2. EXCLUSIÓN DE LA COERCIÓN FÍSICA Y SUBSIGUIENTE VALORACIÓN DE LA NEGATIVA. 3. EL RECURSO A LA COACCIÓN FÍSICA: EL § 372^a ZPO ALEMANA.

Número 14 (2000)

«¿Por qué es necesario legislar el Fuero de Baylío?», por JAVIER SÁNCHEZ-ARJONA Y MACÍAS, pág. 503.

SUMARIO: 1. PLANTEAMIENTO.—2. LA POSIBILIDAD HISTORICA DE ADAPTACION DE LA COSTUMBRE.—3. LA NECESIDAD SECULAR DE LA REDACCION POR ESCRITO DE LA OBSERVANCIA.—4. EL ESTATUTO DE AUTONOMIA DE EXTREMADURA.—5. COMPILAR O LEGISLAR EL FUERO DE BAYLIO: RAZONES DE UNA OPCION.—6. DE *LEGE FERENDA*.

Número 15 (2000)

«La protección interdictal contra las inmisiones excesivas», por RAQUEL EVANGELIO LLORCA, pág. 549.

SUMARIO: I. EL EJERCICIO DE LAS ACCIONES INTERDICTALES EN MATERIA DE INMISIONES. CONSIDERACIONES GENERALES.—II. EL INTERDICTO DE RETENER LA POSESION: 1. REQUISITOS DE EJERCICIO: a) *La posesión protegible a través del interdicto de retener*; b) *La perturbación o inquietación posesoria*. 2. LEGITIMACIÓN ACTIVA Y PASIVA. 3. CUESTIONES PROCEDIMENTALES. 4. EFECTOS DE LA SENTENCIA.—III. EL INTERDICTO DE OBRA NUEVA: 1. LA DISCUTIDA NATURALEZA JURÍDICA DEL INTERDICTO DE OBRA NUEVA. 2. REQUISITOS DE EJERCICIO: a) *La obra nueva*; b) *El daño*. 3. LEGITIMACIÓN

ACTIVA Y PASIVA. 4. EL PROCEDIMIENTO. 5. EFECTOS DE LA SENTENCIA. 6. EL EJERCICIO DEL INTERDICTO DE OBRA NUEVA EN RELACIÓN CON OBRAS AMPARADAS POR AUTORIZACIÓN ADMINISTRATIVA Y CON LA INFRACCIÓN DE NORMAS DE DERECHO PÚBLICO.

Número 16 (2000)

«La remuneración del prestador de servicios. Criterios de determinación», por BELÉN TRIGO GARCÍA, pág. 577.

SUMARIO: I. CONTRATO DE SERVICIOS O PRESTACION DE UN SERVICIO POR UN PRECIO CIERTO.—II. RETRIBUCION DETERMINADA O DETERMINABLE. METODOS DE DETERMINACION: 1. LA DURACIÓN DEL CONTRATO COMO CRITERIO DE DETERMINACIÓN RETRIBUTIVA: 1.1. *Un supuesto específico: la retribución por iguala*. 2. LA RETRIBUCIÓN A TANTO ALZADO. 3. LA RETRIBUCIÓN EN FUNCIÓN DEL RESULTADO: 3.1. *El contrato parciario de servicios*. 3.2. *La retribución por unidad de medida*. 3.3. *La retribución por comisión*. 4. EL RECURSO A ÍNDICES COMO CRITERIO DE DETERMINACIÓN DE LA RETRIBUCIÓN: 4.1. *Las tarifas de los Colegios profesionales*. 4.2. *El valor de mercado de los servicios prestados*. 4.3. *La determinación de la retribución por remisión al precio de un tercero*. 5. LA DETERMINACIÓN DE LA RETRIBUCIÓN POR UN TERCERO.

Número 17 (2000)

«Condiciones generales, cláusulas abusivas y otras nociones que conviene distinguir», por JAVIER LETE ACHIRICA, pág. 635.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. LA DISTINCION ENTRE CONDICIONES GENERALES Y CLAUSULAS ABUSIVAS.—III. EL REGISTRO DE CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACION.—IV. A MODO DE HIPOTESIS DE FUTURO.

Número 18 (2000)

«La firma electrónica: Directiva y Real Decreto-ley 14/1999, de 17 de septiembre», por FRANCISCO JAVIER GARCÍA MAS, pág. 651.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. ANALISIS DE LA DIRECTIVA POR LA QUE SE ESTABLECE UN MARCO COMUN 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.

Número 19 (2000)

«Cláusulas abusivas en los contratos bancarios. Análisis de las mismas en el nuevo artículo 10.bis de la Ley de Defensa de los Consumidores», por FRANCISCO BAÑEGIL ESPINOSA, pág. 713.

SUMARIO: I. PREFACIO.—INTRODUCCION.—III. EL CONCEPTO DE CLAUSULA ABUSIVA.—IV. LOS CRITERIOS DE SISTEMATIZACIÓN DEL ARTICULO 10 (EL SISTEMA DE LISTA).—V. ANALISIS DE ALGUNAS CLAUSULAS ABUSIVAS CON ESPECIAL INCIDENCIA EN EL SECTOR BANCARIO: A) CLAÚSULAS QUE VINCULAN EL CONTRATO A LA VOLUNTAD DEL PROFESIONAL: 1. *Cláusulas de prórroga automática*. 2. *Resolución o modificación unilateral*. 3. *Indemnización desproporionalmente alta*. B) PRIVACIÓN DE DERECHOS BÁSICOS DEL CONSUMIDOR: 1. *Limitaciones de responsabilidad*. 2. *Repercusión de errores*. 3. *Facultad de compensación*. 4. *Renuncias*. C) SOBRE GARANTÍAS: 1. *En general*. 2. *Imposición de la carga de la prueba*. D) OTRAS: 1. *Conformidad sobre hechos ficticios*. 2. *Atribución de gastos*. 3. *Servicios complementarios*.—VI. BIBLIOGRAFIA.

Número 20 (2000)

«La Ley de condiciones generales de la contratación, derecho del consumo, derecho del mercado y ámbito subjetivo del control de las cláusulas abusivas», por JOSÉ ANTONIO BALLESTEROS GARRIDO, pág. 743.

SUMARIO: I. LA OPCION LEGISLATIVA: DERECHO SECTORIAL DEL CONSUMO O NUEVO DERECHO DEL TRAFICO ECONOMICO: 1. LOS DISTINTOS SISTEMAS DE CONTROL DE LAS CLAÚSULAS ABUSIVAS. 2. EL SISTEMA DE LA DIRECTIVA EUROPEA Y DE LA LCGC. 3. ALTERNATIVAS DE POLÍTICA LEGISLATIVA: REGULACIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL, LEY ÚNICA, DOBLE LEY. 4. ¿DERECHO DEL CONSUMO COMO NUEVA RAMA DEL DERECHO? 5. DESEQUILIBRIO CONTRACTUAL VERSUS ACTO DE CONSUMO.—II. AMBITO SUBJETIVO DEL CONTROL DE LAS CLAUSULAS ABUSIVAS.—III. BIBLIOGRAFIA CITADA.

Número 21 (2000)

«Origen, evolución y tendencias actuales del *appraisal right* estadounidense (El derecho de separación y de exclusión del socio)», por M.^a DEL PILAR PERALES VISCASILLAS, pág. 763.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. ORIGENES DEL APPRAISAL RIGHT: LA ALTERACION ESENCIAL DEL CONTRATO SOCIAL.—III. EL APPRAISAL RIGHT COMO EL DERECHO A UN PRECIO JUSTO.—IV. LAS OPERA-

CIONES DE FREEZE-OUT Y SQUEEZE-OUT: 1. MARCO GENERAL. 2. DELIMITACIÓN DE LAS OPERACIONES CARACTERIZADAS COMO FREEZE-OUT O SQUEEZE-OUT EN EL MARCO DE LAS COMBINACIONES EMPRESARIALES. 3. VALIDEZ DE LAS FREEZE-OUT TRANSACTIONS: a) *El test de la justicia de la transacción (fairness test) y la regla del propósito empresarial (business purpose rule)*; b) *La existencia de una adecuada información*; c) *Un tratamiento justo de los socios: la doctrina de los deberes fiduciarios*. 4. LAS OPERACIONES DE SQUEEZE-OUT EN LAS LLC Y LA JUSTIFICACIÓN DEL APPRAISAL RIGHT.—V. LA EXCEPCIÓN DE MERCADO: LA INDECISIÓN ACERCA DE LA JUSTIFICACIÓN DEL APPRAISAL RIGHT EN LAS SOCIEDADES ABIERTAS: 1. ORIGEN Y AUGE DE LA EXCEPCIÓN DE MERCADO. 2. DECADENCIA DE LA EXCEPCIÓN DE MERCADO. 3. ESTADO ACTUAL: LA EXCEPCIÓN DE MERCADO EN DELAWARE.—VI. LOS INTENTOS DE SUPERAR LA VISION TRADICIONAL DEL APPRAISAL RIGHT COMO UN PROCEDIMIENTO JUDICIAL.—VII. LA SUPERACIÓN DEL APPRAISAL RIGHT COMO UN REMEDIO EXCLUSIVO: EL NACIMIENTO DEL QUASI-APPRAISAL REMEDY.

Número 22 (2000)

«La responsabilidad de las compañías aéreas en caso de accidente: régimen instaurado por el Reglamento comunitario 2027/97, de 17 de octubre», por MARÍA TERESA ALVAREZ MORENO, pág. 813.

SUMARIO: 1. FINALIDAD.—2. AMBITO DE APLICACION: 2.1. SUBJETIVO. 2.2. OBJETIVO. 2.3. TEMPORAL.—3. OBLIGACIONES Y DERECHOS DE LAS COMPAÑÍAS AEREAS: 3.1. COMPAÑÍAS AÉREAS COMUNITARIAS: 3.1.1. *Sistema de responsabilidad*: A) Presupuesto de hecho y consecuencia necesaria: accidente y daño. B) Régimen de responsabilidad: B.1. La responsabilidad de las compañías. B.2. La obligación de seguro. B.3. Derechos de la compañía. 3.1.2. *Obligación de informar*. 3.2. COMPAÑÍAS AÉREAS DE TERCEROS PAÍSES O EXTRACOMUNITARIAS.—4. DERECHOS DE LOS PASAJEROS PERJUDICADOS.—5. DIFERENCIAS CON LOS SISTEMAS PREEXISTENTES: 5.1. TRANSPORTE INTERNACIONAL: DIFERENCIAS CON EL RÉGIMEN DEL SISTEMA DE VARSOVIA. 5.2. TRANSPORTE NACIONAL: DIFERENCIAS CON EL DERECHO INTERNO ESPAÑOL.

Número 23 (2000)

«La mediación familiar: una alternativa a la resolución de los conflictos familiares», por MAGDA TORRERO MUÑOZ, pág. 857.

SUMARIO: I. INTRODUCCION: SENTIDO Y AMBITO DE LA MEDIACION FAMILIAR: 1. SENTIDO DE LA MEDIACIÓN FAMILIAR. 2. AMBITO DE APLICACIÓN DE LA MEDIACIÓN FAMILIAR: 2.1. *Tipos de Conflictos*. 2.2. *Materias objeto de la mediación familiar*.—II. EL CONTRATO DE MEDIACION FAMILIAR: 1. CONCEPTO Y CARACTERES. 2. CONSTITUCIÓN DEL CONTRATO DE MEDIACIÓN FAMILIAR: 2.1. *Elementos personales*. 2.2. *Elementos reales*. 2.3. *Elementos formales*. 3. CONTENIDO DEL CONTRATO DE MEDIACIÓN FAMILIAR: DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LAS

PARTES Y DEL AGENTE MEDIADOR. 4. EXTINCIÓN DE LA MEDIACIÓN FAMILIAR.—
III. MEDIACION INTRAJUDICIAL Y EXTRAJUDICIAL.

Número 24 (2000)

«La regulación de los complejos inmobiliarios privados en la Ley de Propiedad Horizontal», por JOSÉ ANGEL TORRES LANA, pág. 875.

SUMARIO: 1. IDEAS INTRODUCTORIAS.—2. LA APORTACION JURISPRUDENCIAL Y DOCTRINAL.—3. EL DESFASE EXISTENTE ENTRE LA LEY DE PROPIEDAD HORIZONTAL Y LOS CONJUNTOS INMOBILIARIOS.—4. GESTACION Y VALORACION DEL NUEVO ARTICULO 24 DE LA LEY DE PROPIEDAD HORIZONTAL.—5. LA REMISION AL ARTICULO 396 DEL CODIGO CIVIL.—6. CONTRADICCION LEGAL RESPECTO AL AMBITO DE APLICACION.—7. DOS REGIMENES FORMALES: LA SUPERESTRUCTURA ORGANIZATIVA.—8. LAS FUENTES DEL REGIMEN.—9. A MODO DE CONCLUSIONES.

Número 25 (2000)

«Acerca del régimen jurídico de los espacios comprendidos entre el último piso y la cubierta», por M.^a VICTORIA MAYOR DEL HOYO, pág. 911.

SUMARIO: 1. INTRODUCCION.—2. LOS ESPACIOS BAJO CUBIERTA COMO ANEJOS.—3. LOS ESPACIOS BAJO CUBIERTA COMO ELEMENTOS PRIVATIVOS INDEPENDIENTES.—4. LOS ESPACIOS BAJO CUBIERTA COMO ELEMENTOS COMUNES.—5. LOS ESPACIOS BAJO CUBIERTA COMO ELEMENTOS COMUNES DE USO EXCLUSIVO PARA UN PROPIETARIO.—6. AUSENCIA DE CALIFICACION EN EL TITULO CONSTITUTIVO Y VENTA COMO PRIVATIVO.—7. DISCORDANCIA ENTRE EL TITULO CONSTITUTIVO Y LA REALIDAD MATERIAL.

REVISTA DE DERECHO URBANISTICO

Número 178 (Junio 2000)

«La ruina inminente en la Jurisprudencia», por JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ SANTIAGO, pág. 11 (sin sumario).

«Elaboración y aprobación del planeamiento urbanístico. Problemas prácticos», por JUAN ANTONIO CHINCHILLA PEINADO, pág. 37.

SUMARIO: 1. DOCUMENTACION EXIGIDA: A) LA MEMORIA EXPLICATIVA COMO ELEMENTO DE JUSTIFICACIÓN DE LA RAZONABILIDAD DE LAS DETERMINACIONES ADOPTADAS. B) ESTUDIO DE REPERCUSIÓN EN EL TRÁFICO DE VEHÍCULOS. C) INFORMES EXIGIDOS POR LA LEGISLACIÓN SECTORIAL.—2. LA PRODUCCION DEL SILENCIO EN LA APROBACION DE LOS PLANES DE URBANISMO.—3. APROBA-

CION DEFINITIVA CONDICIONADA.—4. COMPETENCIAS AUTONOMICAS EN LA APROBACION DEFINITIVA.—5. DETERMINACIONES ADMISIBLES EN LOS PLANES DE DESARROLLO. EL PRINCIPIO DE JERARQUIA Y EL PRINCIPIO DE COMPETENCIA EN LAS RELACIONES ENTRE INSTRUMENTOS DE PLANEAMIENTO.

«Procedimiento de otorgamiento de licencias municipales: estudio de reciente jurisprudencia de Tribunales Superiores de Justicia», por MÓNICA DOMÍNGUEZ MARTÍN, pág. 63.

SUMARIO: 1. LA COMPETENCIA EN EL OTORGAMIENTO DE LA LICENCIA.—2. OBTENCION DE LICENCIAS MEDIANTE SILENCIO ADMINISTRATIVO: 2.1. NORMAS QUE REGULAN EL PROCEDIMIENTO PARA LA OBTENCIÓN DE LICENCIAS POR SILENCIO ADMINISTRATIVO. 2.2. SILENCIO «CONTRA LEGEM». 2.3. DISTINCIÓN ENTRE OBRA MAYOR Y OBRA MENOR A EFECTOS DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO.—3. EL PAGO DE TASAS, RECIBOS O TRIBUTOS MUNICIPALES O LA MERA TOLERANCIA MUNICIPAL NO IMPLICAN LA CONCESION DE LA LICENCIA.—4. MODIFICACIÓN DEL PLANEAMIENTO Y SUSPENSIÓN DEL OTORGAMIENTO DE LAS LICENCIAS.—5. NECESIDAD DE MOTIVAR LA DENEGACION DE LA LICENCIA.

«Inconstitucionalidad y nulidad de leyes. Cuestiones competenciales, eficacia del Derecho comunitario y protección del medio ambiente. Comentario crítico a la sentencia del Tribunal Constitucional 195/1998, de 1 de octubre. El asunto de las marismas de Santoña», por JORGE AGUDO GONZÁLEZ, pág. 87.

SUMARIO: I. ANTECEDENTES.—II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 195/1998: 1. LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES Y LA EFICACIA DE LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 2. EL PROBLEMA COMPETENCIAL. LA EFICACIA DEL DERECHO COMUNITARIO.

REVISTA DE DERECHO MERCANTIL

Número 235 (Enero-Marzo 2000)

«El Derecho del mercado», por ULRICH IMMENGA, pág. 7.

SUMARIO: PREAMBULO.—I. QUE ES EL DERECHO DE MERCADO.—II. NECESIDAD DE REGULACION EN EL DERECHO DEL MERCADO.—III. EL DERECHO DE MERCADO, SECTOR DEL ORDENAMIENTO.—IV. VINCULACION CON EL DERECHO PRIVADO.—V. LA INTERNACIONALIZACION DEL DERECHO DE MERCADO.

«Las causas de nulidad en particular en la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada», por JOSÉ LUIS FERNÁNDEZ RUIZ, pág. 27.

SUMARIO: I. LA NULIDAD DE LA SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA INSCRITA.—II. LAS CAUSAS DE NULIDAD EN PARTICULAR: A) EL CARÁCTER TAXATIVO DE LAS CAUSAS DE NULIDAD. B) ESTUDIO DE CADA UNA DE LAS CAUSAS DE NULIDAD DE LA LSRL: 1. *Por la incapacidad de todos los socios fundadores.* 2. *Por no haber concurrido en el acto constitutivo la voluntad efectiva de, al menos, dos socios fundadores en el caso de pluralidad de éstos o del socio fundador cuando se trate de sociedad unipersonal.* 3. *Por resultar el objeto social ilícito o contrario al orden público.* 4. *Por no haberse desembolsado íntegramente el capital social.* 5. *Por no expresarse en la escritura de constitución o en los estatutos sociales:* 5.1. La denominación de la sociedad. 5.2. Las aportaciones de los socios. 5.3. La cuantía del capital. 5.4. El objeto social.—III. POSIBILIDAD DE SUBSANACION O ELIMINACION DE LAS CAUSAS DE NULIDAD DE LA SRL.

«La cesión de la marca», por MARÍA TERESA ORTUÑO BAEZA, pág. 75.

SUMARIO: INTRODUCCION: EL PROBLEMA. LA SITUACION DEL DERECHO COMPARADO ANTERIOR A LA NORMATIVA COMUNITARIA DE MARCAS.—I. SISTEMAS QUE VINCULAN LA CESION DE LA MARCA A LA TRANSMISION DE LA EMPRESA: 1. SISTEMA ALEMÁN: 1.1. *Influencia de la obra de KOHLER sobre la regla de la vinculación marca-empresa.* 1.2. *Las funciones de la marca en el ordenamiento alemán y su relación con el principio de la cesión vinculada.* 1.3. *Evolución de la regla de la conexión marca-empresa en la legislación alemana.* 1.4. *Posturas doctrinales en torno a la libre cesión de la marca: la protección de los consumidores como finalidad última.* 1.5. *Problemas relativos a la interpretación del § 8 WZG: Criterio jurisprudencial.* 2. DERECHO ITALIANO: 2.1. *Regla de la conexión marca-empresa en el Derecho italiano: Dualidad de regulación legal.* 2.2. *Interpretación jurisprudencial de la regla de la conexión marca-empresa.* 2.3. *Razones del mantenimiento de la obligación de transmitir la marca junto con la «azienda» o uno de sus ramos:* 2.3.1. Incompatibilidad de la cesión libre de la marca con su carácter accesorio respecto de la «azienda». 2.3.2. Relación entre las funciones de la marca y la cesión de la misma de forma aislada. 2.3.3. La exigencia de tutela a los consumidores como criterio informador de esta norma. 3. DERECHO NORTEAMERICANO: 3.1. *Concepción de la marca como un elemento integrante del «goodwill» y su influencia en la regulación legal de la cesión de la marca:* 3.1.1. Ambigüedad del término «goodwill» y dificultades que se plantean en torno a la validez de la cesión de la marca: necesidad de recurrir a otros indicativos. 3.2. *La exigencia de la transmisión de la marca junto con el «goodwill» como medio de protección a los consumidores.* 3.3. *Las funciones de la marca en la legislación y la doctrina norteamericana.*—II. SISTEMA INTERMEDIO: 1. DERECHO INGLÉS: 1.1. *Solución adoptada en la Ley de 1938 como respuesta que combina las exigencias de abandono de la regla de la cesión vinculada y la necesidad de protección a los consumidores.*—III. SISTEMA DE CESION LIBRE DE LA MARCA: 1. DERECHO FRANCÉS: 1.1. *La marca como objeto de propiedad.* 1.2. *La función distintiva de la marca y su relación con el principio de la cesión libre.* 1.3. *La regla de la cesión libre de la marca en la legislación francesa.* 1.4. *Argumentos en contra de la admisión de la cesión libre de la marca.* 1.5. *Argumentos a favor de la cesión libre de la marca.*

«Grupos horizontales transfronterizos. Un primer estudio sobre las sociedades gemelas», por LUIS FERNÁNDEZ DEL POZO, pág. 147.

SUMARIO: INTRODUCCION.—I. JUSTIFICACION DEL INTERES DEL TEMA.—II. ENCUADRE SISTEMATICO DEL FENOMENO: LA PROBLEMÁTICA EXISTENCIA DE LOS GRUPOS POR COORDINACION EN DERECHO DE SOCIEDADES.—III. CONFIGURACIÓN ESTATUTARIA DE UN GRUPO POR COORDINACIÓN (CONTROL EXTERNO Y CONJUNTO). EL FENOMENO SOCIETARIO DE LAS «SOCIEDADES GEMELAS».—IV. ANEXO. LOS ESTATUTOS DEL GRUPO «EUROTUNNEL» Y EL PACTO DE EQUIDISTRIBUCION DE DIVIDENDOS EN «UNILEVER».

«La representación procesal de la abridora en el coseguro (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de junio de 1999)», por JOSÉ MARÍA MUÑOZ PAREDES, pág. 179.

SUMARIO: I. ANTECEDENTES.—II. SENTENCIA DEL JUZGADO.—III. SENTENCIA DE LA AUDIENCIA.—IV. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO.—V. COMENTARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. PLANTEAMIENTO. 3. EL OTORGAMIENTO DE LA REPRESENTACIÓN PROCESAL A LA ABRIDORA. 4. EFECTOS DE LA REPRESENTACIÓN PROCESAL. 5. CONCLUSIÓN.

«Aproximación al problema de la tutela jurídica de las piezas de recambio», por MARÍA LUISA LLOBREGAT HURTADO, pág. 201.

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.—II. LA PROTECCION DE LAS PIEZAS DE RECAMBIO EN DERECHO ESPAÑOL Y EN LOS PAISES DE NUESTRO ENTORNO: 1. DERECHO ESPAÑOL. 2. DERECHO ITALIANO. 3. DERECHO FRANCÉS.—III. DIRECTRICES DE LA JURISPRUDENCIA COMUNITARIA.—IV. EXAMEN DE LA DIRECTIVA COMUNITARIA 98/71/CE, DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, DE 13 DE OCTUBRE DE 1993, SOBRE PROTECCION JURIDICA DE LOS DIBUJOS Y MODELOS: 1. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS. 2. TRATAMIENTO DE LOS COMPONENTES DE UN PRODUCTO COMPLEJO.

«Protección de los derechos de opción sobre las propias acciones incorporadas en valores emitidos por sociedades cotizadas», por LUIS GONZÁLEZ JIMÉNEZ, pág. 241.

SUMARIO: I. INTRODUCCION: 1. LIBERTAD DE EMISIÓN, SEGURIDAD JURÍDICA Y ATIPICIDAD. 2. CERTEZA Y EFECTIVIDAD DE LOS DERECHOS DE OPCIÓN SOBRE ACCIONES DEL EMISOR INCORPORADOS EN VALORES NEGOCIABLES. 3. WARRANTS Y OBLIGACIONES CONVERTIBLES: CONCEPTO Y CONFIGURACIÓN: 3.1. *Warrants*. 3.2. *Obligaciones convertibles: concepto y configuración básica*. 3.3. *Convertibles forzosos*. 3.4. *Obligaciones convertibles y canjeables típicas del mercado español*.—II. MARCO JURIDICO VIGENTE: 1. RÉGIMEN DE LAS OBLIGACIONES CONVERTIBLES (SOBRE LA BASE DE SU APLICACIÓN A RELACIONES FIJAS) EN EL DS: 1.1. *Aumento y reducciones nominales (art. 294.2, párrafo 2.º)*. 1.2. *Reducción efectiva*

(art. 294.3). 1.3. *Emisión de obligaciones convertibles* (art. 293.2). 1.4. *Aumento oneroso con emisión de acciones nuevas* (art. 158.1): 1.4.1. Problemas especiales: aumento oneroso por elevación del nominal y operación «acordeón». 1.5. *Ajuste de la relación de conversión* (art. 159.3). 2. INADECUACIÓN DEL RÉGIMEN PREVISTO EN EL DS A LA RELACIÓN VARIABLE. 3. APLICACIÓN ANALÓGICA DEL DS A CANJEABLES Y WARRANTS. 4. NORMAS DEL DMV EN MATERIA DE CONVERTIBLES Y SIMILARES. 5. RÉGIMEN DE LAS ACCIONES RESCATABLES.—III. ANÁLISIS FINANCIERO DE LA TUTELA DE ESTOS DERECHOS: 1. FUNDAMENTOS TEÓRICOS DEL ANÁLISIS: 1.1. *Formulación del problema*. 1.2. *Principios básicos*. 1.3. *Operaciones del emisor que afectan al valor de estos derechos*. 2. TUTELA DE LAS OBLIGACIONES CONVERTIBLES CON RELACIÓN FIJA: 2.1. *Tutela basada en la participación inmediata de la operación*. 2.2. *Tutela basada en la participación diferida en la operación*. 2.3. *Tutela del derecho de conversión basada en el ajuste de la relación de conversión*. 3. CANJEABLES, WARRANTS Y OBLIGACIONES CON RELACIÓN VARIABLE: 3.1. *Equivalencia entre derechos de conversión, canje, compra y suscripción*. 3.2. *Obligaciones convertibles con relación variable*. 4. ACCIONES RESCATABLES, RETRACTABLES E HÍBRIDOS DE LAS DOS ANTERIORES: 4.1. *Ajuste de los precios de rescate y/o retractación*. 4.2. *Operaciones nominables*. 4.3. *Aumento efectivo*: A) Aumento compartimentado. B) Aumento no compartimentado. 4.4. *Otras operaciones*: A) Reducción efectiva. B) Emisión de convertibles y similares.—IV. CONCLUSIONES.

REVISTA DE ESTUDIOS POLITICOS

Número 107 (Enero-Marzo 2000)

«El debate constitucional británico en la primera mitad del siglo XVIII (Bolingbroke versus Walpole)», por JOAQUÍN VARELA SUANZES, pág. 9.

SUMARIO: 1. CONTEXTO Y CONTENIDO DEL DEBATE.—2. WALPOLE Y LOS ORIGENES DEL SISTEMA PARLAMENTARIO DE GOBIERNO.—3. BOLINGBROKE Y LA DEFENSA DE LA MONARQUÍA «MIXTA» Y «EQUILIBRADA».—4. EL «PARTIDO DE LA CORTE» Y EL «PARTIDO DEL PAÍS».

«La teoría política de Eric Voegelin», por JAVIER ROIZ, pág. 33.

SUMARIO: PRIMEROS AÑOS.—HUYENDO DE LA OMNIPOTENCIA.—¿INMANENCIA O TRASCENDENCIA?—EL FUNDAMENTALISMO COMO DENOMINADOR COMUN.—¿TRADICIONALISTA O REACCIONARIO?—VOEGELIN A TRAVÉS DE SU VIDA Y DE SU OBRA.—*DOXIMATA* Y LEYES DE HIERRO.—LA TEORÍA DE LA RAZA.—EL MUNDO INTERNO DEL INDIVIDUO.—LA HISTORIA COMO PERTURBACIÓN DEL ORDEN.—LEO STRAUSS Y ERIC VOEGELIN, MAGIA APOCALÍPTICA: HEGEL, UN CASO DE BRUJERÍA.—LA CORRUPCIÓN DEL LENGUAJE: FREUD Y VOEGELIN.—CON LA HONESTIDAD NO BASTA.

«Eficacia y lealtad en el Congreso de los Diputados», por LYNN M. MAURER, pág. 77.

SUMARIO: EL CONTEXTO INDIVIDUAL DE LOS PARLAMENTARIOS.—EL CAMBIO DE RÉGIMEN Y EL SISTEMA DEMOCRÁTICO DE PARTIDOS.—CARACTERÍSTICAS DEL CONGRESO DE LOS DIPUTADOS.—LA IMPORTANCIA INDIVIDUAL DE LOS PARLAMENTARIOS: PERCEPCIÓN DE LOS DIPUTADOS DEL CONGRESO SOBRE SUS FUNCIONES. LEALTAD DE LOS DIPUTADOS: ¿PARTIDO O ELECTORADO? EL SENTIDO DE EFICACIA DEL DIPUTADO.—CONCLUSIÓN.—BIBLIOGRAFÍA.

«Introducción a las reformas institucionales italianas», por JOSÉ LUIS PRADA FERNÁNDEZ DE SANMAMED, pág. 101.

SUMARIO: I. CRÓNICA SUCINTA DE LAS REFORMAS INSTITUCIONALES ITALIANAS.—II. RASGOS MÁS GENERALES DE LAS REFORMAS INSTITUCIONALES.—III. DEDUCCIONES ACERCA DE LA REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN.

«La legitimidad de la democracia paritaria», por EVA MARTÍNEZ SAMPERE, pág. 133.

SUMARIO: INTRODUCCIÓN.—LA LEGITIMIDAD DE LA PARIDAD.—PARIDAD E IGUALDAD. LAS CUOTAS.—LA PARIDAD.—REFUTACIÓN DE LAS OBJECIONES.—CON LA PARIDAD, OTRO TIPO DE SOCIEDAD.

«Kelsen en España», por BENJAMÍN RIVAYA, pág. 151 (sin sumario).

REVISTA DE ESTUDIOS DE LA ADMINISTRACIÓN LOCAL Y AUTONÓMICA Número 280-281 (Mayo-Diciembre 1999)

«El suelo excluido del proceso urbanizador. Referencia a Castilla y León», por TOMÁS QUINTANA LÓPEZ, pág. 267.

SUMARIO: 1. HABILITACIÓN CONSTITUCIONAL PARA REGULAR LAS CLASES DE SUELO.—2. EL SUELO NO URBANIZABLE EN LA LEY 6/1998, DE 13 DE ABRIL, SOBRE RÉGIMEN DEL SUELO Y VALORACIONES.—3. EL SUELO NO URBANIZABLE EN CASTILLA Y LEÓN: A) CATEGORÍAS DE SUELO RÚSTICO. B) LA CLASIFICACIÓN DEL SUELO RÚSTICO.—4. LOS USOS DEL SUELO NO URBANIZABLE.—5. LOS USOS DEL SUELO RÚSTICO EN CASTILLA Y LEÓN: A) RÉGIMEN DE AUTORIZACIONES DE USOS EXCEPCIONALES EN SUELO RÚSTICO. B) CONSIDERACIÓN DE LOS USOS DEL SUELO RÚSTICO EN LOS MUNICIPIOS SIN PLANEAMIENTO.

«Los acuerdos mixtos para los trabajadores y funcionarios de las Entidades Locales», por REMEDIOS ROQUETA BUI, pág. 291.

SUMARIO: 1. LA VIABILIDAD DE LOS ACUERDOS LOCALES MIXTOS: 1.1. LOS SUJETOS NEGOCIADORES. 1.2. EL PROCEDIMIENTO DE NEGOCIACIÓN. 1.3. EL CONTENIDO DE LA NEGOCIACIÓN. 1.4. LA JURISDICCIÓN COMPETENTE.—2. LA IMPUGNACIÓN DE LOS ACUERDOS LOCALES MIXTOS.

«La configuración de los órganos unipersonales en la reforma del Régimen Local», por FEDERICO A. CASTILLO BLANCO, pág. 313.

SUMARIO: I. INTRODUCCION: 1. UNA BREVE REFLEXIÓN HISTÓRICA SOBRE LOS ÓRGANOS UNIPERSONALES EN EL GOBIERNO LOCAL. 2. LAS DECISIONES DE LA CONSTITUCIÓN SOBRE LOS ÓRGANOS UNIPERSONALES DE GOBIERNO EN LA ESFERA LOCAL. 3. LOS ELEMENTOS DE TENSIÓN Y CAMBIO PARA UNA PERSPECTIVA MÁS GERENCIAL DE LOS ÓRGANOS UNIPERSONALES EXISTENTES EN EL GOBIERNO LOCAL.—II. LOS ORGANOS UNIPERSONALES EN EL GOBIERNO LOCAL Y EN SU RELACION CON OTROS ORGANOS.—III. LAS ATRIBUCIONES DE COMPETENCIAS A LOS ORGANOS UNIPERSONALES EN CUANTO PRESIDENTES DEL ENTE PUBLICO.—IV. LAS ATRIBUCIONES DE LOS ORGANOS UNIPERSONALES EN CUANTO PRESIDENTES DE LOS ORGANOS COLEGIA- DOS.—V. LAS ATRIBUCIONES DE LOS ORGANOS UNIPERSONALES COMO TITULARES DEL ORGANO DIRECTOR ADMINISTRATIVO Y GUBERNATIVO DEL MUNICIPIO Y DE LA PROVINCIA.—VI. CONCLU- SIONES.

«Algunas consideraciones acerca del Impuesto Municipal sobre Actividades Económicas», por FRANCISCO GARCÍA-FRESNEDA GEA, pág. 355.

SUMARIO: I. INTRODUCCION: 1. CONCEPTO. 2. NATURALEZA JURÍDICA: A) *Impuesto directo*. B) *Impuesto de carácter real*. C) *Impuesto objetivo*. D) *Impuesto peritódico*. E) *Impuesto de titularidad municipal*. F) *Impuesto de exigencia obligatoria*. G) *Impuesto censal*. H) *Impuesto de gestión compartida*.—II. EL OBJETO IMPONIBLE EN EL IAE.—III. EL HECHO IMPONIBLE DEL IAE: 1. DEFINICIÓN DEL HECHO IMPONIBLE. 2. CONCEPTO DE ACTIVIDAD ECONÓMICA. 3. CONCEPTO DE ACTIVIDADES EMPRESARIALES, PROFESIONALES Y ARTÍSTICAS: A) *Concepto de actividades empresariales*. B) *Concepto de actividades profesionales*: a) Consideraciones respecto del sujeto que presta el servicio profesional; b) Consideraciones respecto del objeto o naturaleza del servicio profesional; c) Consideraciones respecto de la forma de prestar el servicio profesional. C) *Concepto de actividades artísticas*.—IV. A MODO DE CON- CLUSION: 1. EL IAE Y EL PRINCIPIO DE CAPACIDAD ECONÓMICA. 2. EL IAE Y EL PRINCIPIO DE GENERALIDAD TRIBUTARIA. 3. EL IAE Y EL PRINCIPIO DE IGUALDAD TRI- BUTARIA: A) *Las actividades empresariales, profesionales y artísticas y el prin- cipio de igualdad tributaria*. B) *Los módulos indiciarios y el principio de igualdad tributaria*. 4. EL IAE Y LA DOBLE IMPOSICIÓN INTERNA. 5. RECAPITULACIÓN FINAL.

«La licencia comercial prevenida por el artículo 6 de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista para la instalación y apertura de grandes estableci- mientos», por CARLOS NAVARRO DEL CACHO, pág. 389.

SUMARIO: 1. EL NACIMIENTO DE LA LICENCIA COMERCIAL: A) ALTERNATIVAS A LA LICENCIA COMERCIAL. B) ESTABLECIMIENTOS QUE PRECISAN «LICENCIA COMERCIAL». C) ¿PRECISA «LICENCIA COMERCIAL» LA AMPLIACIÓN Y LA MODIFICACIÓN DE GRANDES ESTABLECIMIENTOS?—2. LA COMPETENCIA DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS.—3. LA LEGALIDAD DE LA «LICENCIA COMERCIAL».—4. LA FUNDAMENTACIÓN Y EL TRÁMITE DE LA «LICENCIA COMERCIAL»: A) LA COMPROBACIÓN DE LA ADECUACIÓN DE LA INSTALACIÓN AL EQUIPAMIENTO COMERCIAL PREVIAMENTE EXISTENTE EN LA ZONA. B) LOS EFECTOS DE LA INSTALACIÓN SOBRE LA ESTRUCTURA COMERCIAL DE LA ZONA. C) EL INFORME DEL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA. D) LA INTERVENCIÓN DE LAS COMISIONES TERRITORIALES DE EQUIPAMIENTOS COMERCIALES. E) LA «LICENCIA COMERCIAL» OBTENIDA POR SILENCIO POSITIVO.—5. REFERENCIA A OTRAS AUTORIZACIONES ADMINISTRATIVAS.

«La reserva de ley en el ámbito tributario local: una reflexión en torno a la Ley de Tasas Estatales y Locales y de Reordenación de las Prestaciones Patrimoniales de Carácter Público», por SANTIAGO A. BELLO PAREDES, pág. 415.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. CONCEPTO Y SIGNIFICADO DEL PRINCIPIO DE RESERVA DE LEY EN EL ÁMBITO TRIBUTARIO LOCAL: A) REFERENCIA AL ORIGEN DEL CONCEPTO DE RESERVA DE LEY. B) CORRECCIÓN DEL ALCANCE Y SIGNIFICADO TRADICIONAL DE ESTE PRINCIPIO CONSTITUCIONAL EN EL ÁMBITO TRIBUTARIO LOCAL.—III. DETERMINACIÓN DEL ÁMBITO DE DISCUSIÓN: SOBRE LA UBICACIÓN Y EFECTOS DE LA LEY 25/1998, DE 13 DE JULIO, EN RELACIÓN AL PRINCIPIO DE RESERVA DE LEY: A) EL ÁMBITO DE ACTUACIÓN DE LA RESERVA DE LEY TRIBUTARIA EN ESTA NORMA. B) LA RELACIÓN INTERORDINAMENTAL EN MATERIA DE TASAS LOCALES.—IV. A MODO DE CONCLUSIÓN.

«El régimen de control, inspección y sanción en la Ley del Parlamento de Cataluña 3/1998, de 24 de febrero, sobre la intervención integral de la Administración Ambiental», por TERESA MARTÍ AROMIR, pág. 435.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. EL RÉGIMEN DE CONTROL DE LA LEY DEL PARLAMENTO DE CATALUÑA 3/1998, DE 27 DE FEBRERO: 2.1. LA LICENCIA Y LA AUTORIZACIÓN COMO AUTORIZACIONES DE FUNCIONAMIENTO. 2.2. EL CONTROL INICIAL Y EL CONTROL PERIÓDICO. 2.3. OTROS SISTEMAS DE CONTROL: EL DERECHO DE ACCESO PÚBLICO A LA INFORMACIÓN SOBRE EL MEDIO AMBIENTE: LA INFORMACIÓN MEDIOAMBIENTAL Y LOS REGISTROS. 2.4. LA REVISIÓN DEL TÍTULO ADMINISTRATIVO.—3. LA INSPECCIÓN EN LA LEY DEL PARLAMENTO DE CATALUÑA 3/1998, DE 27 DE FEBRERO.—4. EL RÉGIMEN SANCIONADOR EN LA LEY DEL PARLAMENTO DE CATALUÑA 3/1998, DE 27 DE FEBRERO: a) LA PRESCRIPCIÓN; b) EL «NON BIS IN IDEM»; c) LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA; d) LAS MEDIDAS CAUTELARES; e) LA RESPONSABILIDAD; f) PROGRAMA GRADUAL DE REDUCCIÓN DE LAS EMISIONES.—5. CONCLUSIONES.

REVISTA JURIDICA DE NAVARRA

Número 27 (Enero-Junio 1999)

«El cumplimiento de las obligaciones y sus subrogados en el Derecho navarro», por CARLOS MARTÍNEZ DE AGUIRRE, pág. 9.

SUMARIO: I. EL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES: 1. EL PAGO O CUMPLIMIENTO: CONCEPTOS GENERALES. 2. PLAN DE LA EXPOSICIÓN. 3. LOS SUJETOS DEL CUMPLIMIENTO. EL PAGO POR TERCERO: A) *Los sujetos activo y pasivo del cumplimiento*. B) *El pago por tercero*: a) Requisitos del pago por tercero; b) Efectos del pago por tercero. 4. EL OBJETO DEL CUMPLIMIENTO: REQUISITOS OBJETIVOS DEL PAGO: A) *Identidad*. B) *Integridad*. C) *Indivisibilidad*. 5. LA PRUEBA DEL CUMPLIMIENTO: RÉGIMEN DEL RECONOCIMIENTO DE PAGO.—II. LOS SUBROGADOS DEL CUMPLIMIENTO: 1. LA DACIÓN EN PAGO: A) *Concepto y requisitos*: a) Obligación previa; b) Consentimiento del acreedor; c) *Aliud pro alio*. B) *Perfección y consumación de la dación en pago*. C) *Efectos*: a) Fase de perfección; b) Fase de consumación. D) *Algunas cuestiones particulares*: a) Dación en pago y rescisión por lesión; b) Dación en pago y derechos reales de adquisición preferente. 2. «DATIO IN SOLUTUM NECESARIA». 3. LA DACIÓN PARA PAGO. 4. PAGO POR CONSIGNACIÓN: A) *Algunas cuestiones generales sobre el pago por consignación: ámbito objetivo y subjetivo*. B) *El ofrecimiento de pago*. C) *La consignación judicial*.

«El sistema estatutario del personal de las Administraciones Públicas de Navarra», por MARTÍN M.^a RAZQUIN LIZÁRRAGA.

SUMARIO: I. EL SISTEMA ESTATUTARIO Y LA NORMATIVA SOBRE FUNCIÓN PÚBLICA EN NAVARRA.—II. EL RÉGIMEN ESTATUTARIO COMO COMPETENCIA FORAL O HISTÓRICA.—III. CARACTERÍSTICAS GENERALES DEL SISTEMA ESTATUTARIO DE NAVARRA: 1. LA EXISTENCIA DE DIVERSOS RÉGIMENES ESTATUTARIOS. 2. EL ESTATUTO COMO SOLUCIÓN A LOS PROBLEMAS TEMPORALES. 3. CLASES DE PERSONAL. 4. LA INDEFINICIÓN DEL CARÁCTER DE FUNCIONARIO PÚBLICO. 5. DE LA LABORALIZACIÓN A LA FUNCIONARIZACIÓN DEL PERSONAL. 6. LA PROFESIONALIZACIÓN DE LA FUNCIÓN PÚBLICA. 7. LA IMPORTANCIA DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA.—IV. ANÁLISIS DEL ESTATUTO GENERAL DE LA FUNCIÓN PÚBLICA: 1. ÁMBITO DE APLICACIÓN. 2. ÓRGANOS SUPERIORES Y DE GESTIÓN DE PERSONAL. 3. REQUISITOS DE ACCESO A LA FUNCIÓN PÚBLICA Y EXTINCIÓN DE LA RELACIÓN FUNCIONARIAL. 4. CUERPOS DE FUNCIONARIOS Y PLANTILLA. 5. INGRESO Y SELECCIÓN DE PERSONAL. 6. MOVILIDAD: PROVISIÓN DE PUESTOS DE TRABAJO Y CARRERA ADMINISTRATIVA. 7. SITUACIONES ADMINISTRATIVAS. 8. RETRIBUCIONES. 9. DERECHOS NO ECONÓMICOS. 10. DEBERES E INCOMPATIBILIDADES. 11. RÉGIMEN DISCIPLINARIO. 12. ÓRGANOS DE REPRESENTACIÓN Y NEGOCIACIÓN COLECTIVA. 13. DERECHOS PASIVOS Y ASISTENCIA SANITARIA. 14. INSTITUTO NAVARRO DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA (INAP).—V. REGULACIONES ESPECÍFICAS DE PERSONAL: 1. EL PERSONAL DEL SECTOR SANITARIO. 2. EL PERSONAL DOCENTE NO UNIVERSITARIO. 3. LA POLICÍA FORAL.—VI. EL RÉGIMEN ESTATUTARIO DEL PERSONAL DE LAS ENTIDADES LOCALES DE NAVARRA.—VII. EL VASCUENCE EN EL SISTEMA ESTATUTARIO DEL PERSONAL.

«Acuerdos no vinculantes: visión general y planteamiento», por M.^a ANGELES EGUSQUIZA BALMASEDA y M.^a LUISA ARCOS VIEIRA, pág. 93.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. LAS OBLIGACIONES NATURALES Y LOS DEBERES MORALES.—III. LAS CARTAS DE PATROCINIO.

«Los legados ordenados en testamento de hermandad», por M.^a TERESA HUALDE MANSO, pág. 121.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. PLANTEAMIENTO E IMPORTANCIA DEL PROBLEMA: 1. SUSTITUCIÓN E INSTITUCIÓN. 2. SUSTITUCIÓN DE RESIDUO.—III. LA CUESTION EN OTROS ORDENAMIENTOS: 1. EL DERECHO ALEMÁN. 2. EL DERECHO ARAGONÉS.—IV. EL DERECHO NAVARRO: 1. EL DERECHO HISTÓRICO Y LA STS DE 1896. 2. LOS ANTECEDENTES DE LA LEY 205 FN. 3. ANÁLISIS DE LA LEY 205: a) *Caracteres y presupuestos*; b) *Los efectos de la Ley 205 FN en el sistema de adquisición de los legados*; c) *El derecho de afianzamiento del legatario*.

«La imposición directa de Navarra en los Convenios Económicos de 1927, 1941 y 1969», por ARANCHA YUSTE JORDÁN, pág. 141.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. LA EVOLUCION DEL REGIMEN DE CONVENIO: CONTEXTO HISTORICO Y CONTENIDO INNOVADOR: 1. ANTECEDENTES: EL ESTATUTO MUNICIPAL. 2. EL CONVENIO DE 1927: A) *Crisis de la inalterabilidad del cupo y de la estanqueidad del sistema tributario de Navarra*. B) *Los regímenes financieros forales en la Constitución de 1931*. C) *El Decreto-Ley de 23 de junio de 1937*. 3. EL CONVENIO DE 1941: IDENTIDAD DE LA REGULACIÓN SUSTANTIVA EN MATERIA DE IMPOSICIÓN INDIRECTA Y LA BIFURCACIÓN DEL CUPO TRIBUTARIO. 4. EL CONVENIO DE 1969: CONFIRMACIÓN DE LA UNIFORMIDAD DEL SISTEMA TRIBUTARIO ESPAÑOL: A) *Ley de 11 de junio de 1964, de Reforma del Sistema Tributario*. B) *Ley de 28 de diciembre de 1963, General Tributaria*.—III. LA CONSOLIDACIÓN DEL REGIMEN DE CONVENIO: 1. LÍMITES DE LOS PODERES TRIBUTARIOS EN NAVARRA. 2. DEL CONVENIO DE CUPO AL CONVENIO COMO NORMA-MARCO DE LA IMPOSICIÓN DIRECTA. 3. LOS PUNTOS DE CONEXIÓN COMO INSTRUMENTO JURÍDICO DELIMITADOR DE COMPETENCIAS TRIBUTARIAS: UNA MANIFESTACIÓN DE LA UNIFORMIDAD DE SISTEMAS: A) *Planteamiento de la cuestión*. B) *El término armonización en el Convenio. Diferencias y similitudes con el concepto jurídico en el ámbito del Derecho comunitario*. C) *Traslación de la técnica conflictual al Derecho Tributario interregional: los puntos de conexión como instrumento jurídico delimitador de competencias tributarias*.—IV. LOS CRITERIOS DE SUJECCIÓN ESTABLECIDOS EN LOS CONVENIOS: 1. EL CRITERIO DE TERRITORIALIDAD: A) *Contribución Territorial Rústica y Pecuaria*. B) *Contribución Territorial Urbana*. 2. LUGAR DE EJERCICIO DE LA ACTIVIDAD: A) *Contribución sobre Actividades Diversas*. B) *Impuesto sobre los Rendimientos del Trabajo Personal*. C) *Impuesto sobre Actividades Comerciales e Industriales (Impuesto Industrial)*. 3. LOS CRITERIOS DE VECINDAD Y DE RESIDENCIA EN NAVARRA (IGRPF): A) *Condición foral y residencia en Navarra*. B) *El cambio de fuero tributario*. C) *Controversias entre Administraciones: procedimiento, legitimación activa y audiencia al interesado*. 4. CAPITAL NAVARRO, INMOVILIZA-

CIONES Y NEGOCIOS REALIZADOS EN NAVARRA (IGRS): A) *Concepto de «capital navarro», «negocios realizados en Navarra», «inmovilizaciones»*. B) *Sociedades que tributan a Navarra*. C) *Sociedades que tributan al Estado*. D) *Sociedades que tributan a ambas Administraciones por cifra relativa de negocios*. 5. REMISIÓN A LOS CRITERIOS DEL IGRS Y DEL IGRPF (IRC). 6. LA VECINDAD FORAL DEL CAUSANTE (IGS).—V. RECAPITULACION.

REVISTA JURIDICA DE CATALUÑA

Número 3 (2000)

«El benefici de separació de patrimonis en el dret civil català», por ESTHER ARROYO I AMAYUELAS, pág. 645.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIO.—2. ELS PRECEDENTS COMPILATS DEL B.S.P.—3. LA REGULACIO SISTEMATICA EN EL CS.—4. L'ART. 37.1 CS: 4.1. EL FONAMENT DEL B.S.P. 4.2. LA SOL·LICITUD DEL B.S.P: 4.2.1. *Els legitims actius*. 4.2.2. *El termini per presentar la demanda*. 4.2.3. *L'inventari (previ) i la justificació (també prèvia)*. 4.3. L'OBTENCIÓ DEL B.S.P. LES MESURES CONDUENTS A LA SEVA EFECTIVITAT.—5. L'ART. 37.2 CS. ELS EFECTES DEL B.S.P: 5.1. LA RELACIÓ ENTRE ELS CREDITORS I ELS LEGATARIS SEPARACIONISTES I ELS CREDITORS PERSONALS DE L'HEREU. 5.2. LA RELACIÓ ENTRE ELS CREDITORS SEPARACIONISTES I ELS CREDITORS NO SEPARACIONISTES. 5.3. LA RELACIÓ ENTRE ELS LEGATARIS SEPARACIONISTES I ELS LEGATARIS I ELS CREDITORS NO SEPARACIONISTES.

«El contrato asistencial de Derecho administrativo. Los servicios sociales de atención a la tercera edad en Cataluña», por ANGELES DE PALMA DEL TESO, pág. 680.

SUMARIO: I. EL MARCO CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS SOCIALES DE LOS CIUDADANOS DURANTE LA TERCERA EDAD.—II. EL SISTEMA DE SERVICIOS SOCIALES DE RESPONSABILIDAD PUBLICA EN CATALUÑA. LA FINANCIACION DE LAS PRESTACIONES PUBLICAS Y EL ACCESO A LOS SERVICIOS: 1. LA FINANCIACIÓN DE LAS PRESTACIONES PÚBLICAS DE LOS SERVICIOS SOCIALES: LA CONTRIBUCIÓN DE LOS USUARIOS AL MANTENIMIENTO DE LOS SERVICIOS. LA CUESTIÓN DE LOS PRECIOS PÚBLICOS. 2. EL ACCESO A LAS PRESTACIONES PÚBLICAS DE LOS SERVICIOS SOCIALES.—III. EL CONTRATO ASISTENCIAL DE DERECHO ADMINISTRATIVO: 1. EL CONTRATO ASISTENCIAL DE DERECHO ADMINISTRATIVO: CONTRAPRESTACIÓN POR LA PRESTACIÓN PÚBLICA DE SERVICIOS SOCIALES. 2. LA CUESTIÓN DE LA NATURALEZA CONTRACTUAL Y ADMINISTRATIVA DEL CONTRATO ASISTENCIAL. 3. LAS PERSONAS QUE PUEDEN SUSCRIBIR EL CONTRATO ASISTENCIAL. EL CÁLCULO DE LAS APORTACIONES DEL USUARIO Y DEMÁS OBLIGADOS POR EL CONTRATO AL PAGO DEL SERVICIO Y, EN SU CASO, LA BONIFICACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN: a) *Llamada al procedimiento a los parientes del artículo 263 de la Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de Familia*; b) *Valoración de la capacidad económica y determinación administrativa de la aportación del solicitante y los parientes personados en el procedimiento*; c) *La pensión pública como garantía de suficiencia económica*; d) *¿Cesión del derecho de*

alimentos? e) *Valoración de los bienes de carácter patrimonial para integrarlos en el cómputo de ingresos económicos o para constituir una garantía sobre los mismos.* f) *Llamada a los beneficiarios de actos de disposición a título gratuito.* g) *Aplicación de la bonificación.* 4. ACTUALIZACIÓN Y RECLAMACIÓN DE LAS APORTACIONES. 5. RECLAMACIÓN JUDICIAL: LA ACCIÓN SUBROGATORIA DE RECLAMACIÓN DE ALIMENTOS PRESTADOS.—IV. EL «PLAN INTEGRAL DE LA GENT GRAN». EL SUPUESTO PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD.

REVISTA NOTARIAL DEL COLEGIO DE ESCRIBANOS DE BUENOS AIRES Número 932 (Enero-Abril 1999)

- «Proyecto de Código Civil y Comercial unificado. Primeras reflexiones sobre algunos temas», por ZULMA A. DODDA y otros, pág. 21.
- «La fe pública», por PABLO ALEJANDRO CARRICA, pág. 87.
- «Consecuencias procesales de la legitimación registral», por LILIA NOEMÍ DÍEZ, pág. 111.
- «Venta del activo en la quiebra», por MARÍA CRISTINA IGLESIAS y CARMEN S. MAGRI, pág. 133.
- «Leasing», por SILVIA LILIANA KÜHNE y otros, pág. 167.
- «La constitución del usufructo y su relación causal», por RUBÉN AUGUSTO LAMBER, pág. 211.

Número 932 (Mayo-Agosto 99)

- «Asambleas de Sociedades Anónimas y la actuación notarial», por JUAN MARÍA FARINA, pág. 317.
- «La firma digital y su autenticación por medios electrónicos», por ROSA ELENA DI MARTINO ORTIZ, pág. 325.
- «Nulidad absoluta y relativa. Su diferencia fundamental», (Transcripción del artículo publicado en el n.º 179 de LA REVISTA NOTARIAL, del mes de agosto de 1909), pág. 345.
- «Las técnicas tradicionales de inscripción y la partida electrónica. Firma digital hacia un cambio en la regulación de los registros públicos», por MARTHA SILVA DÍAZ, pág. 351.
- «El asentimiento conyugal en la transmisión de acciones nominativas», por MARÍA MARTHA CASARETTO, pág. 375.
- «Garantías del saldo de precio de acciones. Depósito notarial y fideicomiso», por MARÍA T. ACQUARONE, pág. 419.
- «La figura del curador en los procesos de capacidad», por MARIANO C. OTERO y JUAN M. LEGUIZAMÓN HOUSSAY, pág. 425.
- «Intervención notarial en el fideicomiso de garantía en casos de financiación y crisis empresarial», por SILVIO V. LISOPRAWSKI, pág. 437.
- «Dimensión social de la Unión Europea», por ROBERTO BLOCH, pág. 475.

REVISTA DEL NOTARIADO DE LA REPUBLICA ARGENTINA

Número 860 (Abril-Mayo-Junio 2000)

- «El acceso a la información del sector público, en especial de los registros: cuestiones sobre la propiedad intelectual y registros públicos, en relación con la defensa del consumidor», por LILIA NOEMÍ DíEZ, pág. 21.
- «La posesión: su importancia en nuestro derecho: como "Publicidad", como "Causa", como "Nacimiento", como "Contenido", como "Ejercicio", como "Elemento" y como "Fundamento" de un derecho», por DOMINGO C. CURA GRASSI, pág. 31.
- «El sistema de riesgos del trabajo en la Argentina», por ANDRÉS FARAGÓ, pág. 37.
- «Aportes de bienes registrables a sociedades. Negociación de los aportes. Cuestiones registrales», por NORBERTO RAFAEL BENSEÑOR, pág. 45.
- «Formas de subsanación de títulos provenientes de donación», Sesión pública del 12 de julio de 1999, pág. 75.

REVISTA DE DERECHO PUERTORRIQUEÑO

Números 2-3 (Mayo-Diciembre 1999)

- «Doctrina de la absorción de culpas en la responsabilidad civil extracontractual en Puerto Rico», por LEMUEL CANCEL MÉNDEZ, pág. 243.
- «La impugnación de testigos con evidencia ilegalmente obtenida», por FRANCES Y. RIVERA AVILÉS, pág. 265.
- «Ley Uniforme de Confiscaciones: ¿Enriquecimiento injusto, abuso de poder gubernamental, violación de derechos constitucionales o un efecto punitivo justo y necesario?», por JÉSIKA E. PLANELL PABÓN, pág. 309.
- «El estatuto de violación técnica: la igual protección de las leyes», por LAIZA M. PARAVISINI DOMENECH, pág. 329.
- «El matrimonio no formalizado en Puerto Rico», por CARLOS RUBÉN PADILLA MONTALVO, pág. 355.
- «La figura de la reserva viudal del Código Civil de Puerto Rico», por LUISSELLE QUIÑONES MALDONADO, pág. 385.
- «Las ventas judiciales y el remate», por MARÍA I. WÉLEZ LÓPEZ, pág. 399.
- «El registro de personas convictas por delitos sexuales violentos y abuso contra menores: ¿un castigo cruel e inusitado o un avance en la lucha contra el crimen?», por LUIS A. MARRERO AVILÉS, pág. 419.
- «Un breve análisis sobre los asesinos en serie», por INGRID TORRES PILLICH, pág. 441.
- «Términos prescriptivos para tasar y cobrar una deficiencia de contribución sobre ingresos», por YANIRA ALEMÁN TORRES y otros, pág. 467.
- «Delitos de intención general: ¿violatorios del debido Proceso de Ley?», por WANDA I. TORRES TORO, pág. 487.
- «El concebido pero no nacido ante el derecho natural a la vida: una legislación propuesta», por CARLOS M. CABRERA COLÓN, pág. 503.

REVISTA DE LA ASOCIACION DE ESCRIBANOS DEL URUGUAY

Números 7 a 12 (Julio a Diciembre 1999)

- «Algunas perspectivas críticas de la categoría obligación de resultado», por GERARDO CAFFERA, pág. 267.
- «Patria potestad. Representación y administración legales», por WALTER HOWARD, pág. 279.
- «Las cláusulas sobre la responsabilidad contractual y la autonomía de la voluntad», por CHRISTIAN LARROUMET, pág. 299.
- «Régimen general de las locaciones excluidas», por EDGAR VARELA-MÉNDEZ, pág. 311.